

## ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ КРИЗЬ ПРИЗМУ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

### CONDUCTING A SEARCH THROUGH THE PRISM OF JUDICIAL PRACTICE

Сліпачик А.І., студентка III курсу факультету прокуратури  
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Необхідність забезпечення прав та законних інтересів учасників кримінального провадження під час проведення слідчих (розшукових) дій зумовлюється особливим призначенням останніх, оскільки вони спрямовані на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні, що в свою чергу має вирішальний вплив на весь хід досудового розслідування, а в подальшому сприяє належному та ефективному встановленню істини у справі та притягнення до відповідальності винної особи. Така слідча дія як обшук є ефективним способом отримання необхідної доказової інформації в ході досудового розслідування та однією із найбільш поширених засобів кримінального процесуального примусу, що обмежує конституційні права та свободи обшукуваного, пов'язані із недоторканністю житла та приватного життя. З урахуванням того, що за своєю природою обшук супроводжується проникненням у володіння особи, а отже, характеризується певним обмеженням прав людини, здійснення такого обшуку має відбуватися виключно в межах чинного правового поля. У статті розглядаються окремі питання стосовно суб'єктного складу осіб, які уповноважені проводити обшук, окремі аспекти питання функціонування інституту понятих під час дії воєнного стану, гарантованість права на професійну правничу допомогу, правомірність оголошення «перерви» під час проведення обшуку тощо. Проводиться аналіз положень національного кримінального процесуального законодавства з урахуванням правозастосовної практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), позицій Верховного Суду та наукової спільноти. Сформульовано науково-обґрунтовані пропозиції про внесення змін та доповнень до кримінального законодавства України на підставі проведеного аналізу.

**Ключові слова:** досудове розслідування, слідча (розшукова) дія, обшук.

The need to ensure the rights and legitimate interests of participants in criminal proceedings during the conduct of investigative (detective) actions is determined by the special purpose of the latter, since they are aimed at obtaining (collecting) evidence or verifying evidence already obtained in a particular criminal proceeding, which in turn has a decisive influence on the entire course of the pre-trial investigation, and subsequently contributes to the proper and effective establishment of the truth in the case and bringing the guilty to justice. A search as one of the investigative actions is an effective way to obtain the necessary evidentiary information in the course of a pre-trial investigation and one of the most common means of criminal procedural coercion that restricts the constitutional rights and freedoms of the person being searched, related to the inviolability of housing and private life. Taking into account the fact that, by its nature, a search is accompanied by penetration into the possession of a person, and therefore, is characterized by a certain restriction of human rights, the implementation of such a search should take place exclusively within the framework of the current legal field. The article discusses certain issues regarding the subject composition of persons authorized to conduct a search, certain aspects of the functioning of the institution of witnesses during martial law, the guarantee of the right to professional legal assistance, the legitimacy of announcing a "break" during a search, etc. An analysis of the provisions of the national criminal procedural legislation is carried out, given the law enforcement practice of the European Court of Human Rights (hereinafter referred to as the ECHR), the positions of the Supreme Court and the scientific community. Scientifically based proposals have been formulated on the introduction of amendments and additions to the criminal legislation of Ukraine on the basis of the analysis made.

**Key words:** pre-trial investigation, investigative (detective/search) action, search.

**Постановка проблеми.** Результати аналізу багатьох наукових досліджень з окресленої теми та дослідження судової практики свідчать про багатоаспектність змістовного наповнення проведення зазначеної комплексної слідчої дії, що характеризує її невичерпний потенціал дослідження. Незважаючи на наявність у кримінально-процесуальному законодавстві детальної регламентації процедури проведення обшуку у процесі практичної реалізації положень спостерігається неоднозначне тлумачення і, як наслідок, застосування норм чинного Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) зумовили існування неоднорідної та, подекуди, суперечливої практики.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Проблема-тиці нормативно-правового регулювання порядку проведення обшуку за чинним КПК присвячена значна кількість наукових праць вітчизняних учених та практиків, зокрема, таких як: В. І. Галагана, О. Л. Дульського, О. В. Керевича, О. В. Капліної, О. Б. Комарницької, О. В. Швидкової, І. В. Гловюк та ін. Отримані наукові здобутки стали вагомим внеском у розвиток доктрини кримінального процесу та підґрунтям формування новітньої правозастосовної практики у цій сфері діяльності. Але зазначена тема все ще потребує ґрунтовного дослідження.

**Метою статті** виступає аналіз положень чинного кримінального процесуального законодавства, які регламентують порядок проведення обшуку, висвітлення актуальних проблем, які виникають у слідчій та судовій практиці, а також формулювання можливих шляхів удосконалення приписів чинного кримінального процесуального законодавства України з даної тематики.

**Виклад основного матеріалу.** Обшук – це слідча дія, яка полягає у примусовому обстеженні житла чи іншого володіння особи, а також окремих осіб з метою виявлення та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукування знаряддя кримінального правопорушення або майна, яке було здобуте у результаті його вчинення, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб. Мета обшуку – отримання та перевірка доказів на досудовому розслідуванні. Завданням обшуку є виявлення та фіксація відомостей про обставини вчинення конкретного кримінального правопорушення. Відповідно до ч. 2 ст. 234 КПК [1] обшук проводиться на підставі ухвали слідчого судді місцевого загального суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться орган досудового розслідування, а у кримінальних провадженнях щодо злочинів, віднесених до підсудності Вищого антикорупційного суду, – на підставі ухвали слідчого судді Вищого антикорупційного суду (санкціонований обшук). На підставі ч. 3 ст. 233 КПК слідчий, дізнавач, прокурор має право до постановлення ухвали слідчого судді увійти до житла чи іншого володіння особи лише у невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні кримінального правопорушення. У такому разі прокурор, слідчий, дізнавач за погодженням із прокурором зобов'язаний невідкладно після здійснення таких дій звернутися до слідчого судді із клопотанням про проведення обшуку (легалізований обшук). КПК України передбачає лише дві підстави проникнення до житла чи

іншого володіння особи без її згоди та без ухвали слідчого судді. Вказані положення підтверджуються і правовим висновком, викладеним у постанові ККС ВС від 8 квітня 2021 року (справа № 573/2028/19), в якій визнано невідкладний обшук таким, що проведений без достатніх правових підстав. Суд послався на те, що в постанові про проведення обшуку його невідкладність обґрунтовувалась необхідністю «відшукування викрадених речей та одягу, в якому був одягнений злочинець та на якому могли залишитися сліди фарби, вилученої в ході ОМП, які можуть бути використані як докази під час розслідування кримінального провадження, що мають суттєве значення для встановлення важливих обставин у кримінальному провадженні», однак такі підстави проведення обшуку не відносяться до переліку невідкладних [2]. Враховуючи викладене, необхідність відшукування викрадених речей та одягу злочинця як доказів не є підставою невідкладності обшуку. Таким чином, такої підстави, як загроза того, що предмет, який розшукується та/або підлягає вилученню чи речові докази, які можуть бути унаслідок зволікання з їх виявленням втрачено, пошкоджено або використано у кримінально-протиправних цілях законодавством України не передбачено.

Отже, належний судовий контроль за об'єктивним, повним і неупередженим досудовим розслідуванням та, зокрема, проведенням обшуку покладено на слідчого суддю. Слідчий суддя – це суддя, до повноважень якого належить здійснення судового контролю за дотриманням прав, свобод й інтересів осіб у кримінальному провадженні, зокрема прийняття рішення про проведення обшуку в житлі чи іншому володінні особи шляхом постановлення відповідної ухвали. Ця ухвала набуває особливого значення з огляду на те, що вона є правовою підставою для обмеження конституційного права в законний спосіб та не підлягає оскарженню [3, с. 84–85]. У рішенні ЄСПЛ у справі «Волохи проти України» Суд у п. 52 зазначив, що: «...Верховенство права між іншим (inter alia) передбачає, що втручання органів виконавчої влади у права осіб має підлягати ефективному контролю, який зазвичай має здійснюватись судовим органом, щонайменше як останньою інстанцією, оскільки судовий контроль надає найбільшій гарантії незалежності, безсторонності та здійснення належного провадження» [4]. Отже, судовий контроль за законністю проведення обшуку має важливе значення, оскільки ця слідча розшукова дія належить до тих, які суттєво обмежують чи порушують права та законні інтереси особи, у житлі чи іншому володінні якої проводять обшук.

Цікавим у цьому контексті є рішення ЄСПЛ у справі «Брацци проти Італії».

Громадянин Італії та Німеччини Марко Брацци мешкав у Мюнхені, але мав будинок в Італії, де протягом навчального року проживали його дружина та діти. Податкові органи Італії запідозрили пана Брацци у тривалій несплаті податків. Державна прокуратура відкрила розслідування та видала ордер на обшук будинку і транспортних засобів для пошуку і вилучення бухгалтерських та інших документів, які б могли довести скоєння злочину. Втім, за наслідками обшуку жодного документу вилучено не було. Згодом провадження було закрито, оскільки Брацци підтвердив факт постійного проживання у Німеччині.

Брацци оскаржував незаконність обшуку у суді, але безуспішно. Тоді він звернувся до Європейського суду з прав людини. Посилаючись на статтю 8 (право на повагу до приватного і сімейного життя) Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, він також стверджував, що не мав доступних ефективних засобів судового захисту.

Суд у Страсбурзі встановив, що втручання у право пана Брацци на повагу до його житла не відповідало закону

у значенні ч. 2 ст. 8 Конвенції тому, що він не користувався ефективним наглядом, якого вимагає верховенство права в демократичному суспільстві. Жоден суддя не розглядав законність або необхідність ордера на обшук його будинку ні до, ні після обшуку. Отже, законодавство Італії не надавало достатніх попередніх або наступних гарантій від ризику зловживання повноваженнями або свавілля.

ЄСПЛ виходив з того, що відповідно до прецедентного права суду втручання у права відповідно до статті 8 Конвенції повинне мати достатньо доступну та передбачувану національну правову основу, сумісну з принципом верховенства права.

Високі судді звернули окрему увагу на те, що обшук був проведений на особливі ранньому етапі кримінального провадження. У зв'язку із цим, вони зауважили, що обшук, проведений на такому етапі, повинен був бути забезпечений відповідними та достатніми гарантіями того, що слідчі органи не використовували його для отримання компрометуючої інформації про осіб, які ще не були визнані підозрюваними у вчиненні правопорушення. Оскільки не було жодного попереднього судового нагляду або будь-якого ефективного ex post facto перегляду оскарженого слідчого заходу, законодавство Італії не забезпечило достатні гарантії від ризику зловживання повноваженнями органами влади, які проводять кримінальне розслідування [5].

Отже, обшук не може використовуватися для отримання компрометуючої інформації про осіб, які ще не були визнані підозрюваними у вчиненні правопорушення. Держава має створювати гарантії захисту від такого зловживання повноваженнями правоохоронними органами.

Обґрунтованість обшуку є однією з обов'язкових умов забезпечення права на недоторканість житла чи іншого володіння особи, на чому ЄСПЛ акцентує увагу, оцінюючи дотримання статті 8 ЄКПЛ. Показовою в цьому сенсі є справа «Володимир Полішук та Світлана Полішук проти України» від 30 вересня 2010 року, суть якої полягала в тому, що невстановлена особа розбила шість вікон у будинку поруч із квартирою заявників. Правоохоронці порушили кримінальну справу за цим фактом і через два місяці після цієї події отримали підстави для проведення обшуку квартири, у якій мешкав підозрюваний, що раніше навів аргументи на користь того, що в момент правопорушення його не було в місті. Рішення про проведення обшуку ґрунтувалося на підозрі, що у квартирі можуть бути докази, пов'язані зі справою. Досліджуючи обставини справи, ЄСПЛ визнав, що вторгнення було незаконним, оскільки в момент обшуку син заявників святкував день народження разом з друзями; заявниця перебувала на ранньому строку вагітності й заперечувала проти обшуку, заявивши, що постанова про обшук не містить обґрунтованих пояснень щодо причетності її чоловіка до злочину чи щодо необхідності проведення обшуку квартири; дії працівників правоохоронних органів супроводжувалися погрозами, правоохоронці провели обшук квартири в присутності гостей; під час обшуку не було виявлено чи вилучено нічого суттєвого для розслідування [3, с. 146–147].

У ч. 1 ст. 236 КПК України закріплено норму, що ухвала про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи може бути виконана слідчим чи прокурором. У зв'язку із цим на практиці часто виникало питання стосовно можливості передоручення проведення обшуку співробітникам оперативних підрозділів. Крапку в означеному питанні поставлено ОП ККС, яка у постанові від 6 грудня 2021 року (справа № 663/820/15-к) роз'яснила, що законне право слідчого (п. 3 ч. 2 ст. 40 КПК), дізнавача (п. 3 ч. 2 ст. 40-1 КПК), прокурора (п. 5 ч. 2 ст. 36 КПК) з приводу виконання доручення проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій

оперативними підрозділами чи його співробітниками не стосується положень ч. 1 ст. 236 КПК України. Адже, в жодній іншій статті КПК України, яка стосується порядку проведення слідчих (розшукових) дій, аналогічної норми немає. Таким чином, загальні положення ст. 223 КПК України не вказують на можливість передоручення виконання ухвали слідчого судді. Спеціальна норма ст. 236 КПК України чітко визначає суб'єктів виконання ухвали, де не вказані співробітники оперативних підрозділів. Системне тлумачення процесуальних норм, передбачених п. 3 ч. 2 ст. 40, ст. 236 КПК України дає підстави для висновку про те, що виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи покладається на слідчого чи прокурора і не може бути доручене відповідним оперативним підрозділам [6].

Водночас протилежна позиція, висловлена в окремій думці. Відповідно до останньої ст. 40 КПК і ст. 236 КПК не співвідносяться як загальна та спеціальна норми. Оскільки, якщо вести мову про те, що ст. 40 КПК є загальною, а ст. 236 КПК спеціальною, то варто користуватися загальною визначеною підходом про те, що спеціальна норма має всі ознаки загальної і якусь додаткову, безпосередньо визначену у ній ознаку. Такої ознаки щодо кола суб'єктів, які можуть проводити обшук у ст. 236 КПК законодавцем не зазначено. Навпаки у ч. 1 ст. 236 КПК безпосередньо вказано про те, що ухвала про обшук «може бути виконана» слідчим або прокурором. Законодавець, так само як і в інших статтях КПК, у ч. 1 ст. 236 КПК використав конструкцію «слідчий, прокурор». Підстав розуміти це словосполучення інакше, ніж у інших статтях КПК, немає.

Науковці, які дотримуються підходу, за яким обшук не можуть проводити оперативні працівники за дорученням слідчого, тлумачать ч. 1 ст. 236 КПК ще вужче, адже вони зазначають, що слідчий навіть не може доручити проведення обшуку іншим слідчим, які включені до групи слідчих. Такий підхід взагалі унеможлиблює проведення одночасних обшуків у різних місцях, яке часто застосовують у складних і об'ємних кримінальних провадженнях.

Твердження про те, що загальні положення ст. 223 КПК не вказують на можливість передоручення виконання ухвали слідчого судді є помилковими. Адже таке передоручення може адресуватися як слідчому із групи слідчих, так і оперативному працівнику. Теза про неможливість передоручення фактично зобов'язує лише слідчого, який безпосередньо визначений в ухвалі слідчого судді, проводити обшук. Саме слідчий або прокурор, як особа, яка організовує і забезпечує ефективність досудового розслідування повинен визначати коло осіб, які мають проводити визначені слідчі розшукові дії. Таким чином, проведення обшуку за дорученням уповноваженого слідчого, як іншим слідчим з групи слідчих, так і оперативним працівником є можливим [7].

В контексті аналізованого питання слід зауважити, що конкретно у справі № 663/820/15-к мова йшла саме про санкціонований обшук (обшук на підставі ухвали слідчого судді) та водночас даний обшук був проведений без участі слідчого (тільки оперативними працівниками).

Відповідно до вимог абз. 2 ч. 7 ст. 223 КПК обшук житла чи іншого володіння особи здійснюються з обов'язковою участю не менше двох понятних незалежно від застосування технічних засобів фіксування відповідної слідчої (розшукової) дії. Поняті – це незаінтересовані особи, запрошені для участі під час проведення обшуку та присутні під час усіх дій слідчого, що мають право робити зауваження, які у подальшому заносяться до протоколу обшуку. Під час проведення обшуку у житлі чи іншому володінні особи, присутність понятних виступає одним з основних засобів громадського контролю за законністю дій слідчого, прокурора, що в свою чергу створює перешкоду від свавілля недосвідченого, заінтересованого, недоброчесного представника сторони обвинувачення.

Виходячи з норм КПК України запрошення незацікавлених у справі осіб, наприклад сусідів обшукуваного, колег по роботі, не суперечить чинному законодавству. Однак їм можуть стати відомі обставини особистого, зокрема інтимного, життя обшукуваного або інших осіб, які перебувають у житлі під час проведення обшуку. Серед них також можуть бути особи, які недоброзичливо налаштовані до обшукуваного. На вибір понятних для участі у проведенні обшуку, на нашу думку, можуть також впливати національний і релігійний фактори. Тож кращим рішенням сторони обвинувачення є запрошення понятних, не інформованих про осіб, у яких має проводитися обшук, але водночас добре знайомих з місцевою обстановкою, звичаями тощо [8, с. 160].

Доцільним видається нормативне закріплення у КПК права особи, стосовно якої проводять обшук, заявляти відвід понятим, якщо є підстави побоюватися розголошення таємниці, пов'язаної з приватним (особистим) життям громадянина.

Однак, в умовах дії режиму воєнного стану передбачено можливість проведення обшуку без участі понятних, якщо їх залучення є об'єктивно неможливим або пов'язано з потенційною небезпекою для їхнього життя чи здоров'я. У такому разі хід і результати проведення обшуку житла чи іншого володіння особи в обов'язковому порядку фіксуються доступними технічними засобами шляхом здійснення безперервного відеозапису.

Відповідно до положень ст. 59 Конституції України: «Кожен має право на професійну правничу допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав». Проведення обшуку характеризується динамічністю, раптовістю, оперативністю, а результати останнього здебільшого мають вирішальний вплив на весь хід досудового розслідування. Як зауважує, О. В. Керевич слідчі, прокурори часто не надають належного значення законності й обґрунтованості обшуку, правильності його процесуального оформлення, допускаються істотні порушення процесуального законодавства, вимог моральності, що цілком неприпустимо в умовах апелювання законодавця, науки та практики до морального аспекту проведення слідчих дій [9, с. 380]. З огляду на це присутність професійно підготовленої особи під час проведення цієї слідчої розшукової дії та наявність в неї спеціальних знань про належний порядок проведення обшуку, надання кваліфікованої юридичної допомоги є надійною гарантією забезпечення режиму законності й ефективного захисту прав, свобод та інтересів обшукуваного.

Право на правову допомогу під час проведення обшуку є необхідною передумовою попередження можливих порушень як з боку особи, у якої безпосередньо проводять слідчу розшукову дію, так і з боку посадової особи, яка її проводить.

Незалежно від стадії цієї слідчої дії слідчий, прокурор, інша службова особа, яка бере участь у проведенні обшуку, зобов'язані допустити на місце його проведення захисника чи адвоката, повноваження якого підтверджуються відповідно до ст. 50 КПК. Обшук може бути результативним за умови, коли його проведено раптово, інакше втрачається мета його проведення. Порядок залучення захисника чи адвоката до проведення обшуку відіграє істотне значення. Оскільки з одного боку, обшукувана особа може наполягати на присутності захисника чи адвоката з метою відтягнути в часі або будь-яким іншим чином ускладнити початок проведення обшуку, а також використати цю можливість для приховування предметів, знарядь, слідів учинення кримінального правопорушення, знищення доказової інформації що в свою чергу спричиняє негативні наслідки для сторони обвинувачення. Разом із тим суб'єкти, які здійснюють обшук, мають передбачене законом право заборонити всім присутнім особам

залишати місце проведення обшуку до його закінчення та вчиняти будь-які дії, що заважають проведенню обшуку (ч. 3 ст. 236 КПК). З іншого боку, порушення права особи на захист шляхом недопущення адвоката до проведення обшуку є безумовною підставою для визнання одержаних доказів недопустимими. Факт недопущення до участі в обшуку адвокат зобов'язаний довести в суді під час судового провадження.

«Встановивши, що КПК України не висуває вимоги щодо безумовної обов'язкової участі захисника під час проведення обшуку житла чи володіння особи, Верховний Суд, однак, не виключає, що за певних дуже специфічних обставин нежиття слідчим, прокурором належних заходів щодо забезпечення присутності під час проведення обшуку не тільки осіб, чії права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені, але і їх захисників може бути мати значення при оцінці допустимості протоколу обшуку. Тим не менше, результати обшуку можуть бути визнані недопустимим доказом через нежиття слідчим, прокурором таких заходів лише за умови, якщо це в сукупності з іншими специфічними обставинами проведення обшуку на практиці призвело до істотного порушення прав людини». Щодо визнання недопустимими доказів отриманих за результатами проведення обшуку внаслідок нежиття слідчим, прокурором заходів щодо участі захисника, необхідно нагадати про ст. 52 КПК, яка визначає випадки обов'язкової участі захисника, а також наявності відомостей стосовно необхідності реалізації ст. 52 КПК до проведення обшуку. Окрім цього для визнання доказів отриманих внаслідок обшуку недопустимими для судів встановлюється додаткова вимога: «...суди не навели в оскаржених рішеннях такі виключні та специфічні обставини проведення обшуку в цьому кримінальному провадженні, які б указували на те, що нежиття слідчим або прокурором заходів щодо забезпечення участі захисника при проведенні обшуку (чого в принципі закон не вимагає) в даному конкретному випадку призвело до істотного порушення прав ОСОБА\_7...» [10].

Крім того, обставинами, що безпосередньо впливають на визнання доказів недопустимими отриманих внаслідок проведення обшуку також є: не роз'яснення учасникам обшуку їх прав та обов'язків, в тому числі на правову допомогу, про що зазначається у наступному судовому рішенні: «...Як убачається з ухвали апеляційного суду, зі змісту протоколу обшуку від 26 серпня 2015 року суд достеменно встановив, що слідчим не виконано вимог ч. 3 ст. 223 КПК, відповідно до якої учасникам слідчої дії обов'язково мають бути роз'яснені їхні права та обов'язки. Протокол обшуку не містить відомостей про те, що ОСОБА\_8 перед початком такої слідчої дії, як обшук були роз'яснені його права та обов'язки, передбачені ст. 42 КПК, у тому числі право на правову допомогу. Підпис про ознайомлення з цими правами у протоколі обшуку відсутній. Зазначені обставини залишилися поза увагою місцевого суду і будь-якої оцінки їм не надано» [11].

У разі, якщо підозрюваний вимагає присутності адвоката під час проведення обшуку житла чи іншого володіння, перед слідчим постає завдання в стислі терміни забезпечити його участь. У ситуації, коли підозрюваний має захисника, допущеного до участі в кримінальному провадженні на законних підставах, слідчий сповіщає його про потребу невідкладно з'явитися на місце проведення обшуку. Якщо ж у підозрюваного на момент проведення обшуку немає захисника-адвоката або його присутність через низку причин неможлива, слідчий проводить обшук з дотриманням належної правової процедури та обов'язкової його фіксації за допомогою звуку – та відеозаписувальних технічних засобів [12, с. 99–100].

Як варіант розв'язання проблеми слідчий у порядку статті 53 КПК України може запропонувати обшукуваному залучити іншого захисника (наданого державою),

якщо захисник обшукуваного не може бути залучений протягом визначеного сторонами часу, достатнього для прибуття для участі в проведенні обшуку. Цей час мають визначати в кожному конкретному випадку залежно від низки об'єктивних і суб'єктивних чинників, оскільки законодавчо його поки що не унормовано [13, с. 257].

Насправді в КПК України не визначено час очікування захисника під час проведення обшуку житла чи іншого володіння особи на відміну від обшуку особи, коли таку дію має бути відтерміновано, відповідно до абзацу другого частини 5 статті 236 цього Кодексу, на строк до трьох годин. Водночас право обшукуваної особи запросити захисника кореспондується з обов'язком уповноваженої сторони обвинувачення забезпечити цій особі право на захист або надання кваліфікованої юридичної допомоги. Тож за наявності клопотання обшукуваної особи про залучення захисника й проведення обшуку житла чи іншого володіння без його участі вважаємо грубим порушенням прав і законних інтересів цієї особи [13, с. 258].

Видається цілком необґрунтованою позицією законодавця щодо нормативного закріплення трьохгодинного строку «очікування» на прибуття адвоката для проведення особистого обшуку. Тобто слідчий, прокурор не мають права проводити обшук особи, яка вимагає участі у ньому адвоката до моменту його прибуття. Хоча зазвичай, обшук житла чи іншого володіння особи проводиться до моменту прибуття адвоката, оскільки останній фізично не може бути присутнім на обшуку від самого його початку. Неявка адвоката, представника для участі у проведенні обшуку особи протягом трьох годин не перешкоджає проведенню обшуку. Однею із фундаментальних норм, закріплених Конституцією України, є право на особисту недоторканість фізичної особи й недоторканість її житла, яке визначене в низці міжнародних актів. Тобто закон однаковою мірою охороняє як право на особисту недоторканість, так і право на недоторканість житла чи іншого володіння будь-якої особи.

Перед початком проведення обшуку під час ознайомлення з відповідною ухвалою слідчого судді доцільно акцентувати увагу на наступні моменти: по-перше, строк дії ухвали – не може перевищувати 1 місяця з дня постановлення ухвали; по-друге, адреса, яка вказана в ухвалі – іноді не співпадають; по-третє, чи правильно зазначений в ухвалі власник приміщення – в ухвалі має бути зазначена особа, якій належить житло чи інше володіння, та особа, у фактичному володінні якої воно знаходиться. У цьому контексті необхідно звернути увагу на можливі описки у прізвиськах осіб, які проживають у будинку, де необхідно провести обшук: «...Зокрема у своєму рішенні суд зазначив, що в ухвалі слідчого судді про надання дозволу на проведення обшуку дійсно неправильно зазначено прізвища осіб, які проживають у будинку, де необхідно провести обшук, проте зазначене не вказує на незаконність цього рішення, а лише свідчить про наявність описки у прізвисьці» [14]. По-четверте, перелік майна, яке дозволено вилучати.

Не викликає сумнівів той факт, що проведення обшуку в залежності від площі території, на якій проводиться ця слідча розшукова дія, кількості співробітників, що беруть у ній безпосередню участь та кількості предметів, які необхідно відшукати відбувається протягом тривалого проміжку часу. З приводу тлумачення положень ч. 1 ст. 235 КПК, зміст якої передбачає, що ухвала слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи з підстав, зазначених у клопотанні прокурора, слідчого, надає право проникнути до житла чи іншого володіння особи лише один раз, у науковій спільноті висловлені протилежні думки.

Як зазначає з цього приводу, О. В. Капліна: якщо необхідно провести тривалий обшук, слідчу групу створити неможливо, то перерви у перебігу проведення слідчої дії

можливі. Вони не повинні стати правилом проведення обшуків, а мають бути викликані необхідністю. Крім того, послідовно фіксуючи свої дії під час обшуку, слідчий повинен вказувати на оголошення перерви у перебігу слідчої дії у зв'язку з настанням нічного часу (необхідністю відпочинку тощо) із зазначенням точного часу. Слідчий повинен оголошувати особам, які беруть участь у проведенні слідчої дії, або присутнім, що слідча дія не закінчена, оголошується лише перерва [15, с. 15]. Саме такої позиції дотримується також і О. Б. Комарницька зазначаючи, що у випадку виконання ухвали про обшук протягом кількох днів, тиждень особливо важливим для цієї слідчої (розшукової) дії є спосіб фіксації проведення такої дії, зокрема у протоколі обшуку необхідно зазначити про зупинення цієї дії, а не про її закриття [16, с. 121].

Натомість протилежну точку зору підтримує О. В. Швидкова обґрунтовуючи: «Чинний КПК України ... дозволив проникати до житла чи іншого володіння особи на підставі однієї ухвали слідчого судді лише один раз. Залишивши місце обшуку на час перерви, слідчий, відповідно до ч. 1 ст. 233 КПК України, для продовження обшуку має право наступного дня проникнути до житла чи іншого володіння особи лише за добровільною згодою їх володільця» [17, с. 9].

Із цього приводу І. В. Гловюк слушно зауважує: «здійснюючи буквально тлумачення положення ч. 1 ст. 235 КПК – однозначно вказує на те, що саме проникнення до житла чи іншого володіння особи з метою проведення там обшуку дозволяється один раз. Якщо б законодавець бажав передбачити «продовження» обшуку на підставі однієї і тієї ж ухвали слідчого судді, то доцільно було б прописати про те, що «ухвала слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи з підстав, зазначених у клопотанні прокурора, слідчого надає право *провести* (курсив наш. – А.В. та А.С.) обшук житла чи іншого володіння особи лише один раз. Проникнення ж у контексті обшуку означає потрапляння всередину житла чи іншого володіння особи і в кримінально-процесуальній діяльності пов'язане з подальшим проведенням певних процесуальних дій, а тому у разі залишення (виходу) за межі житла чи іншого володіння особи проникнення слід вважати закінченим, і для продовження обшуку необхідно отримати нову ухвалу слідчого судді. Крім того, звернемо увагу і на те, що таку процесуальну дію, як опечатування житла чи іншого володіння особи, чинний КПК не передбачає та не регламентує, що вже дозволяє

ставити під сумнів правомірність дій слідчого, прокурора, щодо такого опечатування при «перерві» у проведенні обшуку. Таким чином, при виконанні ухвали слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи для дотримання належної правової процедури натепер слід виходити з того, що у разі залишення особою, яка проводить обшук, обшукуваного житла чи іншого володіння особи, продовжувати обшук на підставі тієї самої ухвали слідчого судді неправомірно» [18].

З огляду на вищевикладене, залишати місце проведення обшуку з огляду на кінець робочого дня, настання нічного часу доби, необхідності перерви для прийому їжі чи відпочинку прокурор, слідчий не може. Оскільки, у такому випадку продовження обшуку можливе на підставі повторно одержаної ухвали слідчого судді або добровільної згоди особи, яка ним володіє. Водночас якщо прокурор, слідчий залишають обшукуване житло чи інше володіння особи, тобто оголошують «перерву» існує високий ризик знищення доказової інформації, приховування слідів кримінального правопорушення. Таким чином, з метою збереження сутнісних ознак обшуку його динамічності, раптовості, оперативності, результативності та ефективності необхідно залучити до його проведення максимальну кількість уповноважених осіб шляхом створення слідчих і слідчо-оперативних груп.

**Висновки.** Узагальнюючи вищевикладене, варто зазначити, що, обшук житла чи іншого володіння особи є складною слідчою (розшуковою) дією і потребує від слідчого судді, прокурора, адвоката, слідчого глибокого знання вимог закону та тактичних навичок, що слугуватиме гарантією дотримання прав і свобод осіб, які залучаються до сфери кримінального судочинства. Неповнота правової регламентації певних процесуальних аспектів суттєво позначається на результативності, якості проведення обшуку та в результаті нівелює досягнення його мети, невідповідає засадам верховенства права, законності, поваги до людської гідності, забезпечення права на свободу й особисту недоторканність, недоторканність житла чи іншого володіння особи, невтручання в приватне життя, недоторканність права власності, а також іншим засадам визначеним у частині 1 статті 7 КПК України. У зв'язку із цим у статті сформульовані обґрунтовані пропозиції, спрямовані на оптимізацію та вдосконалення нормативного регулювання процедури проведення обшуку житла чи іншого володіння особи.

#### ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text> (дата звернення: 25.05.2023).
2. Постанова Першої судової палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 08 квітня 2021 року, судова справа №573/2028/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96208231> (дата звернення: 25.05.2023).
3. Дульський О. Л. Захист прав людини під час обшуку: монографія. Київ: Норма права, 2021. 252 с.
4. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Волохи проти України» (заява № 23543/02) від 2 листопада 2006 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974\\_138#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_138#Text) (дата звернення: 25.05.2023).
5. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Брацци проти Італії» (заява №. 57278/11) від 27 вересня 2018 року. URL: <https://www.echr.com.ua/translation/cprava-bracci-proti-itali%D1%97-pres-reliz/> (дата звернення: 25.05.2023).
6. Постанова Об'єднаної палати Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 06 грудня 2021 року, судова справа № 663/820/15-к. URL: [https://reyestr.court.gov.ua/Review/101829915?fbclid=IwAR2yxW2CzvwZUiplr-vtU3P36XLrd9L2\\_8D0XnzFvg8Lb75jssrKwSZ14bE](https://reyestr.court.gov.ua/Review/101829915?fbclid=IwAR2yxW2CzvwZUiplr-vtU3P36XLrd9L2_8D0XnzFvg8Lb75jssrKwSZ14bE) (дата звернення: 25.05.2023).
7. Окрема думка судді ОСОБА\_1 справа № 663/820/15-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/101829965> (дата звернення: 25.05.2023).
8. Галаган В. І., Дульський О. Л. Процесуальна діяльність захисника з дотримання прав та законних інтересів учасників проведення обшуку. *Міжнародний юридичний вісник: актуальні проблеми сучасності (теорія та практика)*. 2019. Вип. 14. С. 155–163.
9. Керевич О. В. Тактичні та процесуальні особливості проведення обшуку житла чи іншого володіння особи. *Актуальні проблеми держави і права*. 2014. Вип. 71. С. 379–385.
10. Постанова Третньої судової палати Касаційного кримінального суду від 15 вересня 2021 року, судова справа № 476/579/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99764357> (дата звернення: 25.05.2023).
11. Постанова Третньої судової палати Касаційного кримінального суду від 22 січня 2020 року, судова справа № 661/4353/15-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87144517> (дата звернення: 25.05.2023).
12. Дульський О. Л. Захисник як учасник проведення обшуку. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка*. 2019. Вип. 1(85). С. 94–104.

13. Дульський О. Л. Реалізація окремих повноважень захисником перед початком виконання ухвали слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи. *Юридичний бюлетень*. 2019. Вип. 11. С. 156–164.
14. Постанова Другої судової палати Касаційного кримінального суду від 3 лютого 2022 року, судова справа № 318/2921/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/103056854> (дата звернення: 25.05.2023).
15. Капліна О. В. Проблеми нормативного регулювання та практики проведення обшуку під час кримінального провадження. *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право»*. 2015. Вип. 2(12). С. 1–20.
16. Комарницька О. Б. Окремі питання здійснення обшуку житла стороною обвинувачення. *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. 2016. Вип. 4. С. 118–129.
17. Швидкова О. В. Обшук як спосіб збирання доказів. *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право»*. 2014. Вип. 2 (10). С. 1–17.
18. Гловюк І. В. Деякі проблемні питання виконання ухвали слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи. *Захист прав людини в парадигмі верховенства права: матеріали міжнародної наук.-практ. конф.*, 17–18 травня 2017 року. Київ: Академії адвокатури України "А Press", 2017. С. 159–163.