

UDC | УДК : 343.132.2(343.132.9)

Анотація: В статті здійснено теоретико-прикладний аналіз підстав, процедури проведення особистого обшуку через механізм реалізації прокурором своїх повноважень.

Ключові слова: особистий обшук; підстави; прокурор; належні та допустимі докази; практика; ухвала Конституційного Суду України; аналогія права

PERSONAL SEARCH: THE MODERN STATE AND PROSPECT

KOMARNITSKA O.,

Cand. of Law, National Academy of Prosecution of Ukraine

Abstract

It should be noted that in Ukraine, as well as in the most world countries, large attention to the judicial rights for the subjects of the criminal rule-making was always spared. The article is devoted to systematic analysis of the institute of personal search. The powers of a judicial investigator in criminal proceeding of Ukraine to exercise judicial control during pre-court inquiry are studied and classified. Attention is attracted to the necessity of enforcing human rights, freedoms and interests in criminal proceeding.

At the same time, it is needed to remember that any excessive grant of advantage to one of parties of criminal realization can inflict serious harm and result in deviation of person that accomplished offence from responsibility, and consequently, to violation of legal rights of suffering person and compensation of the harm inflicted by a crime.

It is also conditioned by deep practical maintenance of the indicated inconsistency and numerous changes and adding to the local legislative acts that are not able to provide proper, successive and system operation of effective and legal justice; and it is impossible to provide it without the reliable scientific provisions, that is fully logically.

Therefore, on basis of finding out of question that will be investigated, both debatable positions of scientists-lawyers and practical workers are fixed.

This study analyses the origin of the grounds, conditions and procedure of this institute in particular, as well as new

ОСОБИСТИЙ ОБШУК: СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВА

О. КОМАРНИЦЬКА

кандидат юридичних наук, професор кафедри нагляду за додержанням законів органами, які проводять оперативно-розшукову діяльність, дізнання та досудове слідство, Національна академія прокуратури України

✉ зв'язок з автором: через Редакцію

Актуальність теми. Прийняття КПК України ознаменувалось новелізацією регулювання процесуальних відносин. Неоднозначне праворозуміння та правозастосування ключовими учасниками кримінального провадження норм КПК України зумовили створення розбіжної практики у різних напрямках, що приводить до відмінних правових наслідків. Зокрема, занепокоєння викликають проблеми у правозастосуванні при вирішенні найбільш значущих питань, які стосуються обмеження прав та свобод особи при проведенні такої слідчої (розшукової) дії, як обшук. Одним із видів якої є особистий обшук. Ця слідча дія широко застосовується у правоохоронній практиці і є розповсюдженим способом збирання фактичних даних. Так само перебуває в залежності від рівня дотримання процесуальних норм, який безпосередньо впливає на можливість використання фактичних даних в якості належних та допустимих доказів під час судового розгляду або збирання на їх основі інших відомостей, проведення процесуальних дій. За цих умов пріоритетними при проведенні особистого обшуку мають стати, з урахуванням ст. 8, ч. 5 ст. 9 КПК України «кримінальне процесуальне законодавство застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини» та підписанням Угоди про асоціацію, принципи, які лежать в онові КПК України та асоціації, передусім забезпечення прав людини та основоположних свобод, повага до принципу верховенства права, невтручання у приватне життя.

Так, у п. 1 ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Конвенція) зазначено, що «кожен має право на повагу до його приватного і сімейного життя, до житла і до таємниці кореспонденції». Отже, ця норма проголошує чотири види прав, спільним для яких є те, що вони стосуються осо-

approaches to solving the problems, which do not provide requirements of theory and practice, in accordance with modern views, theoretical conceptions of criminal procedural law, current Constitution of Ukraine and departmental normative acts. It formulates suggestions for improvement of current criminal procedural legislation and court practice, that is relevant to this problem, states a number of conceptual positions, based on the conducted complex research, that differ by scientific novelty and demonstrate achievement of goal of the study and are important for science and practice of criminal process.

Keywords: personal search; grounds; prosecutor; appropriate and acceptable evidence; practice; decision of the Constitutional Court of Ukraine; analogy of law

ЛИЧНЫЙ ОБЫСК: СОВРЕМЕННОЕ СОСТОЯНИЕ И ПЕРСПЕКТИВА

КОМАРНИЦКАЯ О.,

кандидат юридических наук, профессор кафедры надзора за соблюдением законов органами, которые проводят оперативно-розыскную деятельность, дознание и досудебное следствие, Национальная академия прокуратуры Украины

Аннотация: В статье осуществлен теоретико-прикладной анализ оснований, процедуры проведения личного обыска через механизм реализации прокурором своих полномочий.

Ключевые слова: личный обыск; основания; прокурор; надлежащие и допустимые доказательства; практика; постановление Конституционного Суда Украины; аналогия права



Open Access

This is an open-access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution License, which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original author and source are credited.

бистої сфери життя людини (приватне життя, сімейне життя, житло та кореспонденція) [1, 73]. Обмеження прав на повагу до приватного і сімейного життя, визначені у п. 2 ст. 8 Конвенції, не будуть порушенням положень Конвенції, якщо держава на своєму рівні дотрималась одночасної єдності трьох складових: 1) «відповідати закону»; 2) «дотримуватися легітимної мети»; 3) «бути необхідними в демократичному суспільстві». У такому разі це є «допустимі обмеження прав кожної людини, визначених ст. 8 Конвенції» [2, 6]. За загальними положеннями КПК України будь-які процесуальні дії в тому числі й особистий обшук мають проводитись лише у відповідності до норм КПК України. Ніхто не може зазнавати обмеження прав і свобод інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановленому процесуальним законом.

Стан наукової розробки. Порівняльно-правовий аналіз деяких положень кримінального процесуального законодавства в частині, що стосується фактичних та правових підстав проведення особистого обшуку, уповноважених суб'єктів приймати рішення для проведення особистого обшуку, форма й зміст такого рішення, процедура проведення особистого обшуку, здійснювався у працях багатьох науковців, зокрема: С.А. Альперт, В.Д. Берназ, Т.В. Варфоломеева, В.І. Бояров, Є.Г. Коваленко, Л.М. Лобойко А.О. Ляш, В.В. Назаров, Г.М. Омеляненко, В.О. Попелюшко, В.Т. Малярченко, В.В. Молдаван, В.М. Тертишник та ін., однак розглянуті ними питання обговорювались з урахуванням положень КПК України 1960 року без урахування норм КПК України 2012 року.

До того ж, констатуючи їх значний науковий внесок у розроблення поставленої проблеми, водночас зауважимо, що вони торкалися лише певних її сторін, слід зазначити, що й досі залишається чимало дискусійних, недостатньо розроблених питань і аспектів, що пояснюється складністю й багатогранністю інституту обшуку, підвидом якого є особистий обшук.

Метою статті є системний аналіз теоретико-прикладних питань пов'язаних з проведенням обшуку особи крізь призму реалізації прокурором наглядових повноважень та процесуального керівництва.

За КПК України проведення обшуку особи можливо у таких випадках:

1) при затриманні особи у порядку ч. 3 ст. 208 КПК України та затримання співробітника кадрового складу розвідувального органу України при виконанні ним своїх службових обов'язків (ч. 8 ст. 191, ч. 6 ст. 208 КПК України)

1) проведенні обшуку житла чи іншого володіння, якщо там особа перебуває (ч. 5 ст. 236 КПК України);

- 2) у кримінальному провадженні щодо окремої категорії осіб, зокрема: обшук народного депутата (ч. 3 ст. 482 КПК України);
- 3) особистий обшук проведений капітаном судна або керівником дипломатичного представництва чи консульської установи України (ч. 2 ст. 520 КПК України)
- 4) обшук під час міжнародного співробітництва (ч. 4 ст. 552 КПК України).

Так, правовими підставами для проведення обшуку при затриманні особи у порядку ч. 3 ст. 208 КПК України та при проведенні обшуку житла чи іншого володіння, якщо там особа перебуває (ч. 5 ст. 236 КПК України) є рішення слідчого чи прокурора. Хоча ч. 3 ст. 208 КПК України передбачає, що здійснити обшук затриманої особи вправі, окрім слідчого та прокурора, уповноважена службова особа з дотриманням правил, передбачених ч. 7 ст. 223 і ст. 236 КПК України. Однак, ч. 7 ст. 223 КПК України передбачає порядок проведення особистого обшуку, наголошуючи що така дія здійснюється з обов'язковою участю не менше двох понять, незалежно від застосування технічних засобів відповідної слідчої (розшукової) дії. У змісті ч. 7 ст. 223 і ст. 236 КПК України, уповноважена службова особа взагалі не згадується і тому її рішення не є правовою підставою для проведення особистого обшуку. Вказана особа наділена правом поводити особистий обшук тільки при затриманні особи у порядку ч. 3 ст. 208 КПК України та на підставі ч. 1 або ч. 2 ст. 208 КПК України без постанови слідчого, прокурора та ухвали слідчого судді.

На жаль, нормативного закріплення, що таке обшук у КПК України немає, у ст. 234 вказується лише його мета, яка є й підставою для проведення обшуку в цілому, без виділення підстав для проведення особистого обшуку. Відповідно до ст. 234 КПК України обшук проводиться з метою виявлення та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукання знаряддя кримінального правопорушення або майна, яке було здобуте у результаті його вчинення, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб.

За КПК України 1960 року обшук особи міг бути проведений без постанови у таких випадках: при

фізичному захопленні підозрюваного уповноваженими на те особами, якщо є достатні підстави вважати, що затриманий має при собі зброю або інші предмети, які становлять загрозу для оточуючих, чи намагається звільнитися від доказів, які викривають його чи інших осіб у вчиненні злочину; при затриманні підозрюваного; при взятті підозрюваного, обвинуваченого під варту.

Власне кажучи, діючий КПК України на відміну від КПК України 1960 року не виділяє правових підстав для проведення обшуку особи, а містить загальні умови для проведення обшуку в цілому. Такий обшук відповідно до теорії кримінального процесуального законодавства має підвиди, серед яких є особистий обшук. Сформульовані КПК України 21012 року загальні підстави для проведення обшуку, на практиці призводять до різного їх трактування та застосування, а це у свою чергу породжує різні правові наслідки для кримінального провадження та особи, яку обшукали. Зокрема, у колі науковців та практиків активно обговорюється питання наскільки є законним застосування положень ст. 234 КПК України (обшук житла чи іншого володіння особи) до подібних правовідносин, якими є особистий обшук. Особливу актуальність це дослідження набуває на тлі кардинальних змін які відбулись в кримінальному процесі України.

Разом з тим, порушена тематика перебуває у системному взаємозв'язку та взаємозалежності із положенням ч. 3 ст. 482 КПК України, яка наголошує на можливості проведення обшуку народного депутата після надання Верховною Радою України згоди на його притягнення до кримінальної відповідальності. Будь-яких положень, які б регулювали підстави, порядок проведення особистого обшуку народного депутата у КПК України відсутні. Така ситуація на практиці не сприятиме зміцненню гарантії прав і свобод людини, не вирішуватиме завдань кримінального провадження, не сприятиме виконанню завдань прокурорського нагляду. Усе це є аргументом необхідності законодавчого закріплення підстав, порядку проведення особистого обшуку. Яке підсилюється й позиціями висвітленими Євросудом у своїх рішеннях. Зокрема, відповідно до рішення Євросуду у справі «Копп проти Швейцарії» (1998) зазначено, що «словосполучення «відповідно до закону» не лише

вимагає наявності для оскаржуваного заходу певних підстав у національному законодавстві, а й має на увазі якість закону, що застосовується у цьому випадку, вимагаючи, щоб він був доступним для заінтересованої особи і передбачуваним у своїх наслідках.

Нічим не краща правова ситуація від зазначеної, яка стосується проведення особистого обшуку капітаном судна або керівником дипломатичного представництва чи консульської установи України (ч. 2 ст. 520 КПК України). Тут законодавцем вписані умови та правова підстава для проведення особистого обшуку, при цьому залишивши поза увагою конституційні гарантії. Для проведення такого обшуку непотрібно ухвали слідчого судді, або будь-яке інше рішення. Достатнім для проведення «негайного» особистого обшуку є наявність відомостей про обставини, що можуть свідчити про вчинення кримінального правопорушення на території дипломатичного представництва, консульської установи України, на повітряному, морському чи річковому судні, що перебуває за межами України під прапором або з розпізнавальним знаком України, якщо це судно приписано до порту, розташованого в Україні. Однак, така конструкція норми не містить процедури проведення особистого обшуку та не узгоджується із положеннями Конституції України, рішеннями Євросуду. А саме, згідно з рішенням у справі «Компанія «Кола Ест» та інші проти Франції (2002). У ньому зазначається, що «...перевірки здійснювались без санкції суду ...».

В той же час, проведення обшуку під час міжнародного співробітництва (ч. 4 ст. 552 КПК України) слідує необхідність отримання ухвали суду у випадках передбачених КПК України. Такі випадки стосовно особистого обшуку не вписані в процесуальному законі. Тому, що стосується особистого обшуку під час міжнародного співробітництва, то тут постає ряд практичних питань, відповіді на які відсутні в КПК України. У свою чергу, це може призвести до визнання недопустимими усіх доказів, отриманих у порядку міжнародної правової допомоги при проведенні процесуальних дій.

Беззаперечно, що нерегульованість особистого обшуку в КПК України обумовлюється його специфікою.

З огляду на це, на думку Л. Удалової актуальною, є необхідність нормативного врегулювання підстав і порядку проведення особистого обшуку. Нормативне врегулювання якого у чинному КПК України, на жаль, є неповним і має несистемний характер. Внаслідок цього зробити висновки щодо підстав і порядку проведення особистого обшуку досить складно, але це призводить до труднощів правозастосування [3, 11]. Законність проведення особистого обшуку надає отриманим при його проведенні доказам властивості допустимості (ст. 86 КПК України). Саме тому необхідною умовою належного застосування норм КПК України, окрім іншого, є протидія вчиненню кримінальних процесуальних правопорушень під час реалізації завдань кримінального провадження, зокрема при проведенні особистого обшуку.

Як зазначається рядом науковців, слідча дія повинна проводитися у встановленій кримінально-процесуальній формі лише належним суб'єктом, саме це забезпечує отримання під час її проведення допустимих доказів [4, 368].

Зокрема, залишається відкритим питання щодо можливості проведення особистого обшуку особи, якщо вона не затримувалась (ч. 3 ст. 208 КПК України) або не перебуває в житлі чи іншому володінні особи, в якому проводиться обшук (ч. 5 ст. 236 КПК України). Особистий обшук, на відміну від інших видів обшуку, має власну специфіку підстав і порядку проведення, що потрібно закріпити в окремій статті КПК України [3, 11–12].

Крім того, нерегульованим залишається у новому КПК України порядок фізичного затримання та обшуку особи згідно з ч. 1 ст. 208 КПК України до внесення даних у ЄРДР. Наприклад, у випадку, коли особа, побачивши працівника міліції, почала тікати. Після фізичного затримання цієї особи необхідно провести її обшук або огляд з метою знайдення та вилучення наркотичних засобів, зброї, що неможливо здійснити згідно з правилами ст. 223 та ст. 236 КПК України. Вирішення даного питання, на думку С.М. Смокова, можна шляхом зазначення у ч. 3 ст. 208 КПК України право при фізичному затриманні особи згідно з ч. 1 цієї статті її догляд, без участі понятих, на предмет вилучення зброї та інших предметів якими можна завдати тілесних ушкоджень [5]. Вказана думка

є передчасно для законодавчого закріплення та практичного застосування.

Поряд із цим, набуває активного обговорення питання можливого проведення особистого обшуку з метою відшукування та вилучення речей і документів, у разі невиконання ухвали про тимчасовий доступ до речей і документів. Варіанти відповіді, як серед кола науковці, так і практиків найрізноманітніші.

Поряд із цим, слід відзначити, що у переважній більшості на практиці застосовується два випадки для проведення особистого обшуку:

- 1) ч. 3 ст. 208 КПК України – під час її затримання;
- 2) ч. 5 ст. 236 КПК України – обшук особи, яка перебуває в житлі чи іншому володінні і відносно якої є достатні дані вважати, що вона переховує на собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження.

Власне кажучи за змістом КПК України це є вичерпний перелік безпосередніх підстав проведення особисто обшуку, який на жаль не задовольняє вимоги практики. У слідчій практиці виникають випадки необхідності проведення обшуку особи, яка знаходиться за межами житла чи іншого володіння і відносно якої є достатні підстави вважати, що вона переховує при собі предмети або документи, які вилучені з обігу і мають значення для кримінального провадження. Така ситуація не узгоджується із видами та підставами проведення особистого обшуку про які йдеться у ч. 3 ст. 208 КПК України та ч. 5 ст. 236 КПК України. Виходом з такої ситуації в деяких прокуратурах та судах України стало застосування положення ст. 9 КПК України, в якій крім іншого, передбачено можливість застосування загальних засад кримінального провадження у разі не врегулювання або неоднозначного регулювання окремих питань КПК України та ст. 234 КПК України, яка є загальною нормою для слідчої (розшукової) дії – обшук, а також ст.ст. 84, 223, 233 КПК України. Перелічені норми КПК України є правовою підставою для отримання ухвали слідчого судді по проведенню особистого обшуку за наявності зазначеної вище фактичної обставини. Перед цим, прокурор, реалізуючи свої процесуальні повноваження (п. 10 ч.1 ст. 36 КПК України) із застосуванням аналогії права, погоджує/відмовляє клопотання слід-

чого на проведення особистого обшуку, форма і зміст, якого слідує із норм КПК України, які виписані для проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, із значеннями особливостей для застосування обшуку особи. Здійснення подвійного контролю за законністю проведення особистого обшуку є виправданим з позиції практики ЄСЗЛ. Приміром, ЄСЗЛ у справі «Л. М. проти Італії» (L M v Italy), 60033/00, 8 лютого 2005 року зазначив, що «Суд ... відзначає, що коли в національному праві окремо передбачено затвердження протоколу обшуку, то тим самим встановлюється контроль з боку прокуратури за законністю дій поліції. Цілковита та не виправдана нестача такого затвердження вказує, що уповноважені на те органи не слідкували за тим, щоб оскаржуваний обшук узгоджувався з передбаченими в законодавстві процедурами. З цього випливає, що після завершення обшуку законні процедури не були дотримані, а отже, наявне порушення статті 8 Конвенції. Також ЄСЗЛ у справі Імакаєва проти Росії» (Imakayeva v Russia), 7615/02, 9 листопада 2006 р. зазначив, що Суд вважає, що обшук і вилучення в цій справі були проведені без санкції або належних гарантій. За таких обставин, Суд доходить висновку про те, що розглянуте втручання не було «передбачене законом» і тому порушено Статтю 8 Конвенції [1, 73–74].

Утім, слід відзначити, що не тільки вітчизняна практика, але й практика ЄСЗЛ ставлять в залежність законність проведення особистого обшуку від виписаного на національному рівні механізму здійснення даної слідчої (розшукової) дії.

До того ж, питання особистого обшуку було об'єктом розгляду Конституційного Суду України (ухвала Конституційного Суду України від 6 лютого 2014 року № 21-у/2014 про відмову у відкритті провадження за конституційним зверненням громадянина Яковенка Андрія Олександровича щодо офіційного тлумачення положень статей 108, 234, 235, 309 Кримінального процесуального кодексу України у системному зв'язку з положеннями ч. 1 ст. 3, ч. 1 ст 8, ч. 2 ст. 19, ч. 2 ст. 30 Конституції України). Предметом, якого було питання – чи може суд надавати дозвіл на особистий обшук, керуючись нормами Кодексу, що регламентують надання дозволу на обшук житла чи іншого володіння особи, оскільки одні судді вважають що

можна, зокрема ухвалою Печерського районного суду міста Києва від 15 травня 2013 року, було надано дозвіл на проведення особистого обшуку Яковенка А.О. Проте наявна досить велика кількість слідчих суддів, які дотримуються протилежної думки з метою недопущення порушення особистих прав та свобод особи [6].

З системного аналізу КПК України слідує те, що він містить вичерпний перелік процесуальних дій, здійснення яких можливе лише за відповідним рішенням слідчого судді, чи суду, особистий обшук серед яких на жаль відсутній.

Щодо відсутності чіткої правової регламентації в КПК України підстав та порядку проведення особистого обшуку, можна стверджувати, що існує реальна загроза визнання під час судового розгляду отриманих при обшуку відомостей, як недопустимих та неналежних доказів, через порушення прав і свободи людини і громадянина. Варто

відзначити, що особистий обшук супроводжується застосуванням примусу, яке прямо стосується істотного обмеження прав громадян, тому він має бути передбаченим в законі. За таких обставин, ми пропонуємо доповнити ч. 7 ст. 223 КПК України таким текстом: «Обшук особи проводиться на підставі ухвали слідчого судді у випадку, коли є достатні підстави вважати, що вона переховує при собі предмети або документи, які вилучені з обігу або мають значення для кримінального провадження. В окремих випадках, з метою недопущення втрати речей, документів або інших даних для кримінального провадження, допускається проведення обшуку особи до отримання ухвали слідчого судді на підставі рішення слідчого, прокурора. У такому випадку, слідчий, прокурор повинні негайно звернутись до слідчого судді з клопотанням погодженим прокурором або ним складеним про проведення особистого обшуку».

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ

1. Паліюк В. П. Застосування судами загальної юрисдикції України Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод у разі «неякісного» законодавства / В. П. Паліюк. – 1(16) 2014. – 119 с.
2. Килкэли У., Чефранова Е. А. Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод. Статья 8. Право на уважение частной и семейной жизни, жилища и корреспонденции: прецеденты и комментарии. – М., 2001. – 110 с.
3. Удалова. Л. Деякі проблемні питання правозастосування кримінального процесуального законодавства. Актуальні питання кримінального процесуального законодавства України (Київ, 26 квітня 2013 року) : зб. матеріалів міжвузівської наук. конф. / Національна академія прокуратури України. – К. : Алерта, 2013. – 168 с.
4. Кримінальний процес : підручник / Ю. М. Грошевий, В. Я. Тацій, А. Я. Туманянц [та ін.] ; за ред. В. Я. Тація, Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної, О. Г. Шило. – Х. : Право, 2013 – 824 с.
5. Смоков С. М. Окремі проблемні питання, які виникають при застосуванні норм нового КПК України [Електронний ресурс] / С. М. Смоков. – Режим доступу : irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21CO
6. Ухвала Конституційного Суду України від 6 лютого 2014 року № 21-у/2014 про відмову у відкритті провадження за конституційним зверненням громадянина Яковенка Андрія Олександровича щодо офіційного тлумачення положень статей 108, 234, 235, 309 Кримінального процесуального кодексу України у системному зв'язку з положеннями частини першої статті 3, частини першої статті 8, частини другої статті 19, частини другої статті 30 Конституції України [Електронний ресурс] / Судова практика. – Режим доступу : <http://www.ccu.gov.ua/uk/index>