

УДК 343.1(477)(043.3)

DOI <https://doi.org/10.32782/ln.2023.19.50>

О. С. Смірнов

*прокурор першого відділу процесуального керівництва
Управління процесуального керівництва у кримінальних провадженнях
слідчих територіального управління Державного бюро розслідувань
Київської міської прокуратури*

НОРМАТИВНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ОБШУКУ ОСОБИ

Постановка проблеми. Окремим видом обшуку є особистий обшук або обшук особи. Окремої статті, яка б визначала підстави та порядок проведення особистого обшуку у чинному КПК України, на відміну від КПК України 1960 року, не визначено. Це суттєво впливає на неоднозначність право тлумачення норм, які регулюють порядок проведення такого виду обшуку. Слід зауважити і на відсутності єдності судової практики.

Під час особистого обшуку істотно обмежуються права особи, натомість можуть бути втрачені або у подальшому визнані недопустимими і важливі докази, отримання яких є реальним виключно під час затримання чи проведення обшуку особи в житлі чи іншому володінні при реалізації порядку, передбаченого ст. 236 КПК України.

Питання проведення особистого обшуку досліджувалися у роботах О. В. Баганця, І. В. Гловюк, О. В. Капліної, О. Комарницької, Д. В. Лазаревої, А. М. Мельник, І. І. Татарина, Л. Д. Удалової, А. Я. Хитри, Д. О. Шумейка та багатьох інших вчених.

Попри значні напрацювання вчених та численні пропозиції щодо вдосконалення цього інституту правова невизначеність багатьох аспектів обшуку особи залишає поле для наукової дискусії.

Метою статті є отримання наукового результату у вигляді теоретично обґрунтованих положень щодо особистого обшуку та вдосконалення на їх основі чинного кримінального процесуального законодавства.

Виклад основного матеріалу. У ч. 3 ст. 208 КПК України вказується: «Уповноважена

службова особа, слідчий, прокурор може здійснити обшук затриманої особи з дотриманням правил, передбачених частиною сьомою статті 223 і статтею 236 цього Кодексу» [1]. У ч. 5 ст. 208 КПК України зазначається, що під час про затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, обов'язково складається протокол, в якому, крім відомостей, передбачених статтею 104 КПК України, зокрема, зазначаються і результати особистого обшуку.

У ч.5 ст. 236 КПК України вказано: «За рішенням слідчого чи прокурора може бути проведено обшук осіб, які перебувають в житлі чи іншому володінні, якщо є достатні підстави вважати, що вони переховують при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження. Обшук особи здійснюється особами тієї самої статі у присутності адвоката, представника на вимогу такої особи. Неявка адвоката, представника для участі у проведенні обшуку особи протягом трьох годин не перешкоджає проведенню обшуку. Хід і результати особистого обшуку підлягають обов'язковій фіксації у відповідному протоколі» [1]. Про особистий обшук також зазначається у ч. 6 ст. 208 КПК України. Таким чином, законодавцем без відповідних роз'яснень використовуються два терміна – обшук особи та особистий обшук. Науковці акцентують увагу на тому, що фактично законодавець здійснює формальне розрізнення цих видів обшуку за об'єктом внаслідок непослідовності та несистемності, таким чином, зазначена прогалина має бути усунена [2, с. 33; 3].

Специфіка затримання та «особистого обшуку» визначена й у ст. ст. 298-2, 298-3 КПК України. Відповідно до ч. 6 ст. 298-2 КПК України уповноважена службова особа, яка здійснила затримання, здійснює особистий обшук затриманої особи з дотриманням правил, передбачених ч.7 статті 223 КПК України. А у ч. 1 ст. 298-3 КПК України «Вилучення речей і документів» йдеться про те, що *речі і документи, що є знаряддям та/або засобом вчинення кримінального проступку чи безпосереднім предметом посягання, виявлені під час затримання, особистого обшуку затриманої особи або огляду речей*, вилучаються уповноваженою службовою особою Національної поліції, органу безпеки, органу Бюро економічної безпеки України, органу Державного бюро розслідувань, Національного антикорупційного бюро України [1] (виділено О.С.). Як видно з наведеного формулювання, законодавець досить неоднозначно прописує норму. По-перше, її назва «Вилучення речей і документів» умовно конкурує із зазначеними у загальних нормах КПК України способами вилучення речей і документів: тимчасовий доступ до речей і документів, тимчасове вилучення майна та відповідні процесуальні дії, під час яких цей захід забезпечення кримінального провадження може бути застосований. По-друге, законодавцем передбачається відповідно до цитованої норми, що речі і документи можуть бути виявлені та вилучені 1) під час затримання; 2) під час особистого обшуку особи, що вже нелогічно контекстуально вказує на можливість нібито вилучити у особи речі і документи під час затримання без проведення особистого обшуку. По-третє, у формулюванні використовується термін «особистий обшук», хоча у ст. 208 КПК України йдеться про «обшук особи». На нашу думку, логічнішим було б внесення змін до ст. 208 КПК України, з урахуванням підстав затримання особи за підозрою у вчиненні кримінального проступку. Привертає увагу ще один аспект: так відповідно до ч. 3 ст. 208

КПК України уповноважена службова особа, слідчий, прокурор *може* здійснити обшук затриманої особи *з дотриманням правил, передбачених ч. 7 ст. 223 та ст. 236 КПК України* [1] (виділено О.С.). Натомість у ч. 6 ст. 298-2 КПК України уповноважена службова особа, яка здійснила затримання, уже не «може», тобто має право на здійснення особистого обшуку, а *здійснює особистий обшук* затриманої особи *з дотриманням правил, передбачених ч.7 статті 223 КПК України* [1] (виділено О.С.). Як видно, в останньому випадку законодавець зазначає лише про необхідність відповідно до ч. 7 ст. 223 КПК України залучення понятих. Хоча вимоги ст. 236 КПК України в частині обшуку особи містять й низку інших додаткових гарантій.

У ч. 1 ст. 168 КПК України визначається: «Тимчасово вилучити майно може кожен, хто законно затримав особу в порядку, передбаченому статтями 207, 208, 298² цього Кодексу. Кожна особа, яка здійснила законне затримання, зобов'язана одночасно із доставленням затриманої особи до слідчого, прокурора, іншої уповноваженої службової особи передати їй тимчасово вилучене майно» [1]. У цій нормі привертає увагу той факт, що прямо у ст. 207 КПК України не передбачено право проведення обшуку особи у випадку її законного затримання, механізму фіксування тимчасового вилучення такого майна. Більш того, у ч. 3 ст. 168 КПК України зазначається, що саме *слідчий, прокурор, інша уповноважена службова особа* під час затримання або обшуку і тимчасового вилучення майна або негайно після їх здійснення зобов'язана скласти відповідний протокол, копія якого надається особі, у якої вилучено майно, або її представнику [1] (виділено О.С.). Натомість про інших осіб у нормі не йдеться. Таким чином, наведені положення підлягають унормуванню згідно з іншими нормами, які визначають підстави проведення обшуку особи та тимчасового вилучення майна.

Вчені справедливо звертають увагу на те, що загальні підстави проведення обшуку на

практиці призводять до різного тлумачення та застосування цих норм саме під час обшуку особи, що впливає на законність проведення обшуку особи та його наслідки як для самої особи, так і для кримінального провадження [4, с. 43; 5, с. 133].

Слід констатувати, що у чинному кримінальному процесуальному законодавстві не достатньо визначені підстави проведення обшуку особи у разі її затримання. Відповідно до ч. 5 ст. 236 КПК України обшук осіб, які перебувають в житлі чи іншому володінні, проводиться, якщо є достатні підстави вважати, що вони переховують при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження. Однак, як зазначалося вище, у разі затримання особи в порядку ст. 208 КПК України відокремлено підстав проведення обшуку особи не передбачено. Так само, як і у разі затримання в порядку ст. 298-2 КПК України.

Щодо можливості проведення обшуку особи під час законного затримання висловлюється у дисертації А. М. Мельник, пропонуючи визначити ст. 207 КПК України як «Громадянське затримання», чітко регламентувати його порядок та наділити особу, яка здійснює затримання, правом на вилучення у затриманого зброї (за наявності) та право на обшук затриманого, якщо є достатні підстави вважати, що затримана особа має при собі небезпечні предмети [6, с. 192]. Крім того, дослідниця зазначає, що обшук особи під час затримання є слідчою (розшуковою) дією (далі – СРД), відтак необхідно передбачити окремий протокол особистого обшуку, адже кожна СРД має індивідуальну форму закріплення [6, с. 119].

Аргументи вчених про те, що особи, які здійснюють законне затримання та уповноважені службові особи повинні мати повноваження, права на проведення обшуку особи під час її затримання є логічними, як з урахуванням міркувань безпеки, так і з урахуванням того, що затриманий може позбутися речей і документів, що можуть мати значення

для кримінального провадження. Водночас концепція КПК України передбачає право збирати докази, тимчасово вилучати речі та документи лише визначеними у кодексі суб'єктами.

У питанні визначення мети та підстав обшуку особи, у випадку затримання важливою є позиція Кримінального касаційного суду Верховного Суду (далі – ККС ВС), який у постанові від 14.03.2023 у справі № 135/638/21, надаючи правову оцінку законності обшуку особи, вказав наступне: «Колегія суддів зазначає, що особистий обшук є складовою процесу затримання і, таким чином, законне затримання саме собою дає підстави для проведення особистого обшуку.... Затримання в порядку статей 207 або 208 КПК України, за визначенням, є несподіваною для його учасників подією. Оскільки закон надає органам правопорядку повноваження за певних умов проводити затримання без попереднього судового дозволу, це означає, що законодавець визнає непередбачуваність обставин, які зумовлюють таке затримання» [7]. ВС вкотре у цьому рішенні підкреслив відсутність необхідності отримувати ухвалу слідчого судді для обшуку особи у випадках її затримання. Більш того, справедливим і логічним, на наше переконання, є висновок суду щодо завдань, які вирішуються під час обшуку особи у випадках її затримання: «Більше того, слід взяти до уваги, що *особистий обшук затриманої особи є необхідним, крім фіксації доказів правопорушення, також для забезпечення безпеки як осіб, що затримують, так і інших осіб, включаючи саму затриману особу*. Тому особистий обшук, як правило, проводиться невідкладно після затримання» [7]. (виділено О.С.).

Така позиція ВС підтверджує, що обшук особи під час затримання внаслідок його правової природи як складової цього заходу забезпечення кримінального провадження має на меті не тільки вилучення доказів, а й направлений на забезпечення безпеки осіб, які проводять затримання, а також ото-

чуючих, включаючи самого затриманого. Відтак можливість проведення обшуку з урахуванням цієї мети також має бути передбачена і чітко врегульована кримінальним процесуальним законодавством з метою недопущення необґрунтованого обмеження прав особи, що затримується.

Щодо процедури проведення особистого обшуку, то у ч. 3 ст. 208 КПК України визначається, що він здійснюється з дотриманням правил, передбачених ч. 7 ст. 223 та ст. 236 КПК України. Тобто обов'язковим є залучення понятих, а також проведення обшуку особами однієї статі із затриманим.

Розуміючи важливість цієї гарантії, слід звернути увагу на проблематичність залучення понятих в окремих умовах, в яких здійснюється затримання. Наприклад, в умовах антитерористичних заходів складно залучити понятих, адже це може бути пов'язано із небезпекою для життя та здоров'я цих осіб. Аналогічною є ситуація у разі здійснення затримання в умовах воєнного стану. Коли воно, наприклад, проводиться на території активних бойових дій або взагалі з урахуванням вимог правового режиму воєнного стану – комендантської години, евакуаційних заходів тощо. Усе це впливає на складність відшукання понятих, тим більше у такій раптовій ситуації, як затримання без ухвали слідчого судді, а також забезпечення їх безпеки. Для випадків проведення обшуку особи в умовах воєнного стану відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 615 КПК України, якщо залучення понятих є об'єктивно неможливим або пов'язано з потенційною небезпекою для їхнього життя чи здоров'я, така СРД проводиться без залучення понятих. При цьому хід і результати проведення обшуку особи в обов'язковому порядку фіксуються доступними технічними засобами шляхом здійснення безперервного відеозапису.

На нашу думку, перелік випадків, у яких залучити понятих під час особистого обшуку особи неможливо з об'єктивних причин, зазначеними випадками не вичерпується.

Відтак, на наш погляд, слушною є пропозиція щодо розмежування таких СРД як невідкладний особистий обшук затриманої особи в порядку ст. 208 КПК України та особистий обшук особи в загальному порядку згідно ч. 7 ст. 223 КПК України та ст. 236 КПК України [8]. На нашу думку, у КПК України в окремій статті, присвяченій безпосередньо обшуку особи, необхідно визначити частину, у якій буде зазначено підстави, умови та порядок проведення невідкладного особистого обшуку. У цій нормі має бути визначена можливість проведення такої СРД без залучення понятих із здійсненням фіксування доступними технічними засобами шляхом здійснення безперервного відеозапису.

Висновки. На нашу думку, досліджувані питання мають бути вирішені, у першу чергу, шляхом системного опрацювання норм щодо підстав обшуку особи, повноважень осіб, які мають право затримувати особи у порядку ст.ст. 207, 208 КПК України, оформлення особистого обшуку, процесуального статусу та доказового значення таких вилучених речей і документів, з відповідним внесенням змін до КПК України.

У КПК України 1960 р. містилася стаття 184. «Обшук особи та виїмка у неї предметів і документів» На нашу думку, у цій нормі були досить зрозуміло передбачені підстави, умови, випадки проведення особистого обшуку.

Пропонуємо у чинному КПК України передбачити статтю 236-2 «Обшук особи (особистий обшук)» у наступній редакції:

«За наявності підстав, передбачених частиною першою статті 234 цього Кодексу, з метою виявлення та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукання знаряддя кримінального правопорушення або майна, яке було здобуте у результаті його вчинення, якщо є достатні підстави вважати, що вони перебувають при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження, а також забезпечення безпеки як осіб,

що затримують, інших осіб, включаючи саму затриману особу, може бути проведений особистий обшук

1) при здійсненні законного затримання, якщо є достатні підстави вважати, що затриманий має при собі зброю або інші предмети, які становлять загрозу для оточуючих та/або себе самого. Кожна особа, яка здійснила законне затримання, зобов'язана одночасно із доставленням затриманої особи до дізнавача, слідчого, прокурора, іншої уповноваженої службової особи передати їй тимчасово вилучене майно. Факт та обставини вилучення такого майна мають бути зафіксовані у відповідному протоколі;

2) при затриманні уповноваженою службовою особою, якщо є достатні підстави вважати, що затриманий має при собі зброю або інші предмети, які становлять загрозу для оточуючих та/або себе самого, чи намагається знищити, спотворити, позбутися від речей і документів, що мають значення для кримінального провадження. Факт та обставини вилучення такого майна, його передача дізнавачу, слідчому, прокурору мають бути зафіксовані у відповідному протоколі;

3) при затриманні особи на підставі ухвали слідчого судді, суду про дозвіл на затримання, якщо є достатні підстави вважати, що затриманий має при собі зброю або інші предмети, які становлять загрозу для оточуючих та/або себе самого, чи намагається знищити, спотворити, позбутися від речей і документів, що мають значення для кримінального провадження. Факт та обставини вилучення такого майна, його передача дізнавачу, слідчому, прокурору мають бути зафіксовані у відповідному протоколі;

4) за наявності достатніх підстав вважати, що особа, яка перебуває в житлі чи іншому

володінні, у якому проводиться обшук, переховує при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження.

Особи, які проводять у виконанні цих слідчих дій, повинні бути однієї статі з особою, яку обшуковують.

Обшук особи проводиться з дотриманням правил, передбачених частиною сьомою статті 223 цього Кодексу, крім випадків проведення невідкладного обшуку особи.

У невідкладних випадках, пов'язаних з об'єктивною неможливістю залучення понять внаслідок об'єктивних обставин, що створюють загрозу для їх життя та здоров'я, а також життя та здоров'я особи, що здійснює затримання з підстав, передбачених ст.ст. 207, 208, 298-2 цього Кодексу обшук особи може бути проведено невідкладно без залучення понять. У такому випадку хід і результати проведення обшуку особи в обов'язковому порядку фіксуються доступними технічними засобами шляхом здійснення безперервного відеозапису.

У випадках затримання співробітника кадрового складу розвідувального органу України при виконанні ним своїх службових обов'язків, пов'язаних з цим особистий обшук та огляд його речей застосовуються тільки в присутності офіційних представників цього органу».

Необхідними також є нормативні вдосконалення в частині термінологічної узгодженості «обшуку особи» та «особистого обшуку». Крім того, у контексті предмета дослідження актуальними вбачаються подальші наукові розвідки з питань проведення особистого обшуку в умовах воєнного стану, затримання особи за ухвалою слідчого судді, превентивного затримання, врахування досвіду зарубіжних держав у регулюванні цього інституту.

Анотація

У статті досліджені питання нормативного регулювання обшуку особи. Проаналізовані норми Кримінального процесуального кодексу, які передбачають обшук особи під час затримання, а також виконання ухвали слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи. Автором звертається увага на нормативній недосконалої та розрізненості норм, що регламен-

тують порядок обшуку під час затримання уповноваженою службовою особою, затримання уповноваженою службовою особою особи, яка вчинила кримінальний проступок, законного затримання. Вказано на неповну їх кореляцію з підставами тимчасового вилучення майна.

Практика Верховного Суду та правозастосовна практика вказують, що обшук особи є необхідним, крім фіксації доказів правопорушення, також для забезпечення безпеки як осіб, що затримують, так і інших осіб, включаючи саму затриману особу. Відтак можливість проведення обшуку з урахуванням цієї мети також має бути передбачена і чітко врегульована кримінальним процесуальним законодавством з метою недопущення необґрунтованого обмеження прав особи, що затримується.

Аргументується, що для екстремальних умов (антитерористичної операції, воєнного стану, евакуаційних заходів тощо) необхідно передбачити порядок невідкладного обшуку особи без залучення понятих. Гарантією законності при його проведенні може стати відеозапис ходу та результатів доступними технічними засобами.

Зазначається, що досліджувані питання мають бути вирішені, у першу чергу, шляхом системного опрацювання норм щодо підстав обшуку особи, повноважень осіб, які мають право затримувати особи у порядку ст.ст. 207, 208 КПК України, оформлення особистого обшуку, процесуального статусу та доказового значення таких вилучених речей і документів, з відповідним внесенням змін до КПК України.

Запропонована авторська редакція статті 236-2 «Обшук особи (особистий обшук)».

Ключові слова: обшук особи, особистий обшук, підстави, слідча (розшукова) дія, кримінальне провадження, затримання, поняті.

Smirnov O. S. Normative regulation of person searches

The article examines issues of normative regulation of person searches. The norms of the Criminal Procedure Code, which provide for the search of a person during detention, as well as the execution of the decision of the investigating judge on permission to search the home or other possessions of the person, have been analyzed. The author draws attention to the normative imperfection and disparity of norms regulating the procedure of search during detention by an authorized official, detention by an authorized official of a person who has committed a criminal offense, legal detention. Their incomplete correlation with the grounds for temporary seizure of property is indicated.

The practice of the Supreme Court and law enforcement practice indicate that a search of a person is necessary, in addition to recording evidence of a crime, also to ensure the safety of both the detainers and other persons, including the detained person. Therefore, the possibility of conducting a search with this goal in mind should also be provided for and clearly regulated by the criminal procedural legislation in order to prevent unjustified restriction of the rights of the detained person.

It is argued that for extreme conditions (anti-terrorist operation, martial law, evacuation measures, etc.) it is necessary to provide for a procedure for an urgent search of a person without the involvement of witnesses. A video recording of the process and results using available technical means can be a guarantee of legality when conducting it.

It is noted that the investigated issues should be resolved, first of all, by systematically working out the norms regarding the grounds for searching a person, the powers of persons who have the right to detain persons in accordance with Art. 207, 208 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, registration of personal search, procedural status and evidentiary value of such seized items and documents, with corresponding amendments to the Criminal Procedure Code of Ukraine.

The proposed author's version of Article 236-2 «Search of a person (personal search)».

Key words: search of a person, personal search, grounds, investigative (search) action, criminal proceedings, detention, witnesses.

Список використаних джерел:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 9-10, № 11-12, № 13. Ст. 88.
2. Удалова Л.Д. Деякі проблемні питання правозастосування кримінального процесуального законодавства. *Актуальні питання кримінального процесуального законодавства України*. Збір. матер. міжвуз. наук. конф. (Київ, 26 квіт. 2013 р.). Національна академія прокуратури України. К. Правова єдність. 2013. С. 33 – 44.
3. Хитра А.Я., Татарин І.І. Обшук особи як слідча (розшукова) дія, яка потребує невідкладності. *Дніпровський науковий часопис публічного управління, психології, права*. 2023. Випуск 1. С. 157 – 161.
4. Комарницька О. Особистий обшук: сучасний стан та перспектива. *Часопис Академії адвокатури України*. 2014. Т. 7. № 2 (23). С. 41 – 46.
5. Шумейко Д. О. Розслідування прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. К., 2015. 263 с.
6. Мельник А.М. Забезпечення прав затриманого у кримінальному провадженні : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2015. 229 с.
7. Постанова Кримінального касаційного суду Верховного суду від 14.03.2023 у справі № 135/638/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109592913>.
8. Маленко О. Особистий обшук до внесення відомостей в ЄРДР: процесуальний закон vs судова практика. URL: <https://lexinform.com.ua/dumka-eksperta/osobystyj-obshuk-do-vnesennya-vidomostej-v-yerdr-protse-sualnyj-zakon-vs-sudova-praktyka/>.