

**ПОРЯДОК ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ
ТА ОКРЕМИХ КРАЇН: КОМПАРАТИВІСТСЬКИЙ ПІДХІД****THE SEARCH UNDER THE LEGISLATION OF UKRAINE AND INDIVIDUAL COUNTRIES:
THE COMPARATIVE APPROACH**

**Марущак Н.В., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри правоохоронної діяльності та загальноправових дисциплін
Національний університет «Чернігівська політехніка»**

**Томаш О.О., студент IV курсу юридичного факультету
Національний університет «Чернігівська політехніка»**

У статті розглядаються питання порівняльного аналізу процедури обшуку за законодавством України та окремих країн (зокрема Великої Британії, Бельгії, Федеративної Республіки Німеччина, Франції, Данії, Сполучених Штатів Америки). Під час досудового розслідування обшук є однією з важливих і складних слідчих дій, проведення якої пов'язане з втручанням у приватне життя людини, з обмеженням конституційних прав громадян на недоторканність житла, приватного життя, у зв'язку з чим регулюється не лише відповідними нормами кримінального процесуального кодексу, а й Європейською конвенцією з прав людини та основоположних свобод, а також конституціями деяких країн. Зарубіжні країни мають значний досвід організації та проведення слідчих та процесуальних дій, вжиття профілактичних заходів, що обумовлює необхідність його вивчення вітчизняними правоохоронцями. Автори досліджують умови, в яких працівник правоохоронного органу здійснює заходи з підготовки до обшуку, визначають комплекс підготовчих дій слідчого, розкривають змістовну сторону кожної з них та роблять висновок про те, що ретельна підготовка до слідчої дії визначає її ефективність і результат. На основі аналізу кримінального процесуального законодавства, судової практики та основних позицій вчених-криміналістів визначено сутнісне бачення досліджуваного напрямку діяльності. У підсумку з огляду на норми кримінального процесуального законодавства окремих країн, автори дійшли висновку, що проблеми, з якими стикаються іноземні правоохоронці у процесі підготовки та проведення обшуку, подібні до тих, що існують у нашій країні. До основних спільних ознак проведення обшуку відносяться: втручання правоохоронців у сферу дотримання прав людини і громадянина, гарантованих Конституцією, і міжнародними актами; отримання рішення суду на проведення обшуку; можливість обшуку без отримання рішення суду; проведення слідчої дії, безпосередньо після виявлення злочину. Це дозволяє авторам зробити висновок про належність обшуку до категорії невідкладних слідчих дій, які істотно впливають на результати розкриття кримінального правопорушення.

Ключові слова: обшук, слідча дія, кримінальне провадження, приватне життя, слідчий суддя, досудове розслідування.

The article considers the issues of comparative analysis of the search procedure under the legislation of Ukraine and certain countries (in particular, Great Britain, Belgium, the Federal Republic of Germany, Denmark, and the United States of America). Executing of search is one of the important and complex investigative actions carried out during a pre-trial investigation. The authors conclude that careful preparation for the search determines its effectiveness and result. The conditions in which the law enforcement officer performs the activities in preparation for the search are described. A complex of preparatory actions of the investigator is formulated, and a substantive aspect of each is proposed. The essential vision of the investigated direction of activity is determined based on the analysis of the criminal procedure law, judicial practice, and the main positions of forensic scientists. It concluded that careful preparation for the search determines its effectiveness and result. Studying the norms of the Criminal Procedure Code of Ukraine and several individual countries, the authors conclude that the problems foreign law enforcement faces are similar to those in our country during criminal proceedings search activity. The main features of search conducting are associated with a direct violation of human and civil rights, which are guaranteed by both the Constitutions and international acts; obtaining a court decision to conduct it; the opportunity to search without obtaining a court decision; as a rule, the search is an investigative action carried out immediately after the commission of a crime. This allows the authors to conclude that the search belongs to the category of urgent investigative actions that significantly affect the results of the disclosure of a criminal offense.

Key words: search, investigative action, criminal proceedings, private life, investigating judge, pre-trial investigation.

Постановка проблеми. Визначення завдань, кінцевою метою реалізації яких має стати вступ України до Європейського Союзу, не може залишити поза увагою один з основних структурних компонентів держави – правоохоронну систему. Важливим моментом у цьому процесі виступає питання вивчення діяльності урядів країн ЄС та США щодо формування національних правоохоронних систем, оскільки не дивлячись на те, що правоохоронні систем цих країн досить часто піддавали трансформаціям, в деяких з них правоохоронні органи успішно виконують визначені законодавством функції вже понад 100 років. Отже, на сьогодні зарубіжні країни мають значний досвід організації та проведення слідчих та процесуальних дій, вжиття профілактичних заходів, що обумовлює необхідність його вивчення вітчизняними правоохоронцями.

Однією з важливих та складних слідчих дій, що проводиться під час досудового розслідування, виступає обшук. Так, згідно статистичним даним, щомісяця в Україні проводиться близько 4500 обшуків і кількість громадян, які стикаються із цією процесуальною дією, є досить значною [1, с. 14].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням компаративістських досліджень законодавчих положень, що регулюють проведення обшуку в різних країнах, присвячували свої наукові доробки І. Ю. Гловацький, І. В. Дубівка, О. В. Капліна, Ю. М. Жмур, Н. С. Моргун, А. М. Пешкова та інші науковці. Зазначені дослідження дають можливість запозичення позитивного досвіду правозастосування у сфері порядку проведення обшуку, а також визначити основні напрямки удосконалення кримінального процесуального законодавства України з урахуванням норм міжнародно-правових актів. Проте, питанням дослідження особливостей проведення обшуку за законодавством України та окремих країн в літературі достатньої уваги не приділялося.

Метою даного дослідження є аналіз кримінального процесуального законодавства та судової практики України і окремих зарубіжних країн щодо процесуального порядку та підстав проведення обшуку.

Виклад основного матеріалу. Більшість науковців визначають обшук як слідчу (розшукову) дію щодо примусового обстеження ділянок місцевості, приміщень, тіла людини, її одягу й особистих речей, яка здійснюється

уповноваженою на те особою на підставі норм кримінального процесуального закону з дотриманням гарантій прав і законних інтересів громадян і юридичних осіб. Метою обшуку є пошук, виявлення й вилучення конкретних джерел доказової інформації (матеріальних об'єктів), які можуть мати значення для кримінального провадження. Під час досудового розслідування обшук також може проводитися для пошуку особи, яка ухиляється від досудового розслідування (суду), трупа чи його частин [2; 3, с. 148].

Проведення обшуку пов'язане з втручанням у приватне життя людини, отже, пов'язане з обмеженням конституційних прав громадян на недоторканність житла, приватного життя, у зв'язку з чим регулюється не лише відповідними нормами кримінального процесуального кодексу, а й Європейської конвенції з прав людини, а також конституціями деяких країн. У статті 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, прийнятої 4 листопада 1950 р. у Римі, зазначено, що кожна людина має право на повагу до її особистого та сімейного життя, недоторканність її житла та таємницю кореспонденції.

Правоохоронні органи Великої Британії щодо проведення обшуку та вилучення предметів керуються законом «Про поліцію і кримінально-процесуальне доказування» 1984 року. При цьому головною уповноваженою посадовою особою з правом здійснити затримання підозрюваного, транспортний засіб та провести їх обшук, відповідно до вказаного закону є поліцейський (констебль). В той час, як підставою для вчинення цих дій, виступає обґрунтована підозра поліцейського щодо виявлення певних речей чи розшукуваних осіб [4, с. 48].

Цей закон визначає правила обшуку осіб, які перебувають у громадських місцях, та надає право проникнення до приміщень і проведення в них обшуку. Поряд з тим, проведення обшуку з метою виявлення та вилучення конкретних предметів може проводитись або за письмовим дозволом особи, яка знаходиться у приміщенні, або на підставі ордеру на обшук, отриманого від мирового судді (до якого поліцейський має звернутись заздалегідь з відповідною заявою). В обох випадках констебль зобов'язаний роз'яснити підстави, відповідно до яких необхідно провести цю процесуальну дію [4, с. 49].

У Бельгії законодавством передбачені обшуки, що проводяться у громадських місцях та приватних володіннях. Обшук або виїмка, що проводяться у громадських місцях, провадиться поліцією, як самостійно, так і за розпорядженням прокурора. При цьому рішення не вимагається. Обшук у приватному володінні може бути здійснений тільки на підставі наказу слідчого судді. У тих випадках, коли підозрюваного зазнають на місці злочину на місці злочину, обшук може бути проведений співробітниками поліції або прокурором самостійно без судового наказу. У разі обшуку осіб, які є носіями професійної таємниці, є особито слідчий суддя [5].

У разі, якщо під час проведення обшуку, виявлено відомості, що вказують на вчинення особою інших правопорушень, слідчий суддя немає права поширити ними розслідування. На нього покладено обов'язок щодо інформування про них прокурора, який, у свою чергу, і приймає рішення. Під час обшуку заборонено вилучення предметів, що охороняються особою, у зв'язку з збереженням ним професійної таємниці. Наприклад, відомості, отримані внаслідок провадження діяльності медичним працівником або адвокатом, за винятком випадків, коли підозрюваною є особа, яка користується імунітетом (лікар, адвокат).

У Данії Законом «Про відправлення правосуддя» передбачено з дозволу суду провести обшук у підозрюваного, у його оселі чи іншому приміщенні, якщо є достатні дані про перебування там розшукуваного особи, чи предметів, мають значення встановлення істини. Також, цей закон передбачає компенсацію, при заподіянні незручностей неправомірним обшуком [6, с. 150].

Підстави та порядок проведення обшуку особи у Федеративній Республіці Німеччина (далі – ФРН) регулюється положеннями розділу VIII, 45 статтями КПК [6]. Для проведення будь-якого виду обшуку потребується рішення судді, а у тих випадках, коли неможливо отримати рішення суду, – рішення прокуратури чи її допоміжних службовців (§ 105 КПК ФРН). Особливість проведення обшуку у ФРН полягає в тому, що ця слідча дія застосовується лише до підозрюваного. Аналіз положень КПК ФРН дає можливість виділити такі види обшуків: особистий обшук особи, якій висунуто публічне обвинувачення, обшук речей, що належать особі, з можливістю їх вилучення, обшук житла, обшук іншого володіння [7].

Склад учасників обшуку, які можуть проводити обшук, – судді, прокурор, особи, у яких проводять обшук, одного чи двох представників або членів общини, в окрузі якої проводять обшук, представника особи, повнолітнього родича чи сусіда. Таким чином, такий склад учасників проведення обшуку свідчить, що у ФРН існує достатній рівень довіри до слідчого, прокурора та судді, оскільки залучення сторонніх осіб до проведення обшуку відбувається рідко.

Для кримінального процесуального права Франції характерний змішаний процес, який характеризується самостійною стадією досудового розслідування, чітким її розмежуванням з судовим розглядом, що заснований на засадах гласності, усності, безпосередності та змагальності. Обшук за кримінальним процесом Франції тягне за собою такі юридичні наслідки, як: вилучення предметів та документів. Обшук за законодавством Франції здійснюється слідчим суддею, якого супроводжують судовий повірений та секретар, з повідомленням прокурора того району, куди він направляється для розслідування справи [8]. Крім того, обшуки будинків і вилучення в них доказів можуть бути проведені за добровільної згоди власника будинку. Однак, така згода має бути оформлена у вигляді власноручної письмової декларації зацікавленої особи. Якщо особа не знає, як її написати, то слідчий суддя готує офіційне повідомлення. Відповідно до принципу «domicile» (місця проживання), обшук проводять у присутності особи, яка там проживає. Якщо це неможливо зробити, то уповноважена посадова особа судової поліції пропонує обшукуваному запросити понятого за своїм розсудом [9, с. 39].

Особливу увагу необхідно приділити правовим аспектам проведення обшуку в Сполучених Штатах Америки (далі – США). У цій країні ще Конституцією 1787 року та Біллем про права 1791 року, який практично є поправками до неї, закріплені основні права та свободи громадян, найважливішими з яких є недоторканність особи та житла. У ході обшуку відбувається суттєве їх обмеження, у зв'язку з чим викликає інтерес регламентація даної слідчої дії у країні, що має найбільшу практику застосування обшуку [10, с. 36].

Обшук розглядається в кримінальному процесуальному праві США як будь-яке втручання уряду в приватне життя людини. Зокрема, у праві США має місце попередній обшук, який розуміється як зовнішній огляд одягу підозрюваного, а також огляд території, яка знаходиться під його контролем.

Основним критерієм класифікації обшуків є відсутність чи наявність ордеру, виданого суддею. При цьому перевага під час розгляду справи по суті надається саме результатам обшуків, проведених на підставі судового ордеру. В іншому випадку обов'язок доказування правомірності проведення обшуку лежить на поліції.

Особливість обшуку у праві США у тому, що він займає чільне становище серед заходів процесуального примусу, поруч із арештом. Підстави та порядок проведення обшуку детально регламентовані. Інші заходи процесуального примусу, крім арешту, є додатковими. Ордер

на арешт чи обшук є початковим, а деяких випадках і єдиним актом обвинувачення.

Основні положення проведення обшуку визначено Конституцією США, де закріплено положення про недоторканність приватного життя приватної власності громадян. Також важливу роль у формуванні норм про обшук відіграє Верховний суд США. Їм встановлюються правила у справах, пов'язаних з тлумаченням поправки IV Конституції США, які включаються до системи гарантій, і поширюються як загальнообов'язкові на діяльність органів кримінальної юстиції у штатах.

У США передбачено, що співробітник поліції має право зупинити будь-яку особу в громадському місці, з метою поставити йому кілька питань, встановити її особу та виявити зброю або інші незаконні предмети (тобто зробити так званий попередній або обмежений обшук). Причому ці дії можуть бути здійснені протягом досить нетривалого періоду часу (кілька годин) і не вимагають вагомих підстав [11, с. 254].

Процедуру затримання та проведення обмеженого обшуку врегульовано у судових прецедентах Верховного Суду США, а також у спеціальних законах штатів. По суті, співробітник поліції має право зупинити будь-яку людину, яка, на його думку, поводиться підозріло. У разі отримання відповідей, які його не влаштують, співробітник поліції має право заарештувати, обшукати цю особу та доставити в відділок.

Законодавством США проведено регламентацію обшуку в такий спосіб. Згідно з IV поправкою «Білля про права» від 15 грудня 1791 року, неприпустиме порушення гарантії права народу на недоторканність особи, житла, документів та майна від необґрунтованих обшуків. Видача ордеру не повинна проводитися не інакше, як за наявності достатніх підстав, які мають бути підтверджені присягою або урочиною заявою. При цьому ордер повинен містити докладний опис місця, яке підлягає обшуку, а також осіб або предмети, що підлягають арешту. Ордер на обшук видається суддею, який має правомочність щодо одноосібного розгляду та вирішення справ про малозначні злочини, перевірку достатності підстав для притягнення особи до кримінальної відповідальності, і навіть провадження низки слідчих дій. Порушення встановлених правил проведення обшуку може спричинити визнання здобутих доказів неприпустимими.

Судове рішення для проведення обшуку (судовий ордер) може бути видане за наступних підстав [6, с. 316].

1. У разі розкрадання чи присвоєння майна. У цьому випадку його вилучення може бути зроблене з дому або місця, де воно знаходиться, або у особи, у володінні якої вона знаходиться і внаслідок розкрадання або в іншій особі.

2. Використання майна як засобу скоєння злочину, що належить до категорії тяжких.

3. Знаходження майна у володінні особи, яка має намір його використати як засіб для порушення права.

В ордері на обшук зазначаються певні реквізити. До них відносяться:

а) дані про особу, щодо якої проводиться обшук (прізвище та ім'я); якщо прізвище невідоме, то можуть бути

зазначені інші дані, які дозволять ідентифікувати цю особу.

б) адресу, де необхідне проведення обшуку;

с) зазначення об'єктів, які розшуковуються, при цьому опис має бути таким, за якого виконавець не мав сумнівів і не приймав необґрунтованих рішень про те, де проводити обшук і що вилучати;

д) підстави, що стали основою для видачі ордеру, а також перелік осіб, які підтверджують ці підстави своїми показаннями;

е) відомості про особу, яка має безпосередньо виконувати ордер;

ф) у разі необхідності, вказівку судді, яка дозволяє провести обшук у будь-який час доби, підстави застосування заходів захисту особи, яка проводить обшук, тощо.

Термін виконання ордеру становить до 10 діб, при цьому виконаний ордер, із зазначенням вилучених об'єктів повертається судді, який його виписав. У разі не виконання ордеру він також повертається судді для його погашення або поновлення.

Необхідно відзначити, що кримінально-процесуальне законодавство США передбачає проведення обшуку без отримання ордеру в таких випадках [6, с. 317]:

– крайня необхідність, тобто, у тому випадку, коли зволікання з проведенням обшуку може спричинити втрату доказів (вилучення наркотиків, припинення злочину тощо);

– проведення обшуку, пов'язаного з арештом підозрюваного;

– скоєння злочину безпосередньо у присутності співробітника поліції;

– при випадковому виявленні співробітником поліції вчиненого злочину в такому місці, де співробітник поліції перебував на законних підставах;

– згода особи на проведення щодо неї обшуку.

У випадку проведення поліцейським обшуку без ордеру, таке рішення визнається незаконним та може бути поданий судовий позов про відшкодування збитків.

Висновки. Підсумовуючи, можна зробити висновки про те, що під час проведення обшуку в зарубіжних країнах виникають проблеми, подібні до тих, що наявні в нашій державі під час здійснення кримінального провадження. Зокрема:

1) проведення обшуку пов'язане з прямим порушенням прав людини та громадянина, які гарантуються як Конституціями, так і міжнародними актами, що тягне, як правило, отримання судового рішення для його проведення;

2) законодавством багатьох країн передбачені випадки, в яких проведення обшуку можливе і без отримання судового рішення. До таких випадків належать ситуації, коли неможливість у проведенні обшуку може призвести до втрати доказової бази, яку згодом відновити неможливо;

3) як правило, обшук є слідчою дією, що проводиться безпосередньо після вчинення злочину або після встановлення особи, яка його вчинила. Це дозволяє зробити висновок про те, що обшук відносяться до категорії невідкладних слідчих дій, які значно впливають на результати розкриття кримінального правопорушення.

ЛІТЕРАТУРА

1. Перцова-Тедорова Л. М. Забезпечення права та законних інтересів осіб під час проведення обшуку на стадії досудового розслідування: дис. докт. філософії: 081 / Національна академія внутр. справ. Київ, 2022. 246 с.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. Дата оновлення 05.02.2023. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/ed20161005#Text> (дата звернення: 01.04.2023).
3. Черняк Н. П., Гаркуша А. Г. Особливості проведення обшуку за кримінальним процесуальним законодавством України. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ*. 2018. № 4. С. 148–152. URL: <https://er.dduvs.in.ua/xmlui/bitstream/handle/123456789/3242/16.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (дата звернення: 01.04.2023).
4. Алєнін Ю. П. Кримінально-процесуальне право України: підручник. Харків: ТОВ «Одіссей», 2009. 816 с.
5. Берладин О. Б. Правові аспекти участі адвоката в досудовому провадженні у кримінальному процесі Великобританії. *Вісник Академії адвокатури України*. 2012. № 2 (24). URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vaa_u_2012_2_20 (дата звернення: 01.04.2023).

6. Молдован В. В., Молдован А. В. Порівняльне кримінально-процесуальне право: Україна, ФРН, Франція, Англія, США: навчальний посібник. Київ: Юрінком Інтер, 1999. 400 с.
7. German Code of Criminal Procedure (Strafprozeßordnung – StPO). URL: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html (дата звернення: 01.04.2023).
8. Кримінально-процесуальний кодекс Франції (Code de procédure pénale). URL: <https://www.legisquebec.gouv.qc.ca/fr/document/lc/C-25.1> (дата звернення: 01.04.2023).
9. Dulskyi Oleksandr. Regulation of search and participation in the search defender under the laws of Ukraine and other countries: comparative legal aspects. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2019. 4 (volume 1). P. 38–46.
10. Баришніков А.Г. Обшук особи за новим КПК України: теоретичні та практичні проблеми. *Вісник Національної асоціації адвокатів України*. 2015. № 7–8(15). С. 35–42.
11. Луцик В. В., Савченко В. А., Самарін В. І. Сучасний кримінальний процес країн Європи: монографія / ред. В. В. Луцика, В. І. Самаріна. Харків: Право, 2018. 792 с.