

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА. ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

УДК 343.132

В.І. Фаринник,
заслужений юрист України,
кандидат юридичних наук
О.Ю. Татаров,
заслужений юрист України,
доктор юридичних наук, доцент

УДОСКОНАЛЕННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПОРЯДКУ ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ

Охарактеризовано сутність обшуку при проведенні досудового розслідування. Визначено проблеми кримінальної процесуальної регламентації обшуку та обґрунтовано необхідність внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України.

Ключові слова: обшук, процесуальний примус, забезпечення кримінального провадження, слідчий.

Охарактеризована сущность обыска при проведении досудебного расследования. Определены проблемы уголовной процессуальной регламентации обыска и обоснована необходимость внесения изменений в Уголовный процессуальный кодекс Украины.

Ключевые слова: обыск, процессуальное принуждение, обеспечение уголовного производства, следователь.

The essence of the search during pre-trial investigation is characterized. Several problems of criminal procedural regulation of a search and the necessity of making amendments to the Criminal Procedural Code of Ukraine are defined.

Keywords: search, procedural coercion, provision of criminal proceedings, investigator.

Відповідно до ст.ст. 223, 234 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) обшук є одним із різновидів слідчих (розшукових) дій, що спрямовані на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні [1].

Водночас у науковій літературі поширеною є й думка щодо визначення обшуку як заходу процесуального примусу. Зокрема, К.Б. Калиновський та О.В. Смірнов відносять обшук (разом із зобов'язанням про явку, приводом, затриманням, експумацією, виїмкою, накладенням арешту на поштово-телеграфні відправлення, отриманням зразків для порівняльного дослідження) до заходів процесуального примусу, що забезпечують отримання доказів [3]. Аналогічної думки дотримується й Ю.П. Аленін та С.М. Смоков. [4, с. 119–120; 5].

О.Б. Муравін визначає обшук (разом із оглядом, отриманням зразків для порівняльного дослідження та направленням підозрюваного до медичної установи для експертного дослідження) як захід процесуального примусу, спрямований на виявлення і процесуальне закріплення доказів [6, с. 100].

У свою чергу, на думку А.В. Молдована, обшук, а також виїмка та освідування є ні чим іншим, як заходами процесуального примусу, спрямованими на забезпечення засобів доказування [7, с. 28]. В.В. Назаров пропонує віднести обшук до заходів процесуального примусу, спрямованих саме на забезпечення процесу доказування [8, с. 143–144].

При цьому слід погодитися із поглядами Л.М. Лобойка про те, що подібні підходи до визначення системи заходів процесуального примусу є не зовсім правильними, адже вони не засновані на ознаках, які притаманні саме цим заходам [9, с. 181]. Саме тому, на нашу думку, до заходів процесуального примусу не повинні включатися слідчі (розшукові) дії (насамперед, обшук, отримання зразків для експертизи, огляд, освідування), оскільки вони є засобами доказування. Заходами кримінального процесуального примусу є лише передбачені кримінальним процесуальним законом заходи примусового характеру, які застосовуються тільки уповноваженими на те посадовими особами та державними органами до підозрюваного, обвинуваченого, потерпілого, свідка, а також до інших осіб, які беруть участь у кримінальному провадженні, з метою недопущення дійсних і можливих перешкод, які виникають та не дають можливості реалізувати завдання кримінального судочинства.

У зв'язку з цим, вважається, що в новому КПК України заходи процесуального примусу визначені саме як заходи забезпечення кримінального провадження, а відповідно обшук до них не відноситься.

При цьому аналіз норм КПК України свідчить про безпосередній діалектичний зв'язок такої слідчої (розшукової) дії, як обшук та ряду заходів забезпечення кримінального провадження (тимчасового доступу до речей і документів, тимчасового вилучення майна та затримання).

Зокрема, у разі невиконання ухвали про тимчасовий доступ до речей і документів слідчим суддею може бути постановлено ухвалу про дозвіл на проведення обшуку (ч. 1 ст. 166 КПК України). Під час обшуку може здійснюватися тимчасове вилучення майна (ч. 2 ст. 168 КПК України), при цьому під час затримання особи може проводитися обшук (ч. 3 ст. 208 КПК України).

Таким чином, обшук, не являючись безпосередньо заходом процесуального примусу, є ефективним інструментом реалізації заходів забезпечення кримінального провадження. Лише за 11 місяців 2014 року слідчими суддями розглянуто понад 56 тис. клопотань про проведення обшуку, 46 тис. з яких задоволено, і лише у 9,2 тис. випадків судом було відмовлено в проведенні обшуків.

Основними причинами відмови в задоволенні клопотання про проведення обшуку були недотримання вимог, встановлених ст. 234 КПК України, як до змісту клопотання, так і до його оформлення, зокрема: неприєднання до клопотання документів на житло, де планується проведення обшуку, відомостей про фактичного власника житла, відомостей про речі та документи, які планується відшукати, недоведеність стороною обвинувачення необхідності проведення обшуку тощо.

Згідно з ч. 1 ст. 234 КПК України обшук проводиться з метою виявлення та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукування знаряддя кримінального правопорушення або майна, яке було здобуте в результаті його вчинення, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб.

Викладений у зазначеній нормі КПК України перелік об'єктів, які має право відшукувати під час проведення обшуку сторона обвинувачення, є вичерпним і розширеному тлумаченню не підлягає. Тому теоретично особам, до яких прийшли з обшуком, повинно бути легко відстоювати свої права в тому разі, якщо під час обшуку вилучають предмети і документи, які не є ні знаряддям кримінального правопорушення, ні майном, здобутим у результаті його вчинення.

Проте досить часто прогресивні норми КПК України тлумачаться по іншому. Нерідко в клопотанні як підстави для обшуку абстрактно зазначається необхідність виявлення та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення. У разі позитивного його вирішення сторона обвинувачення може вилучати практично все, а потім вже тривалий час розбиратися, чи стосуються вилучені предмети або документи кримінального правопорушення чи ні.

Адвокатська практика свідчить, що досить часто обшук використовується для здійснення психологічного тиску на осіб, які володіють чи розпоряджаються майном, що знаходиться в місці проведення обшуку. При цьому зовсім не обов'язково, щоб ці особи безпосередньо стосувалися кримінального правопорушення.

При цьому слід зазначити, що новим КПК України передбачено чимало новел, які спрямовані на захист прав громадян. Зокрема, на відміну від Кримінально-процесуального кодексу України 1960 року, визначено вичерпний перелік суб'єктів, які мають право проводити обшук (прокурор, слідчий) [2]. Раніше, незважаючи на загрозу, що несе в собі обшук, його проведення нерідко доручалося правоохоронцям, які не мали достатньої професійної підготовки (дільничні інспектори міліції, оперативні уповноваженні). На жаль, і на сьогодні трапляються випадки проведення обшуків оперативними працівниками за дорученнями слідчих. Слід погодитися, що така практика суперечить основним ідеям КПК України та повинна бути виключена з діяльності правоохоронців шляхом внесення відповідних змін до КПК України.

Ефективною спробою законодавця захистити громадян є також покладання на особу, яка проводить обшук, обов'язку вжиття належних заходів для забезпечення присутності осіб, чії права і законні інтереси можуть бути обмежені або порушені. Також, як і для інших слідчих дій, встановлено необхідність проведення обшуку в період часу, коли буде завдано найменшої шкоди звичайним заняттям особи. Введено вимогу вручення копії ухвали суду особі, у якій проводиться обшук, до початку його проведення.

Важливим є і скасування вимоги присутності замість власника уповноважених представників житлово-експлуатаційної комісії або органів місцевого самоврядування. КПК України вимагає залишити копію ухвали на видному місці та забезпечити збереження майна.

Позитивним у цілому є закріплення в КПК України вимоги щодо проведення обшуку в обсязі, необхідному для досягнення його мети, та віднесення речей та документів, які не входять до переліку, щодо якого прямо надано дозвіл на відшукування в ухвалі суду, до тимчасово вилученого майна.

Проте закріплення зазначених норм в КПК України не забезпечило в повній мірі ефективного дотримання прав громадян.

Зокрема, згідно зі ст. 236 КПК України слідчий, прокурор вживає належних заходів для забезпечення присутності під час проведення обшуку осіб, чії права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені. До речі, така вимога задекларована і ст. 223 КПК України та стосується усіх без винятку слідчих дій, але на практиці практично не реалізується.

Досить часто особи, в яких проводиться обшук, не мають змоги скористатися кваліфікованою юридичною допомогою навіть за наявності договору з адвокатом про надання юридичних послуг. Не завжди допускаються адвокати до участі в проведенні обшуку. Причиною цього є те, що в КПК України не передбачено такого суб'єкта, як адвокат у кримінальному провадженні. Докази ж щодо необхідності захисту громадян правовими методами, закріпленими в Конституції України, не завжди сприймаються стороною обвинувачення.

Оскільки в більшості випадків обшук проводиться на початкових етапах розслідування, коли процесуальний статус осіб, у яких здійснюється обшук, ще

не визначений і участь захисника в слідчій дії прямо не передбачена. У КПК України задекларовано право свідка користуватися під час участі в проведенні процесуальних дій правовою допомогою адвоката, та це право реально не використовується саме через відсутність в особи на момент проведення обшуку будь-якого процесуального статусу.

Нерідко адвокати не можуть потрапити до місця проведення обшуку через недопущення їх не особою, яка здійснює обшук, а працівниками правоохоронних органів, що забезпечують охорону місця проведення слідчої дії. Надалі поясненнями недопуску може бути неможливість отримання відповідного дозволу слідчого, який був зайнятий проведенням слідчої дії.

Проблемним є також те, що не передбачено процесуальної можливості оскарження рішення слідчого, прокурора про недопущення адвоката до проведення обшуку. У ст. 303 КПК України (“Рішення, дії чи бездіяльність слідчого або прокурора, які можуть бути оскаржені під час досудового розслідування, та право на оскарження”) відсутня така норма.

Таким чином, виникає необхідність врегулювання зазначеної проблеми шляхом зобов'язання слідчого, прокурора вживати заходів забезпечення присутності під час проведення обшуку не тільки осіб, чиї права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені, але й їхніх адвокатів. Це може бути як судова практика, так і прийняття відповідних нормативно-правових актів.

Наступним проблемним питанням під час проведення обшуку є застосування технічних засобів фіксування. Так, згідно з ч. 1 ст. 107 КПК України за клопотанням учасників процесуальної дії застосування технічних засобів фіксування є обов'язковим. Для виконання цього положення в ч. 6 зазначеної статті передбачено, що незастосування технічних засобів фіксування кримінального провадження у випадках, якщо воно є обов'язковим, тягне за собою невідомість відповідної процесуальної дії та отриманих внаслідок її вчинення результатів, за винятком випадків, якщо сторони не заперечують проти визнання такої дії та результатів її здійснення чинними.

Застосування технічних засобів фіксування надає можливість надалі засвідчити всі можливі порушення законодавства з відповідними правовими наслідками. Зрозуміло, що не всі зацікавлені в застосуванні технічних засобів фіксації. Так, практика свідчить, що в окремих випадках у разі, якщо хтось із учасників слідчої дії заявляє відповідне клопотання, воно задовольняється. При цьому досить часто для задоволення використовується мобільний телефон. Однак через декілька хвилин технічні засоби фіксації “перестають працювати”, а в протоколі слідчої дії так і зазначається, що “з технічних причин застосування технічного засобу (назва засобу, час) припинено”.

При цьому в протоколі все ж відображається, що технічний запис за клопотанням учасників слідчої дії застосовувався. У таких випадках, безсумнівно, така процесуальна дія повинна визнаватися невідомою. Вважається доцільним законодавчо передбачити обов'язкове зупинення слідчої дії в разі, якщо з технічних чи інших причин технічні засоби не можуть бути застосовані, до їх усунення.

Не визначено в КПК України і порядку вирішення звернень та заяв, які можуть надійти під час проведення обшуку.

Так, відповідно до ч. 8 ст. 236 КПК України особи, у присутності яких здійснюється обшук, мають право робити заяви, що підлягають занесенню до протоколу обшуку. Згідно з положеннями ст. 104 КПК України, учасники слідчої дії можуть заявляти “зауваження та доповнення”.

Без сумніву, норми КПК України закріплюють можливість висловлювати своє бачення стосовно порядку проведення слідчих дій. Й такі “звернення” повинні вирішуватися відповідно до загальних засад кримінального провадження за

аналогією з клопотаннями. Водночас зазначене не завжди здійснюється у зв'язку з відсутністю чіткої вказівки в КПК України. При цьому положення ст. 7 та 9 КПК України не враховуються стороною обвинувачення.

У зв'язку з цим, на нашу думку, доцільно доповнити ч. 8 ст. 236 КПК України реченням такого змісту: “Заяви повинні бути розглянуті відразу або ж у порядку, передбаченому ст. 220 КПК України”.

Як вже зазначалося, законодавством гарантовано проведення обшуку в обсязі, необхідному для досягнення його мети. Зокрема, в ухвалі слідчого судді серед інших відомостей зазначаються речі, документи або розшукувані особи, для виявлення яких проводиться обшук. Тобто кожен документ, кожна річ перед її вилученням та упаковуванням повинна бути оглянута, перевірена та чітко зафіксована.

Проте стали поширеними випадки, коли під час обшуку вилучаються речі та документи, які не мають відношення до кримінального провадження. У протоколі слідчої дії лише зазначається, наприклад, що: “вилучено документи в синій папці”, або “вилучено документи фінансово-господарської діяльності, які упаковано в <...>” без конкретизації, які саме речі та документи вилучаються. Аналогічним чином іноді здійснюється й вилучення документів з офісних приміщень кількох організацій, якщо дозвіл надано на вилучення документів лише однієї з них.

Тобто існує ризик, по-перше, що будуть вилучені матеріали, які не стосуються справи, а по-друге, доведення в подальшому, що вони взагалі вилучалися, адже в протоколі обшуку не буде чіткого переліку. До того ж закон не зобов'язує здійснювати розпаковування вилученого майна та його огляд за участю понятих, що й може спричинити фальсифікації.

Вважається, що результат повинен бути один – отримані в такий спосіб докази повинні визнаватись судом недопустимими, оскільки згідно з ч. 7 ст. 236 КПК України слідчий, прокурор наділені правом “оглядати і вилучати речі і документи”, а жодного положення, яке б надавало право прокурору, слідчому вилучати речі та документи без їхнього огляду, в КПК України немає. У зв'язку з цим, необхідно доповнити ст. 87 КПК України відповідними положеннями щодо визнання недопустимими доказів, одержаних під час проведеного обшуку з порушенням порядку, передбаченого КПК України.

Слід звернути й увагу на те, що ухвали слідчих суддів згідно зі ст. 235 КПК України повинні мати чіткий перелік речей, що підлягають вилученню та які надалі реально можуть бути використанні як докази. Помилковим є, наприклад, зазначення: “надати дозвіл на відшукання та вилучення інших речей і документів, які мають значення для кримінального провадження, а також документів вказаних та інших підприємств”. За таких обставин фактично надається дозвіл на вилучення будь-яких документів, що аж ніяк не сприяє захисту прав та свобод громадян та зводить до мінімуму значення суду в кримінальному провадженні.

До того ж досить часто попри наявність відмови в задоволенні клопотання сторони обвинувачення на вилучення грошей та цінностей і надання можливості вилучати лише документи, при обшуку вилучається все. Вважається, що вже таким діям потрібно давати юридичну оцінку.

Окремо потрібно зупинитися на проведенні обшуку особи. Зазначена процесуальна дія допускається лише при проведенні обшуку житла, приміщення або іншого володіння за рішенням слідчого чи прокурора. Проте закон не містить ніяких критеріїв, за наявності яких таке рішення може бути прийняте. Не встановлено також, яким повинно бути це рішення, як воно повинно бути оформлене. Оскільки згідно зі ст. 110 КПК України будь-яке рішення слідчого оформлюється у формі постанови, вбачається, що обшук особи потребує винесення окремої постанови.

На практиці в разі необхідності проведення обшуку особи робиться лише запис у протоколі обшуку, що є порушенням норм кримінального процесуального

законодавства. Відповідно, отримані таким чином докази повинні також визнаватись недопустимими.

Неправильним є також, коли на підставі однієї ухвали слідчого судді про обшук житла чи іншого володіння особи складається декілька протоколів обшуку. Такі випадки стали поширеними при складанні протоколу за результатами проведення слідчої дії в окремих частинах (поверхах) об'єкта. Вважається, що оптимальним варіантом вирішення зазначеного питання є складання кожним членом слідчої групи окремого додатку до протоколу обшуку, а не окремого протоколу.

Прогалиною в законодавстві, яка використовується не для захисту громадян, також є відсутність прямої норми щодо необхідності вручення копії протоколу обшуку особі, в приміщенні якої проводився обшук. Слідчий, прокурор перед початком виконання ухвали слідчого судді про проведення обшуку житла чи іншого володіння в порядку статті 236 КПК України ознайомлює особу з ухвалою слідчого судді та вручає копію ухвали. Однак після проведення такого обшуку жодних процесуальних документів особі (володільцю) не надається, оскільки такого обов'язку в КПК України не передбачено.

З метою ефективного захисту прав громадян та отримання копії протоколу обшуку адвокати іноді звертаються з адвокатськими запитами до слідчих та прокурорів, однак відповідь правоохоронних органів зводиться до відписок: "Відповідно до положень ст. 25 Закону України "Про адвокатуру та адвокатську діяльність" розгляд адвокатських запитів здійснюється в порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законодавством. Водночас кримінальним процесуальним законодавством України не передбачено порядку надання копії протоколу обшуку на адвокатський запит. У зв'язку з цим, надання копії протоколу обшуку на адвокатський запит є неможливим". Також ст. 221 КПК України дає можливість відмовити в наданні копії протоколу, оскільки це може зашкодити досудовому розслідуванню.

За таких обставин ні особа, в якій проводився обшук, ні будь-яка інша зацікавлена особа не мають можливості отримати копію протоколу обшуку та, відповідно, інформацію про вилучені під час обшуку речі і документи.

Правильним варіантом вирішення зазначеної проблеми є внесення змін до КПК України щодо обов'язковості після проведення обшуку та підписання всіма учасниками протоколу обшуку вручення копія протоколу особі, яка володіє житлом чи іншим володінням, а за її відсутності – іншій присутній особі. До речі, зазначені вимоги були задекларовані в Кримінально-процесуальному кодексі України 1960 року (ст. ст. 188–189).

Незважаючи на те, що ще в липні 2013 року на розгляд Верховної Ради України внесено законопроект "Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України (щодо вручення копії протоколу обшуку)" № 2504а, який спрямований на зменшення зловживання слідчих при обшуках і захист права осіб-власників приміщень, відповідні зміни не прийнято [11].

Наступним проблемним питанням є невизначеність строку перебування вилучених речей у сторони обвинувачення, що інколи призводить до необґрунтованого маніпулювання владними повноваженнями. Крім того, обшук як слідча дія може бути проведений в будь-якій особі. Як наслідок, речі, вилучені, наприклад, у свідка, можуть тривалий час не повертатись володільцю, а якщо в провадженні немає осіб, яким повідомлено про підозру, то взагалі "довічно". Відповідно, саме це і є порушенням недоторканності права власності (ст. 41 Конституції України, ст. 16 КПК України) [10, с. 10]. Тому в КПК України необхідно передбачити чіткий строк, протягом якого за вилученнями у ході обшуку речах приймається рішення про визнання їх речовими доказами або такими, що мають бути повернені законному володільцю.

Слід також звернути увагу й на порушення прав громадян у випадках, коли під час обшуку вилучаються засоби зв'язку особи (телефон, комп'ютерна техніка тощо) й з ними проводяться процесуальні дії, адже в цьому випадку, крім обмеження права володіти, порушуються конституційні права на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції тощо. За таких обставин повинно бути окреме рішення суду, яке надасть можливість ознайомитися з конфіденційною інформацією.

Таким чином, незважаючи на революційність положень нового КПК України, дворічна практика його застосування підтвердила, що застосування його норм знаходиться ще на неналежному рівні. У зв'язку з цим, необхідним є вжиття відповідних заходів як на законодавчому, так і на інших рівнях. Особливо це стосується норм, внаслідок застосування яких суттєво порушуються права та свободи громадян.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 року // *Голос України*. – 2012. – № 90–91 від 19.05.2012.
2. Кримінально-процесуальний кодекс України від 28 груд. 1960 р. № 1001-05 // *Відомості Верховної Ради УРСР (ВВР)*. – 1961. – № 2. – Ст. 15.
3. *Смирнов А.В.* Уголовный процесс : учебник для вузов / под общ. ред. А.В. Смирнова. – СПб. : Питер, 2004. – 697 с. – (Серия “Учебник для вузов”) [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http : // www.kalinovsky-k.narod.ru/p/upp/upp8-1.htm](http://www.kalinovsky-k.narod.ru/p/upp/upp8-1.htm).
4. Кримінальний процес України : навч. посібник для підготовки до іспиту / за загальною редакцією Ю.П. Аленіна. – Х. : ТОВ “Одіссей”, 2010. – 328 с.
5. *Смоков С.М.* Класифікація заходів кримінально-процесуального примусу / С.М. Смоков // *Вісник Запорізького національного університету* [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http : // www.stattionline.org.ua/filologiya/79/13366-klasifikaciya-zaxodiv-kriminalno-procesualnogo-primusu.html](http://www.stattionline.org.ua/filologiya/79/13366-klasifikaciya-zaxodiv-kriminalno-procesualnogo-primusu.html).
6. Уголовный процесс Украины : учебное пособие / под ред. А.Б. Муравина. – О. : ОЮИ ХНУВД, 2007. – 235 с.
7. *Молдаван А.В.* Кримінальний процес : Україна, ФРН, Франція, Англія, США : навчальний посібник / А.В. Молдован. – К. : Центр навчальної літератури, 2005. – 352 с.
8. Кримінальний процес України : підручник / за ред. Назарова В.В., Омельченко Г.М. – К. : Юридична думка, 2005. – 548 с.
9. *Лобойко Л.Н.* Уголовно-процесуальное право : учебное пособие : курс лекций / Л.Н. Лобойко. – Х. : Одиссей. – 2007. – 672 с.
10. Реалізація нового КПК України у 2013 році (моніторинговий звіт) / О.А. Банчук, І.О. Дмитрієва, З.М. Саїдова, М.І. Хавронюк. – К. : ФОП Москаленко О.М., 2013. – 40 с.
11. Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України (щодо вручення копії протоколу обшуку) : проект закону України № 2504а від 04.07.2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : [http : // w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=47747](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=47747).

Отримано 25.09.2014