

**ПРО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ НЕДОТОРКАНОСТІ ПРАВА ВЛАСНОСТІ
У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ ПРОКУРОРОМ І СЛІДЧИМ****ON ENSURING THE INVIOLEABILITY OF PROPERTY RIGHTS
IN CRIMINAL PROCEEDINGS BY THE PROSECUTOR AND INVESTIGATOR**

**Кушніт В.П., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри кримінального права і процесу**

*Навчально-науковий інститут права, психології та інноваційної освіти
Національного університету «Львівська політехніка»*

**Циліорик І.І., к.ю.н.,
асистент кафедри кримінального права і процесу**

*Навчально-науковий інститут права, психології та інноваційної освіти
Національного університету «Львівська політехніка»*

Черепушак В.В., к.ю.н.

У статті розглянуто питання забезпечення недоторканості права власності у кримінальному провадженні такими суб'єктами як прокурор і слідчий. Проаналізовано положення ч. 5 ст. 40 КПК України, в якому зазначено, що слідчий є самостійним у своїй процесуальній діяльності. Під час виконання своїх обов'язків він захищений від протизаконного втручання у свою діяльність. Крім того, слідчий наділений в окремих випадках правом самостійного прийняття рішень, у ході яких можливе обмеження прав і свобод людини.

Розглянуто положення чинного КПК України щодо прокурора як процесуального керівника. Звернено увагу на процесуальні аспекти та проблемні моменти забезпечення права власності під час проведення тимчасового доступу до речей і документів. Висвітлено питання, яке стосується процесуальних порушень з боку слідчих і прокурорів щодо застосування тимчасового доступу до речей і документів. Звернено увагу на недоліки в роботі слідчого, прокурора, які найчастіше зустрічаються при складанні тексту клопотання щодо застосування тимчасового доступу до речей і документів.

Висвітлено правову позицію слідчих суддів, які зазначають, що неявка слідчого або прокурора в судові засідання при розгляді клопотань, що обмежують права власності особи, в тому числі клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів, свідчить про фактичне не підтримання поданого клопотання, а також є невиконанням ними обов'язку довести обставини, передбачені ч.ч. 5 та 6 ст. 163 КПК України. Це позбавляє можливості слідчого суддю повно та всебічно з'ясувати сукупність обставин, які підлягають вивченню при вирішенні питання про надання доступу до речей і документів, що є підставою для відмови у задоволенні клопотання.

Звернено увагу на порямок забезпечення права власності під час обшуку, оскільки під час його проведення особа зазнає суттєвого обмеження цього права.

Ключові слова: слідчий, прокурор, слідчий суддя, право власності, обшук, кримінальне провадження.

The article considers the issue of ensuring the inviolability of property rights in criminal proceedings by such entities as the prosecutor and the investigator. The provisions of Part 5 of Art. 40 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, which states that the investigator is independent in his procedural activities. In the performance of his duties, he is protected from unlawful interference with his activities. In addition, the investigator is endowed in some cases with the right to make independent decisions, during which it is possible to restrict human rights and freedoms.

The article also considers the provisions of the current Criminal Procedure Code of Ukraine regarding the prosecutor as a procedural manager. Attention is paid to the procedural aspects and problematic aspects of ensuring property rights during temporary access to things and documents. The issue of procedural violations by investigators and prosecutors regarding the use of temporary access to things and documents is covered. Attention is drawn to the shortcomings in the work of the investigator, prosecutor, which are most common in the preparation of the text of the petition for the use of temporary access to things and documents.

The legal position of investigating judges is highlighted. Failure to fulfill the obligation to prove the circumstances provided for in Part 5 and Part 6 of Art. 163 of the Criminal Procedure Code of Ukraine. This, in turn, deprives the investigating judge of the opportunity to fully and comprehensively determine the set of circumstances to be examined when deciding on the issue of granting access to things and documents, which is the basis for refusing to grant the request.

Attention is paid to the procedure for ensuring the right of ownership during the search, because during the search the person experiences a significant restriction of this right.

Key words: investigator, prosecutor, investigating judge, property right, common room, criminal proceedings.

В усіх сферах правовідносин функціонування правової держави не можливе без належного забезпечення прав людини. На цьому аспекті акцентовано увагу у ст. 3 Конституції України, де визначено, що людина є найвищою соціальною цінністю, а її права і свободи та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави.

У кримінальній процесуальній сфері наведені конституційні положення набувають особливого значення, де права і свободи особи можуть піддаватися обмеженню. Правники усіх часів наголошують на необхідності створення такої системи кримінального судочинства, яка б реально гарантувала забезпечення прав, свобод та законних інтересів особи у цій сфері. За слушним зауваженням А.В. Мельниченко, встановлення такої системи кримі-

нальної процесуальної діяльності, за якої захист особи, її конституційних прав і свобод є пріоритетним, але при цьому забезпечувалося б ефективне проведення досудового розслідування, є одним із найголовніших напрямів діяльності правоохоронної системи України [1, с. 25].

Тому цілком обґрунтованим вважаємо визначення у ст. 2 КПК України одного із основних завдань кримінального провадження саме охорону прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження. Варто наголосити, що у наведеній нормі законодавець не конкретизував суб'єктів виконання цього завдання. Системний аналіз положень кримінального процесуального законодавства дає можливість зрозуміти, що слідчий і прокурор як посадові особи, які виступають від імені держави при

розслідуванні кримінальних правопорушень, зобов'язані забезпечити належну реалізацію прав, свобод та законних інтересів учасникам кримінального провадження.

Згідно положень ч. 5 ст. 40 КПК України слідчий є самостійним у своїй процесуальній діяльності. Під час виконання своїх обов'язків він захищений від протизаконного втручання у свою діяльність. Крім того, слідчий наділений в окремих випадках правом самостійного прийняття рішень, у ході яких можливе обмеження прав і свобод людини. Втім, за слушним зауваженням Н.С. Моргун, нині законотворчим органом державної влади передбачена ієрархічна система органів та низка спеціально уповноважених осіб, які спрямовують свою професійну діяльність на попередження порушень закону з боку слідчого.

Основна роль у забезпеченні правомірності дій слідчого у галузі недоторканості права власності належить саме прокурору як процесуальному керівнику. Крім того, на етапі досудового провадження такий контроль реалізується слідчим суддею у формі погодження або непогодження певних процесуальних дій, що безпосередньо пов'язані із обмеженням права власності [2, с. 263].

Згідно положень чинного КПК України прокурор як процесуальний керівник із метою забезпечення недоторканості права власності уповноважений погодити (або не погодити за відсутності підстав) клопотання слідчого до слідчого судді про: 1) надання тимчасового доступу до речей і документів; 2) накладення арешту на майно; 3) проведення обшуку житла чи іншого володіння особи; 4) проведення огляду житла чи іншого володіння особи; 5) проведення окремих негласних слідчих (розшукових) дій (наприклад, обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи). Результатом процесуальної діяльності прокурора є попередження надходження слідчому судді безпідставних або протизаконних клопотань слідчого, які можуть призвести до порушення права власності особи.

Слід звернути увагу на той факт, що тимчасове вилучення майна як захід забезпечення кримінального провадження відбувається без попереднього прийняття про це рішення слідчим суддею, оскільки може здійснюватися під час затримання особи в порядку ст.ст. 207, 208 КПК України, обшуку, огляду. Тому тимчасове вилучення майна як захід, пов'язаний із обмеженням права власності, залишається поза межами прокурорського нагляду.

Насамперед зупинимося на процесуальних аспектах і проблемних моментах забезпечення права власності під час проведення тимчасового доступу до речей і документів. Положення ст. 160 КПК України містять вимоги щодо кола осіб, які мають право звернутися з клопотанням про тимчасовий доступ до речей і документів, а також вказано, що слідчий має право звернутися із зазначеним клопотанням за погодженням із прокурором. Положення щодо процесуального контролю прокурора за якістю та обґрунтованістю складеного слідчим клопотання є додатковою гарантією захисту осіб від неправомірних порушень права власності. Ми поділяємо точку зору суддів, які вимагають чіткого дотримання сторонами кримінального провадження вимог ст. 160 КПК України та не допускають втручання неуповноважених службових осіб у кримінальний процес.

Чинним КПК України передбачений чіткий механізм застосування тимчасового доступу до речей і документів, однак аналіз практики застосування цього заходу забезпечення кримінального провадження свідчить про наявність процесуальних порушень з боку слідчих і прокурорів.

Так, необхідно звернути увагу на такі недоліки в роботі слідчого, прокурора, які найчастіше зустрічаються при складанні тексту клопотання: 1) текст клопотання не містить повних анкетних даних службової особи, яка звертається із клопотанням, а також службової особи, якій надається дозвіл на тимчасовий доступ до речей і документів;

2) відсутність витягу даних кримінального провадження з ЄРДР, на підставі якого складається клопотання; 3) відсутність комплексу доказів, на підставі яких необхідно проводити такий захід забезпечення кримінального провадження; 4) не зазначення у тексті клопотання конкретного переліку чи ознак речей і документів, відносно яких необхідно отримати тимчасовий доступ; 5) відсутня адреса чи назва установи, де саме знаходяться необхідні документи та речі; 6) суттєві відмінності резолютивної та мотивувальної частини клопотання; 7) наявність формулювань «та інших документів» або «тощо», відсутність конкретного переліку майна, щодо якого необхідно отримати тимчасовий доступ; 8) відсутня обґрунтованість знаходження документів і речей саме у певної особи; 9) не вказаний можливий позитивний вплив дослідження певних речей і документів на прояснення обставин подій правопорушення; 10) у кримінальному провадженні не визначений процесуальний керівник-прокурор, тому клопотання не погоджене; 11) не вказано або не чітко сформульовано, які саме обставини кримінального провадження можна з'ясувати за допомогою вилучення документів чи речей; 12) не наведено факти про використання всіх можливих способів отримання речей або документів, окрім як за рахунок такого клопотання [3, с. 424, 428–432].

Отже, внаслідок помилок, які допускають слідчі та прокурори на етапі досудового розслідування, під час складання клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів, порушується право учасників кримінального провадження на власність. Крім того, вказані правові помилки перешкоджають ефективному розслідуванню кримінального правопорушення.

Згідно вимог, встановлених у ч. 1 ст. 159 КПК України, тимчасовий доступ до речей і документів може здійснюватися у трьох формах: 1) ознайомлення з речами і документами; 2) виготовлення копій документів; 3) вилучення речей і документів (здійснення їх виїмки).

Зауважимо, що у ст.ст. 159-166 КПК України, присвячених порядку проведення тимчасового доступу до речей і документів, не регламентовано порядок фіксації здійснення цього заходу забезпечення кримінального провадження, залишити володільцю речей і оригіналів або копій документів опис речей і оригіналів або копій документів, які були вилучені на виконання ухвали слідчого судді, суду. Як свідчить вивчення матеріалів кримінального провадження, слідчий за результатами тимчасового доступу до речей і документів складає протокол. Втім у КПК України це питання не регламентовано. Отже, вважаємо необхідним унормувати порядок фіксації цього заходу забезпечення кримінального провадження.

Виокремлення трьох форм тимчасового доступу до речей і документів спонукає нас зупинитися саме на їх вилученні (виїмці). Акцент на цьому питанні пов'язаний із тим, що на практиці виникає низка проблемних питань у цій сфері. Зокрема, який статус майна, вилученого під час тимчасового доступу до речей і документів? Який порядок повернення майна, вилученого під час тимчасового доступу до речей і документів? На наше переконання, вирішення цих питань є дуже важливим з огляду на забезпечення прав та законних інтересів володільця речей і документів.

У практичній діяльності слідчий після такого вилучення (виїмки) розпоряджається майном відповідно до потреб кримінального провадження, зокрема направляє вилучені речі або документи експерту для проведення експертизи. Втім не є виключенням випадки, коли таке майно взагалі «не використовується», знаходиться у слідчого без потреби.

Вважаємо, що у такому випадку слідчому, прокурору необхідно оглянути речі та документи, які були вилучені під час проведення цього заходу забезпечення криміналь-

ного провадження, та винести постанову про визнання речовим доказом. Таким чином, речам і документам, вилученим у ході тимчасового доступу до речей і документів, буде надано відповідний статус, а власник вказаного майна отримає додаткові гарантії щодо його збереження, а також можливість оскаржити дії вказаних вище посадових осіб під час підготовчого провадження [4, с. 169].

Зауважимо, що у п. 7 ч. 1 ст. 164 КПК України визначено строк дії ухвали, який не може перевищувати одного місяця з дня її постановлення. Проте у законі не вказано, яким чином повинні діяти слідчий, прокурор після закінчення строку дії ухвали, тобто не визначено порядок припинення тимчасового доступу до речей і документів у разі їх вилучення (наприклад, як це визначено у ст. 169 КПК України стосовно тимчасово вилученого майна).

Як роз'яснив ВССУ у своєму листі № 223-558/0/4-13 від 05.04.2013 «Про деякі питання здійснення слідчим суддею суду першої інстанції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження», вплив строку дії ухвали про застосування заходу забезпечення кримінального провадження свідчить про припинення цього заходу забезпечення та поновлення прав і свобод особи, щодо якої він застосовувався або інтересів якої стосовувався [5].

Отже, важливим насамперед із практичної точки зору стане законодавче врегулювання долі вилучених речей і документів під час тимчасового доступу до речей і документів. За пропозицією В.І. Фаринника, у строк дії ухвали про тимчасовий доступ до речей і документів входить і час, протягом якого слідчий, прокурор повинні «розпорядитися» майном, тобто або повернути його володільцю, або звернутися до суду з клопотанням про накладення арешту (ст.ст. 169, 171 КПК) [6, с. 59].

Вважаємо, що законодавче закріплення запропонованого порядку припинення дії ухвали слідчого судді, суду про тимчасовий доступ до речей і документів щодо вилучених речей і документів сприятиме як правовій визначеності статусу вилучених речей і документів, так і забезпеченню прав та законних інтересів їх володільця.

Отже, належне обґрунтування слідчим, прокурором клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів сприятиме його всебічному розгляду та прийняттю слідчим суддею законного і втомиваного рішення, а також створить додаткові гарантії для захисту права на власність особи, у володінні якої знаходяться речі і документи, до яких планується здійснити тимчасовий доступ.

Крім вказаного вище, проблемним моментом діючого законодавства є відсутність правових наслідків для слідчого, прокурора у разі його не прибуття на судові засідання з питання вирішення по суті клопотання про застосування тимчасового доступу до речей і документів. Найчастіше причиною не прибуття слідчого є відсутність вільного часу, що є цілком виправданим. Однак відсутність представників сторони обвинувачення при розгляді клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів є порушенням вимог, закріплених у ч. 4 ст. 163 КПК України. Це може стати приводом для відмови слідчим суддею у задоволенні клопотання, поданого слідчим, прокурором.

Слід врахувати позицію М.В. Капустіної щодо необхідності покладення відповідальності на прокурора у разі неприбуття в судові засідання слідчого, який подав клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів. Оскільки саме прокурор погоджує таке клопотання, саме на нього покладена функція процесуального керівництва, яка включає в себе, окрім організації досудового розслідування, ще і координацію процесуальних дій [3]. Тому в разі визначення судом причини відсутності прокурора не поважною, суд повинен порушити питання про притягнення його до дисциплінарної відповідальності. Вказане цілком відповідає положенням, закріпленим

у ч. 1 ст. 324 КПК України стосовно наслідків неприбуття прокурора в судові засідання.

Ми підтримуємо правову позицію слідчих суддів, які зазначають, що неявка слідчого або прокурора в судові засідання при розгляді клопотань, що обмежують права власності особи, в тому числі клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів, свідчить про фактичне не підтримання поданого клопотання, а також є невиконанням ними обов'язку довести обставини, передбачені ч.ч. 5 та 6 ст. 163 КПК України. Це позбавляє можливості слідчого суддю повно та всебічно з'ясувати сукупність обставин, які підлягають вивченню при вирішенні питання про надання доступу до речей і документів, що є підставою для відмови у задоволенні клопотання.

Законодавцем у ст. 22 КПК України закріплено однією із загальних засад кримінального процесуального судочинства змагальність сторін, яка передбачає самостійне відстоювання сторонами їх правових позицій, а суд лише створює необхідні умови для реалізації сторонами їх процесуальних прав і виконання процесуальних обов'язків, тобто саме на сторону обвинувачення покладені зобов'язання особистої явки та подання доказів.

Отже, тимчасовий доступ до речей і документів є заходом, за допомогою якого слідчий, прокурор збирають доказову інформацію, заходом, який суттєво обмежує право особи на власність. У зв'язку з цим у законі повинно бути чітко визначено порядок проведення такого заходу забезпечення кримінального провадження з тим, щоб особа не піддавалася незаконному обмеженню своїх прав.

Окреслені проблемні питання вимагають найкращого вирішення. Вважаємо, що порядок застосування тимчасового доступу до речей і документів, зокрема у формі виймки, потребує удосконалення, що сприятиме додатковому захисту права володільця речей і документів.

Продовжуючи дослідження, зупинимося на порядку забезпечення права власності під час обшуку, оскільки під час його проведення особа зазнає суттєвого обмеження цього права. Чинним КПК України не передбачено поняття «обшук», законодавець обмежився зазначенням мети цієї слідчої (розшукової) дії.

З метою уникнення виникнення проблем під час прийняття правомірних рішень про проведення обшуку слід чітко визначити зміст поняття «житло». Нині цей термін тлумачиться у ч. 2 ст. 233 КПК України. Втім у науковій літературі також розкривається зміст цього поняття. В.Т. Маляренко вважає, що «житло» – це приміщення або забудова, які не належать до житлового фонду та слугують тимчасовим місцем мешкання, наприклад дача, садовий будинок, туристичні палатки та інше, за окремих умов – каюта корабля або купе поїзда (це пов'язано із професійною діяльністю особи) [7, с. 79].

Хоча законодавцем і визначено поняття «житло», однак у практичній діяльності залишаються деякі невирішені питання з цього приводу. Так, до поняття «житла» відносяться офіси, компанії та інше приміщення, які перебувають у власності фізичної або юридичної особи.

Складання слідчим, прокурором обґрунтованого клопотання про проведення обшуку є необхідним як з точки зору відповідності вимогам закону, так і з позиції охорони прав особи, у житлі чи іншому володінні якої буде проводитися обшук. Вимоги до клопотання про проведення обшуку визначено у ч. 3 ст. 234 КПК України.

З цього питання у науковому колі цілком доречно зазначається, що клопотання слідчого про проведення обшуку повинно містити відомості, зазначені й у ч. 5 ст. 234 КПК України та в інших взаємопов'язаних статтях КПК України, зокрема: 1) мета обшуку (для чого проводиться зазначена дія, тобто що планує слідчий, прокурор отримати за результатами проведення такої слідчої (розшукової) дії); 2) зв'язок особи володільця житла (особи, яка фактично проживає) чи іншого володіння з досудовим роз-

слідкуванням (достатність відомостей вважати, що у житлі фактично проживає особа, яка вчинила кримінальне правопорушення, та наявні дані, що у цьому будинку за фактичним місцем проживання правопорушника є засоби або знаряддя вчинення злочину або речі, викрадені у потерпілого, підтверджені дані, що правопорушник проживає у будинку, який належить іншій особі); 3) відомості про те, що відшукані речі й документи, на які є посилання у клопотанні, мають значення для цілей досудового розслідування як самостійно, так і в сукупності з іншими доказами, а також відомості, що такі речі можуть бути доказами під час судового розгляду по зазначеному кримінальному провадженню, що відшукані речі, документи або особи можуть знаходитися у зазначеному в клопотанні житлі чи іншому володінні особи [8, с. 49].

Ми переконані, що слідчий, прокурор у своєму клопотанні повинен зазначити перелік суб'єктів, які проводитимуть таку дію, з урахуванням можливостей залучення шляхом надання доручення інших слідчих, прокурорів або оперативних працівників. Також у клопотанні слід аргументувати причини, за наявності яких не можливо досягнути поставленої мети шляхом тимчасового доступу до речей і документів. Крім того, коли обшук було здійснено у невідкладних випадках, визначених у ч. 3 ст. 233 КПК України, слідчий, прокурор повинен вказати законні підстави для проникнення до житла або іншого приміщення.

Слід зазначити, що необхідність відображення у клопотанні про проведення обшуку значного переліку обставин породжує на практиці комплекс проблем щодо здійснення цієї слідчої (розшукової) дії. Так, вивчення матеріалів кримінального провадження, а також за допомогою опитування слідчих, прокурорів встановлено, що основними причинами відмови у проведенні обшуку є такі: 1) слідчий суддя вважає докази, що надаються в клопотанні на проведення обшуку не досить обґрунтованими, а тому вони не беруться до уваги; 2) стороною обвинувачення не наведено законних підстав для проведення обшуку; 3) не наданий чіткий перелік об'єктів, з метою виявлення яких необхідно провести обшук.

З приводу останньої причини відмови слідчим суддею у проведенні обшуку О.І. Коровайко звертає увагу на той факт, що під час складання клопотання про проведення обшуку слідчий і прокурор можуть не повністю володіти інформацією про ознаки предметів, які необхідно виявити, а тому змісті клопотання не завжди деталізовано вказаний перелік майна, що необхідно відшукати. У разі відмови слідчим суддею клопотання про проведення обшуку слідчого, прокурора повторне клопотання не може бути аналогічним першому, а має виключно доповнювати положення першого або бути абсолютно іншим [9, с. 23].

Звернемо увагу ще на один проблемний момент, який виникає під час ініціювання проведення обшуку. Так, згідно вимог, передбачених ч. 3 ст. 234 КПК України, у клопотанні про проведення обшуку необхідно наводити короткий виклад обставин кримінального правопорушення, у зв'язку з розслідуванням якого необхідно провести обшук житла чи іншого приміщення. Це зумовлює потребу наведення у клопотанні й тих відомостей, які на цій стадії не підлягають розголошенню та становлять таємницю досудового розслідування.

Зазначена у клопотанні інформація в подальшому «потрапляє» у текст ухвали слідчого судді, внаслідок чого стає відомою великому колу осіб. З метою уникнення подібної ситуації вважаємо доцільним запровадити таку практику: слідчому, прокурору з метою обґрунтування клопотання про проведення обшуку слід додавати копії певних процесуальних документів і виключити випадки внесення до тексту клопотання відомостей, розголошення яких можуть зашкодити досудовому розслідуванню. Таким чином слідчий суддя матиме можливість ознайомитися із доказовою базою, при цьому відомості, які містять

таємницю досудового розслідування, будуть захищені від подальшого розголошення.

На підставі викладеного вище вважаємо необхідним зазначити, що в ході розгляду клопотання про проведення обшуку слідчий суддя, враховуючи обов'язок слідчого, прокурора обґрунтувати клопотання, повинен оцінити підстави, які вказують на наявність речей і документів у певному місці, їх співвідношення із обставинами провадження, наданими матеріалами та прийняти рішення, яке унеможливить незаконне порушення права власності.

У чинному КПК України закріплено визначення «житла» та «іншого володіння» (ч. 2 ст. 233), створюючи сприятливі умови для отримання правової оцінки проведеним діям. Слід зазначити, що у разі зазначення нежитлового приміщення як місця проведення обшуку, яке у своєму складі має декілька будівель або приміщень (додаткові побудови, лабораторії тощо), в тексті клопотання слідчий, прокурор повинен зазначити, яке саме приміщення необхідно обшукати.

Слід звернути увагу на той факт, що у разі проведення обшуку у готелі, комунальній квартирі, в офісному центрі, купе поїзда, шафах для зберігання речей у супермаркетах, спортклубах, каютах судна може невинувато порушуватися право власності осіб, речі яких випадково опинилися в обшуканому приміщенні та не мають жодного відношення до вчиненого кримінального правопорушення. Ці обставини слід враховувати слідчому, прокурору при проведенні обшуку в таких приміщеннях.

Варто зупинитися і на питаннях забезпечення права власності під час проведення особистого обшуку. Зауважимо, що у чинному КПК України не закріплена єдина норма, яка б врегульовувала основні положення особистого обшуку, що, на нашу думку, є суттєвим правовим недоліком. Наслідком такої прогалини є порушення законних прав та інтересів учасників кримінального провадження. Для порівняння слід вказати, що ст. 184 КПК України 1960 року було регламентовано порядок проведення обшуку особи. У зв'язку з цим не зрозуміло залишається позиція законодавця, який «обійшов» регламентацію цієї слідчої (розшукової) дії у чинному КПК України.

У зв'язку з відсутністю чіткої правової регламентації особистого обшуку серед науковців висловлюються протилежні позиції щодо сутності та порядку проведення такої слідчої (розшукової) дії. За дослідженням Л.Д. Удалової, особистий обшук є особливим видом обшуку та має специфічний порядок проведення [10, с. 11].

Протилежну позицію висловлює М.В. Капустіна, яка вважає, що особистий обшук не є самостійною слідчою дією, а виявляється у тимчасовому вилученні майна, внаслідок чого не потребує додаткового законодавчого закріплення [3, с. 152]. З такою позицією важко погодитися, оскільки у цьому випадку відбувається «змішування» різних процесуальних дій, які різняться між собою сутністю, завданням, метою.

Спірним залишається питання, чи потрібно отримувати ухвалу слідчого судді на особистий обшук. Так, одні правники вважають, що обшук особи, яку затримано уповноваженою службовою особою, не потребує спеціального дозволу слідчого судді, в той час як інші вказують на необхідність такого дозволу.

Окремі науковці виокремлюють певні випадки, коли проведення особистого обшуку дозволяється без ухвали слідчого судді, а саме:

1) під час фізичного захоплення особи уповноваженими на те службовими особами, якщо є достатні підстави вважати, що така особа має при собі зброю, предмети, які вилучені законом з обігу, або інші предмети, які становлять загрозу для оточуючих, чи намагається звільнитися від речей, які викривають її чи інших осіб у вчиненні кримінального правопорушення;

2) під час затримання особи з метою приводу на підставі ухвали слідчого судді або суду;

3) під час затримання особи уповноваженою службовою особою без ухвали слідчого судді або суду;

4) під час виконання ухвали слідчого судді або суду про здійснення приводу;

5) під час виконання ухвали слідчого судді або суду про застосування щодо підозрюваного (обвинуваченого) запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою;

6) під час виконання ухвали слідчого судді про застосування тимчасового або екстрадиційного арешту;

7) за наявності достатніх підстав вважати, що особа, яка перебуває у приміщенні, де проводиться обшук, приховує при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження [11, с. 297].

Неоднозначною є й судова практика з цього питання. Так, слідчі судді здебільшого відмовляють у задоволенні клопотання про проведення особистого обшуку, посилаючись на відсутність правової регламентації розгляду такого клопотання. Можна зрозуміти, що фактично особистий обшук особи існує як різновид слідчої (розшукової) дії, втім отримати дозвіл суду на його проведення не можливо внаслідок відсутності чіткого законодавчого врегулювання цього питання.

Обшук особи може бути здійснений під час затримання особи в порядку ч. 3 ст. 208 КПК України. Крім того, на вимогу ч. 1 ст. 168 КПК України особа, яка здійснила законне затримання, зобов'язана одночасно із доставленням затриманої особи до слідчого, прокурора, іншої уповноваженої службової особи передати їй тимчасово вилучене майно. Процедура передачі майна, яке було тимчасово вилучено в ході затримання, фіксується у протоколі, що є гарантією захисту недоторканості права власності особи.

Особистий обшук такої затриманої особи може бути проведено слідчим або прокурором після внесення відомостей про скоєне правопорушення до ЄРДР.

Отже, закріплена у законі норма щодо можливості проведення обшуку затриманої особи слідчим, прокурором, уповноваженою службовою особою фактично не реалізується, оскільки така особа не має права здійснювати слідчі (розшукові) дії. На підставі викладеного вище вважаємо доцільним виключити уповноважену службову особу з кола суб'єктів, які відповідно до ч. 3 ст. 208 КПК України мають право проводити особистий обшук особи.

Слід також звернути увагу на положення ч. 3 ст. 168 КПК України, якими встановлено процесуальний обов'язок слідчого, прокурора або іншої уповноваженої службової особи під час затримання або обшуку і тимчасового вилучення майна чи негайно після їх здійснення скласти протокол. Враховуючи, що таке положення належить до порядку тимчасового вилучення майна, то йдеться саме про протокол тимчасового вилучення майна. Втім за наявності обґрунтованих підстав для проведення особистого обшуку особи повинен бути складений окремий протокол, про що доцільно внести зміни у діюче кримінальне процесуальне законодавство.

Стає зрозумілим, що порядок проведення особистого обшуку або обшуку особи чітко на законодавчому рівні не визначений, що викликає низку питань теоретичного і практичного характеру. Ми переконані, що введення до національного законодавства єдиної норми, яка б закріплювала процесуальний характер і порядок проведення особистого обшуку, створило б сприятливе підґрунтя для недопущення зловживання службовими особами своїх повноважень, сприяло б захисту прав особи, у тому числі права на власність.

Вважаємо, що існуючі проблеми порушення права власності, які виникають у ході проведення особистого обшуку, можна врегулювати шляхом введення у КПК України двох окремих понять: «особистий обшук» та «обшук», провівши чітке розмежування між ними залежно від підстав і мети їх проведення.

ЛІТЕРАТУРА

1. Мельниченко А.В. Забезпечення прав особи на досудовому розслідуванні : дис. канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2018. 294 с.
2. Моргун Н.С. Обов'язкові та факультативні учасники проведення процесуальних дій, під час яких можливе позбавлення або обмеження права власності. *Правові реформи в Україні: реалії сьогодення*. Київ, 29 жовтня 2015 року. 456 с.
3. Капустіна М.В. Тимчасовий доступ до речей і документів: проблеми унормування та застосування. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Юридичні науки*. 2016. Випуск 5. Том 2. С. 150–154.
4. Дрозд А.В. Щодо процесуального порядку вилучення речей і документів в ході тимчасового доступу до них. *Пріоритети розвитку юридичних наук у XXI столітті* : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, Україна, 7-8 квітня 2017 року). Одеса : ГО «Причорноморська фундація права», 2017. С. 169–170.
5. Про деякі питання порядку застосування запобіжних заходів під час досудового розслідування та судового провадження відповідно до Кримінального процесуального кодексу України : Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 04.04.2013 № 511-550/0/4-13. База даних «Законодавство України». *Верховна Рада України* : [сайт]. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0511740-13>.
6. Фаринник В.І. Застосування заходів забезпечення кримінального провадження: теорія і практика : монографія. Київ : Алерта, 2017. 548 с.
7. Маляренко В.Т. Про недоторканність житла та іншого володіння особи як засаду кримінального судочинства. *Кримінальний процес України: стан та перспективи розвитку*. Київ, 2004. 320 с.
8. Комарницька О.Б. Клопотання на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи: сучасний стан і перспективи. *Судова апеляція*. 2014. № 3(36). [Текст]. URL: www.apcourt.kiev.gov.ua/wpcontent/uploads/2015/06/Комарницька.pdf.
9. Коровайко О.І. Розгляд клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження. *Проблемні питання, що виникають у практиці слідчих суддів*. *Слово Національної школи суддів України*. 2013. № 1(2). С. 21–31.
10. Удалова Л.Д. Деякі проблемні питання правозастосування кримінального процесуального законодавства. *Актуальні питання кримінального процесуального законодавства України* : зб. матеріалів міжвузівської наук. конф. Національна академія прокуратури України. Київ : Алерта. 26 квітня 2013 року. С. 8–12.
11. Степанова Г.О., Степанов О.С., Кулик Х.М. Обшук особи за КПК України: проблемні питання та шляхи вдосконалення. *Підприємство, господарство і право*. 2017. Випуск 2. С. 294–298.