



ОБШУК ОСОБИ ЗА НОВИМ КПК УКРАЇНИ: ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ



Андрій Барішніков, адвокат, к. ю. н.

Зі збільшенням кількості тяжких злочинів, які вчиняються в Україні з використанням вибухових пристроїв та матеріалів, зброї, які знаходяться при особі, використанням підроблених документів, потребують негайного перегляду змісту та обсягів правового регулювання питання, пов'язані з інститутом обшуку особи та виїмки документів (предметів) у кримінальному процесі. Ці зміни викликані як потребами практики здійснення захисту, законності використання здобутих внаслідок такої процесуальної дії доказів, так і правоохоронної діяльності у сфері протидії злочинності.

Зважаючи на те, що більшість кримінальних правопорушень, пов'язаних з використанням зброї, вибухових пристроїв та речовин, на сьогодні є тяжкими та особливо тяжкими, можуть спричинити багато людських втрат та скалічення невинних осіб, серед яких можуть бути діти, необхідність швидкого розгляду цього питання та внесення відповідних змін до діючого КПК України є очевидною.

З прийняттям у 2012 році нового Кримінального процесуального кодексу України¹ за часів режиму Януковича, без будь-якого обговорення у наукових колах, залучення досвідчених вчених науки кримінального процесу, практиків ми отримали нормативний акт, який має регулювати порядок застосування кримінальної репресії, з серйозним звуженням обсягу правового регулювання окремих інститутів кримінального процесу.

Одним з таких інститутів, який було фактично знівельовано прийняттям нового Кодексу, став **інститут обшуку особи (особистого обшуку) та виїмки документів/предметів** у кримінальному процесі.

Системний аналіз норм КПК, а саме ч. 8 ст. 191, ст. 208, ч. 7 ст. 223, ч. 5 ст. 236, ч. 7 ст. 236, показує, що за обсягами правового регулювання та способом викладення нормативного матеріалу в тексті закону **порядок проведення обшуку особи з виїмкою в неї**

під час обшуку предметів, матеріалів та документів до порушення кримінальної справи (внесення відомостей про вчинений злочин до ЄРДР), **подальше їх використання як доказів у кримінальному процесі поставлені фактично поза законом.**

За загальними правилами, викладеними у новому КПК, обшук має проводитися лише на підставі ухвали слідчого судді (ч. 2 ст. 234 КПК); обшук особи має проводитися з обов'язковою участю не менш як двох понять незалежно від використання технічних засобів фіксації відповідної слідчої дії (ч. 7 ст. 223 КПК); затримання особи та пов'язаний із цим обшук особи та огляд речей на підставі ухвали слідчого судді щодо співробітника кадрового складу розвідувального органу України здійснюється у присутності офіційних представників цього розвідувального органу (ч. 8 ст. 191 КПК); затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, без ухвали слідчого судді та проведення її обшуку здійснюються з оформленням протоколу, копія якого негайно під розписку вручається затриманому, а також направляється прокурору (ч. 5 ст. 208 КПК); за рішенням слідчого або прокурора може бути проведений обшук осіб, які знаходяться у приміщенні або іншому володінні (під час проведення обшуку на підставі ухвали слідчого судді), якщо є достатні підстави вважати, що вони приховують

¹ Далі за текстом — КПК.



при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження (ч. 5 ст. 236 КПК).

Отже, як вбачається з викладеного вище, питанням обшуку взагалі та обшуку особи у діючому КПК присвячено лише шість норм, що потребує негайного перегляду та вдосконалення шляхом прийняття додаткових норм (внесення змін) до діючого КПК. Такий стан речей вказує на необхідність швидкого внесення до діючого КПК відповідних змін через те, що на сьогодні у зв'язку з проведенням АТО підвищилася кількість незаконного використання громадянами та іншими особами (зберігання, перевезення, використання) заборонених у цивільному обігу предметів — вибухових пристроїв, речовин, зброї та знарядь вибухового призначення (запальники, чеки тощо), які порушують правовий режим вилучених з обігу або обмежених в обігу об'єктів цивільного права.

Історія розвитку інституту обшуку особи та виїмки у неї документів (предметів) за КПК (в ред. 1961 р.) показує, що **регулюванню питань, пов'язаних з обшуком та виїмкою у КПК (в ред. 1961 р.)**, було присвячено 15 норм глави 16 (зі ст. 177 по ст. 189 КПК). Спеціальною нормою, яка регулювала питання, пов'язані з обшуком особи та виїмкою у неї предметів та документів, була норма ст. 184 КПК.

Так, за ч. 1 ст. 177 КПК така процесуальна дія могла вчинятися, коли **існували достатні підстави вважати**, що знаряддя злочину, речі й цінності, здобуті злочинним шляхом, а також інші предмети і документи, які мають значення для встановлення істини в справі чи забезпечення цивільного позову, знаходяться в певному приміщенні або місці чи в якій-небудь особі. Обшук особи та вилучення в неї предметів і документів, які в подальшому могли мати доказове значення у кримінальній справі та знаходилися при певній особі, проводилося слідчим, зі складенням протоколу обшуку; виїмка документів (предметів) в особи проводилася за мотивованою постановою слідчого.

Надання копії протоколу обшуку особі, щодо якої його було проведено, за нормами КПК (в ред. 1961 р.) забезпечувало можливість прокурорського та судового контролю за законністю цієї процесуальної дії та слугувало гарантією конституційного права на судовий захист особи.

Водночас зміст цього інституту передбачав **можливість проведення обшуку особи та виїмки у неї предметів і документів без постанови у передбачених випадках**, зокрема: під час фізичного захоплення

підозрюваного уповноваженими на те особами, якщо є достатні підстави вважати, що затриманий має при собі зброю або інші предмети, які становлять загрозу для оточуючих, чи намагається звільнитися від доказів, які викривають його чи інших осіб у вчиненні злочину; при затриманні підозрюваного; при взятті підозрюваного, обвинуваченого під варту; за наявності достатніх підстав вважати, що особа, яка знаходиться в приміщенні, де проводиться обшук чи примусова виїмка, приховує при собі предмети або документи, які мають значення для встановлення істини в справі (ч. 3 ст. 184 КПК в ред. 1961 р.).

У кримінальному процесі **фізичне захоплення підозрюваного уповноваженими на те особами** (якщо є достатні підстави вважати, що затриманий має при собі зброю або інші предмети, які становлять загрозу для оточуючих, чи намагається звільнитися від доказів, які викривають його чи інших осіб у вчиненні злочину) у вигляді оперативного захоплення у справах оперативного порядку та затримання у разі екстремального порядку (несподіване зіткнення), **під час безпосереднього переслідування** здійснюється **до порушення кримінальної справи** (внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР), тому обшук особи та вилучення у неї предметів та документів до порушення кримінального провадження на сьогодні викликають найбільшу кількість проблем у правозастосовній практиці.

Відповідно до ч. 6 ст. 15 Закону України від 20.03.03 р. № 638 «Про боротьбу з тероризмом» у **районі проведення АТО посадовим особам, залученим до операції, надається право** здійснювати в районі проведення АТО **особистий догляд громадян, огляд речей, що при них знаходяться, транспортних засобів та речей, які ними перевозяться**; затримувати і доставляти в органи внутрішніх справ осіб, які вчинили або вчиняють правопорушення; входити (проникати) в жилі та інші приміщення, на земельні ділянки, що належать громадянам, під час припинення терористичного акту та при переслідуванні осіб, які підозрюються у вчиненні такого акту.

Існуюча судова практика ВСУ та ВССУ з розгляду цивільних і кримінальних справ також свідчить про наявність великої кількості практичних проблем, пов'язаних із застосуванням інституту обшуку особи з вилученням у неї предметів (документів).

Зокрема, постановою Пленуму ВССУ № 9 від 17.10.14 р. «Про узагальнення судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про надання дозво-



лу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи», Узагальненням судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження, листом ВСУ від 08.11.14 р. «Узагальнення судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про надання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи» однозначно не вирішено питання, пов'язані з порядком застосування, використанням як докази знарядь, предметів та матеріалів, вилучених в особи під час її особистого обшуку уповноваженими службовими особами правоохоронних органів до порушення кримінального провадження (до реєстрації повідомлення про вчинення злочину в ЄРДР).

Так, в Узагальненні судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про надання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи (лист ВСУ від 08.11.14 р.) ВСУ вказав, що *«слідчими суддями та прокурорами всупереч положенням КПК подаються, а слідчими суддями розглядаються та вирішуються по суті клопотання про обшук особи... розгляд слідчим суддею клопотань про обшук особи, не передбачений КПК України»*.

Практика застосування **особистого огляду в митному законодавстві** показує, що за ст. 336, 340 Митного кодексу України² **однією з форм митного контролю є, серед іншого, особистий огляд громадян** (п. 2 ч. 1 ст. 336 МК).

Згідно зі ст. 340 МК **особистий огляд як виняткова форма митного контролю** проводиться за письмовим рішенням керівника органу доходів і зборів або особи, яка виконує його обов'язки, якщо є достатні підстави вважати, що громадянин, який прямує через митний кордон України чи перебуває в зоні митного контролю або у транзитній зоні міжнародного аеропорту, приховує предмети контрабанди чи товари, які є безпосередніми предметами порушення митних правил або заборонені для ввезення в Україну, вивезення з України чи транзиту через територію України.

Механізмами ч. 2 та 3 ст. 340 МК передбачено, що **перед початком огляду посадова особа органу доходів і зборів повинна пред'явити громадянину письмове рішення керівника органу доходів і зборів** чи особи, яка виконує його обов'язки, ознайомити громадянина з його правами та обов'язками під час проведення такого огляду і запропонувати добровільно видати прихова-

ні та/або не задекларовані товари. Факт ознайомлення громадянина з рішенням про проведення особистого огляду засвідчується посадовою особою органу доходів і зборів відповідним написом на рішенні про проведення такого огляду.

У разі відмови громадянина від добровільної видачі прихованих та/або не задекларованих товарів на рішення про проведення особистого огляду робиться відповідний запис, завірений підписом посадової особи органу доходів і зборів, яка пред'являла зазначене рішення громадянинові. Особистий огляд проводиться в ізольованому приміщенні, що відповідає встановленим санітарно-гігієнічним вимогам, посадовою особою органу доходів і зборів однієї статі з громадянином, стосовно якого проводиться особистий огляд, у присутності не менш як двох понятих тієї самої статі. Як поняті запрошуються особи, не заінтересовані у результатах огляду. Понятими не можуть бути родичі особи, яка підлягає особистому огляду, та працівники органів доходів і зборів.

Доступ до приміщення, де проводиться огляд, громадян, які не беруть участі в ньому, і можливість спостерігати за проведенням огляду з боку таких громадян мають бути виключені. Обстеження органів тіла громадянина, який підлягає особистому огляду, проводиться виключно медичним працівником.

Під час проведення особистого огляду складається протокол за формою, що встановлюється центральним органом виконавчої влади, який забезпечує формування та реалізує державну податкову і митну політику. Протокол підписується посадовою особою органу доходів і зборів, яка проводила огляд, громадянином, який пройшов особистий огляд, понятими, які були присутні під час огляду, а в разі обстеження медичним працівником — і цим працівником. Громадянин, який пройшов особистий огляд, має право зробити заяву з обов'язковим занесенням її до протоколу. Копія протоколу надається громадянинові.

Системний аналіз норм ст. 340, 336 МК показує, що найбільш детально інститут особистого обшуку (огляду) врегульований саме у митному законодавстві України, цей досвід та практика (серед іншого) також можуть бути прийняті за основу під час підготовки відповідного законопроекту щодо внесення відповідних змін до діючого КПК в частині проведення осо-

² Далі за текстом — МК.



бистого обшуку особи та вилучення в неї документів та предметів.

Інститут особистого огляду особи, огляду речей, виїмки речей і документів та його використання в діючому **Кодексі України про адміністративні правопорушення**³ нерозривно пов'язаний з використанням спеціальних знань (експертними дослідженнями) предметів та речей, вилучених у особи в ході особистого огляду.

Регулювання особистого огляду особи, огляду речей, виїмки речей і документів у КпАП здійснюється **нормами декількох статей, а саме, зі ст. 264 по ст. 265**³, які регулюють склад осіб, що мають його проводити, фіксацію проведення та результатів (особистий огляд може провадитись уповноваженою на те особою однієї статі з оглядуваним і в присутності двох понять тієї ж статі, про особистий огляд, огляд речей складається протокол або про це робиться відповідний запис у протоколі про адміністративне правопорушення або в протоколі про адміністративне затримання (ч. 2, 5 ст. 264 КпАП)).

Нормою ч. 1 ст. 273 КпАП (в ред. від 14.10.11 р.) було передбачено, що експерт призначається органом (посадовою особою), в провадженні якого перебуває справа про адміністративне правопорушення, у разі, коли виникає потреба в спеціальних знаннях.

Наявність такого обсягу правового регулювання («коли виникає потреба у спеціальних знаннях») дозволяла здійснювати використання експертних висновків для забезпечення провадження щодо, зокрема, незаконного обігу наркотичних засобів без мети збуту (ст. 44 КпАП), стрільби з вогнепальної зброї в населених пунктах (ст. 174 КпАП), порушення правил рибальства з використанням вибухових речовин (ст. 85 КпАП), порушення правил зберігання вибухових матеріалів (ст. 94 КпАП), під час дослідження речей та засобів, вилучених у особи в ході особистого огляду (ст. 264 КпАП).

Водночас цією ж нормою — **ч. 1 ст. 273 КпАП** (у ред.

Закону № 4025 від 15.11.11 р.) **було суттєво обмежено використання експертних висновків під час провадження про адміністративні порушення, зокрема, встановлено обсяги регулювання норми: «...у разі коли виникає потреба в спеціальних знаннях, у тому числі для визначення розміру майнової шкоди, заподіяної адміністративним правопорушенням, а також суми грошей, одержаних внаслідок вчинення адміністративного правопорушення, які підлягатимуть конфіскації».**

Такий стан речей взагалі виключив можливість застосування спеціальних знань для визначення предмета, який має ознаки адміністративного або кримінально-правового значення (вибуховий пристрій, наркотичний засіб, документи), в адміністративному провадженні. Звертаючись до можливості вилучення таких предметів у особи, яка використовує (має можливість їх застосувати у власних цілях) у кримінальному провадженні, через проведення особистого обшуку особи ми бачимо, що такі можливості у органів досудового слідства відсутні.

У діючому КПК та КпАП такі положення відсутні, що суттєво обмежує можливості застосування оперативно-розшукових заходів у адміністративному та кримінальному провадженнях, затримання та документування осіб, які можуть мати при собі заборонені предмети та знаряддя, котрі можуть бути використані в подальшому для вчинення злочину і виступати знаряддями вчинення злочину та бути основними доказами у адміністративному та кримінальному провадженнях.

Нормою ст. 267 КпАП закріплено **порядок оскарження заходів забезпечення** провадження у справах про адміністративні правопорушення (зокрема — особистий огляд, огляд речей і вилучення речей та документів, у тому числі посвідчення водія, ліцензійної картки на транспортний засіб) таким особам:

— у вищестоящий орган (вищестоящій посадовій особі) відносно органу (посадової особи), який застосував ці заходи

— прокуророві або **шляхом звернення до суду**

Отже, як показує досвід КпАП, його хоча й було прийнято за часів РСР (з 1985 р.), вже у 1991 році норма ст. 267 КпАП передбачала оскарження заходів забезпечення (порядок проведення та результати

особистого огляду, огляду речей, вилучення речей) вищестоящій особі або прокуророві; починаючи з квітня 2001 року (внесення змін до цієї норми) було запроваджено механізм судового контролю за адмі-

³ Далі за текстом — КпАП.



ністративним затриманням, оглядом та вилученням речей та документів.

На жаль, за діючим КПК для перевірки законності такої слідчої дії, як обшук особи та виїмка в ході досудового розслідування, **дію інституту судового контролю було фактично знищено** (хоча за наслідками кримінальна санкція є значно вищою, аніж стягнення, застосоване у провадженні по справі про адміністративне правопорушення).

Практичні проблеми, пов'язані з проведенням особистого обшуку особи, неодноразово **обговорювалися у колах досвідчених вітчизняних науковців**. Зокрема, з цього приводу начальник кафедри кримінального процесу НАВС України, д. ю. н., професор Л. Удалова в ході науково-практичної конференції, яка проходила 26.04.13 р. в м. Києві в Національній академії прокуратури України, висловила цінні наукові та практичні думки:

«Актуальною, на нашу думку, є необхідність нормативного врегулювання підстав і порядку проведення особистого обшуку. Одним із видів обшуку є особистий обшук, нормативне врегулювання якого у чинному КПК України, на жаль, є неповним і має несистемний характер. Внаслідок цього зробити висновки щодо підстав і порядку проведення особистого обшуку особи, якщо вона не затримувалась (ч. 3 ст. 208 КПК) або не перебуває у житлі або іншому володінні особи, у якій проводиться обшук (ч. 5 ст. 236 КПК), неможливо. Особистий обшук, на відміну від інших видів обшуку, має власну специфіку підстав і порядку проведення, що потрібно закріпити в окремій статті КПК»⁴.

Проведений науковий та практичний аналіз показує, що інститут обшуку особи в міжнародному правовому регулюванні (стандарти забезпечення прав і свобод людини) знаходиться на перетині таких категорій, як «національна безпека» та «права і свободи людини».

З метою більш повного розуміння сутності проблеми та існуючої практики її вирішення **мною було проаналізовано положення діючого кримінально-процесуального законодавства розвинутих країн Європи, зокрема Республіки Польща та Німеччини, щодо процедур обшуку особи та виїмки речей і документів**.

ОБШУК ОСОБИ, ВИІМКА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩА

Процедури обшуку особи (przeszukania), виїмки речей і документів (wykop rzeczy i dokumentów) у Республіці Польща регулюються Кримінально-процесуальним кодексом (Kodeks postępowania karnego, затв. Законом від 06.06.97 р., діюча ред. станом на січень 2014 р.), зокрема, нормами розділу 25: «Zatrzymanie rzeczy. Przeszukanie» **у складі 26 статей** (з Art. 217 по Art. 236a).

З метою розкриття карного розслідування, затримання та знаходження речей, які можуть бути доказами по справі, дозволяється провести **обшук особи та інших місць**, якщо існують обґрунтовані припущення, що підозрювана особа або вказані речі там знаходяться; при цьому дозволяється проведення **обшуку особи, її одягу та підручних предметів** (§ 1, 2 Art. 219). **Обшук особи може здійснити прокурор** або поліція — **за дорученням суду** або **прокурора**. Постанову суду або прокурора про проведення обшуку слід пред'явити особі, у якій буде проведено обшук (§ 1, 2 Art. 220).

Обшук особи та одягу на ній слід проводити (за можливості) за участю особи однієї з нею статі (Art. 223). Особу, в якій проводиться обшук, слід перед початком проведення сповістити про його мету та вказати про добровільну видачу предметів, які відшуковуються (§ 1 Art. 224).

Обшук або затримання речі має бути проведений згідно з метою цієї діяльності, збереженням помірності та поваги до гідності цієї особи і без заподіяння непотрібної шкоди та тілесних ушкоджень (Art. 227). Згідно з положеннями Art. 217 розд. 25, речі, які можуть мати статус доказів по справі, слід видати особі на вимогу суду або прокурора, а у випадках, які не допускають затримки, — також на вимогу поліції або іншого призначеного органу (§ 1). **Якщо видання речі вимагає поліція, особа яка її видає, має право невідкладно вимагати доставки її до суду або прокурора, для затвердження затримання, про що вона має бути повідомлена. Доставка до суду має проводитися протягом 14 днів з дня затримання речі** (§ 4).

У разі відмови від добровільного видання речі можна провести її відібрання (виїмку) (§ 4 Art. 217) з дотриманням вимог, зокрема: у невідкладних випадках, які

⁴ Див.: Актуальні питання кримінального процесуального законодавства України: збірн. матер. міжвуз. науково-практ. конф. / Національна академія прокуратури України. — К.: Алерта, 2013. — С. 11.



не допускають зволікання, якщо не була видана постановою суду або прокурора, **орган, який проводить обшук, пред'являє наказ керівника свого підрозділу або службове посвідчення, а потім звертається невідкладно до суду або прокурора про затвердження результату обшуку** та виїмки має вручатися особі, у якої проведено обшук, протягом 7 днів від дати вчинення, на вимогу цієї особи, внесена до протоколу обшуку (§ 3 Art. 220).

Виїмка документів, поштової кореспонденції за загальним правилом, викладеним у Art. 218 — 218b Kodeks postępowania karnego, проводиться за постановою прокурора або суду.

За змістом Art. 225 (§ 1) у разі, якщо керівник державної або самоврядної установи, особа, у якої проведено обшук та затримання речі, оголосить, що виданий або знайдений під час обшуку документ містить відомості, які охоплюються професійною або іншою охоронюваною законом таємницею, має особистий характер, орган, який проводив обшук, невідкладно передає цей документ без його перечитування прокурору або суду в опечатаній упаковці. Згідно з Art. 225 (§ 4) видану, відібрану або знайдену в ході обшуку психіатричну документацію орган, який проводив обшук, передає зі збереженням режимів, визначених Art. 225 (§ 1), суду або прокуророві.

Протокол затримання речі або обшуку повинен містити вказівку на справу, за якою затримано речі або зроблено обшук, час початку та закінчення, докладний опис затриманих речей, вказівку на доручення суду або прокурора. Якщо доручення прокурора не було попередньо отримане, до протоколу поміщається згадка про інформування особи, у якої його проведено, про можливість отримання нею постанови про подальше затвердження результату обшуку (Art. 229).

За змістом Art. 230 (§ 1 — 3) **якщо затримання речі або обшук проводилися без попереднього доручення суду або прокурора, а впродовж 7 днів від дня проведення не відбулося його затвердження, річ слід невідкладно повернути особі**. Речі, володіння якими заборонене (вилучені з цивільного обігу), передаються відповідній установі. За змістом Art. 231 (§ 2) предмети, які мають артистичну або культурну цінність, віддають на збереження до відповідної установи.

Положеннями Art. 232a (§ 1 — 3) предмети і речовини, які створюють небезпеку для життя або здоров'я (зброя, амуніція, вибухові, легкозаймисті, радіоактивні матеріали, отруйні речовини, одурманюючі ресурси, психотропні речовини або їх препарати, тютюнові вироби та алкогольні напої), зберігаються в місці та у спосіб, які забезпечують їх належне зберігання. У разі, коли з вилучених речей можливо відібрати зразки до проведення обшуків, компетентний суд, за пропозицією прокурора, невідкладно розглядає питання про знищення повністю або частково цих предметів чи речовин, при цьому вказує місце та час його проведення.

За змістом Art. 235 **суд проводить діяльність щодо надання дозволу** на проведення обшуку та **затвердження результатів виїмки у судовому засіданні**, а прокурор — під час підготовчого (прим. — досудового) розслідування.

ОБШУК ОСОБИ, ВИЇМКА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ РЕСПУБЛІКИ НІМЕЧЧИНА

Процедури обшуку особи (body search, Durchsuchung des Strafgefangenen, Leibesvisitation), виїмки речей і документів (Herausnahme der Dinge, Beschlagnahme von Gegenständen und Dokumenten) у Німеччині регулюються Кримінально-процесуальним кодексом (Die Strafprozessordnung (StPO) від 1950 р. (у ред. станом на 21.06.2012 р.). Процесуальні питання проведення обшуку особи та виїмки регулюються положеннями розділу VIII, **у складі 45 статей** (з § 94 по § 111р).

У кримінальному процесі Німеччини у контексті затримання особи передбачається «право кожного» на затримання (§ 127 I, StPO) як виконання публічних завдань держави, так і право на затримання прокуратурою та поліцією (§ 127 II, StPO) у зв'язку з небезпечкою зволікання, наявністю передумов для утримання під вартою⁵. При цьому право на затримання набуває значення як підстава, яка виключає відповідальність за вчинення злочинів, пов'язаних із затриманням (зокрема, незаконне позбавлення волі, примус, завдання тілесних ушкоджень та попереджувальний постріл).

Оскільки в ході кримінального процесу неможливо уникнути застосування заходів кримінально-процесуального примусу, які обмежують **особисті права обвинуваченого** та інших учасників процесу (затри-

⁵ Див.: Габрієле Розє. Введение в немецкое уголовно-процессуальное право: Учеб. пос. — К., 2001. — С. 181.



мання та особистий обшук обмежують право особистої свободи), тому до правомірності таких заходів застосовуються особливі вимоги⁶.

Для встановлення фактів, які мають процесуальне значення, § 81a Strafprozeßordnung (StPO) передбачає **проведення особистого огляду**. Для фізичного втручання у вигляді: взяття аналізу крові, волосся, слини та сперми та складення генетичної формули не передбачається згода обвинуваченого, якщо не існує шкода для його здоров'я; однак такі дії можуть вчинятися лише медичними працівниками. Оскільки ці заходи проводяться з метою забезпечення кримінального процесу, слугують репресивній меті, тому **проти цих заходів можливе подання обвинуваченням скарги слідчому судді**⁷.

Особистий обшук закон передбачає **виключно щодо підозрюваного**, при цьому закон не передбачає такої можливості щодо особи, яка не перебуває під підозрою (§ 102, StPO). Для проведення обшуку (як квартирного, так і особистого) потребується рішення судді або **у випадках, які не допускають зволікання, — рішення прокуратури або її допоміжних службовців** (§ 105, StPO)⁸. При цьому кримінально-процесуальне законодавство передбачає **можливість здійснення судової перевірки рішень прокуратури** (§ 98 II, § 111 e II, § 128, § 161 a III, § 163 a II, StPO).

Федеральний Верховний суд у своєму рішенні заперечував можливість оскарження вже виконаного судового розпорядження щодо обшуку та виїмки, однак Федеральний Конституційний суд змінив цю судову практику відносно обшуку та роз'яснив, що в цьому випадку допускається оскарження, оскільки право на оскарження залишилося б декларативним, якби стало неможливим оскарження вже проведеного обшуку, оскільки до часу ухвалення рішення по скаргі обшук уже проведений.

Виїмка означає, з однієї сторони — формальне забезпечення схоронності вилучених предметів шляхом їх передачі на адміністративне зберігання (або іншим способом), а з іншої — винесення рішення про забезпечення схоронності (§ 94, 111 b, StPO) шляхом процесуального забезпечення іншим способом (у випадку відмови від добровільної видачі предметів); ці ж правила стосуються й посвідчення водія, які підлягають вилученню (§ 94 III, StPO).

Нормою § 94 I (StPO) встановлюється, що «предмети, які як речові докази можуть мати значення для попереднього розслідування, повинні бути прийняті або на адміністративне зберігання або процесуально забезпечені іншим способом». До таких предметів відносяться не тільки рухоме майно, але й комп'ютерні файли, електронні повідомлення, земельні ділянки, частини трупа, проби крові, а також предмети, з якими нерозривно пов'язані докази (одяг зі слідами крові, тварина, яка проковтнула речовий доказ та ін.). Предмети, прийняті на адміністративне зберігання, переходять у володіння, як правило, прокуратури та перебувають у кімнаті для зберігання речових доказів (Головненков П. В. Уголовно-процессуальный кодекс ФРГ — Strafprozeßordnung (StPO). Научно-практический комментарий и перевод текста закона. — Потсдам, 2010. — С. 139).

У разі, коли особа відмовляється від добровільної видачі документів або предметів на вимогу уповноваженої особи (§ 95 II, StPO), до неї судом у межах досудового розслідування може бути застосовано арешт на строк, який не виходить за рамки судового провадження у відповідній інстанції, але не більше як на 6 місяців (§ 70 II, III, StPO).

Процедури виїмки передбачають: а) добровільну передачу речі органам кримінального переслідування; б) примусове вилучення речей та документів. У випадку добровільної передачі речі особою діє правило § 94 I, StPO, за яким для цього достатньо лише складення спеціального акта, який може бути вчинений будь-якою службовою особою органу кримінального переслідування. Якщо **особа не передає річ добровільно**, то відповідно до § 94 II, StPO потребується формальний акт виїмки (постанова), з дотриманням викладених вище правил.

Постанова про виїмку може бути винесена лише судом, а **у випадках, які не допускають зволікання**, — також прокуратурою та особами, які проводять розслідування за дорученням прокуратури (§ 105 (I), § 98 I, StPO, § 152 Закону про судову систему). Особа, яка **проводила виїмку предмета без постанови суду**, повинна протягом 3 днів направити до суду клопотання про підтвердження проведення виїмки, якщо під час її проведення не була присутня особа, до якої застосо-

⁶ Там же, с. 163.

⁷ Там же, с. 191.

⁸ Там же, с. 197.



вувався цей захід, чи її дорослий родич або якщо особа, до якої було застосовано цей захід, чи за її відсутності її родич, безпосередньо заявили заперечення проти виїмки (§ 98 II, StPO). Якщо виїмка проводиться прокуратурою або однією із осіб, які проводять розслідування за дорученням прокуратури, після пред'явлення публічного обвинувачення суд повинен бути повідомлений протягом 3 днів про виїмку; вилучені предмети мають бути доставлені до суду (§ 98 III, StPO).

Якщо постанова суду про проведення виїмки не виконується прокуратурою протягом 6 місяців, вона втрачає свою юридичну силу (Головнєнков П. В. Уголовно-процесуальний кодекс ФРГ. — С. 144).

Відповідно до § 102 (StPO) у того, хто підозрюється у тому, що він є виконавцем, учасником злочинного діяння, у приховуванні, перешкоджанні покаранню, скупці краденого, може бути проведений обшук житла або інших приміщень, а також **особистий обшук та обшук належних йому речей як з метою затримання** (прим. — правомірного захоплення), так і за наявності припущення, що обшук призведе до знаходження доказів. Для проведення обшуку у підозрюваного достатньо первинної підозри (рішення BVerfG № JW 2003, 2669).

При цьому **особистий обшук означає обстеження** одягу ззовні та зсередини, тіла під одягом ззовні, включаючи природні отвори; при цьому слід дотримуватися вимог про уникнення образи почуття соромливості. Обмеження проведення виїмки окремих предметів та документів передбачаються у § 96 StPO, який вказує на заборону виїмки актів та документів, які містять гриф «секретно»; така заборона впливає з права на відмову від надання показань свідка⁹.

Особі, яка була задіяна обшуком, по закінченні його проведення повинно бути направлено письмове повідомлення, у якому повинні вказуватися мета обшуку, а також у передбачених випадках — злочинне діяння. На її вимогу їй також повинен бути виданий перелік предметів, прийнятих на зберігання або тих, що підлягають вилученню, якщо ж не знайдено нічого підозрілого, повинно видаватися відповідне свідоцтво (§ 107, StPO).

На перегляд паперів особи, інтересів якої торкнувся обшук, уповноважена лише прокуратура, а за її постановою — особи, які проводять розслідування за дорученням прокуратури (§ 110 I, StPO, § 152 Закону про судову систему).

Постанову про проведення виїмки (§ 111c) та арешт (§ 111d) уповноважений виносити лише суд, а у випадках, які не допускають зволікання, — **прокуратура**. Постанову про проведення виїмки рухомого майна у випадках, які не допускають зволікання, уповноважені виносити також особи, які проводять розслідування за дорученням прокуратури (§ 105 (I), § 98 I, StPO, § 152 Закону про судову систему). Якщо постанова про проведення виїмки або арешт винесла прокуратура, вона повинна протягом одного тижня заявити клопотання до суду про затвердження постанови. Це правило не діє, якщо постанова стосується виїмки рухомого майна. Особа, інтересів якої торкнулася виїмка, може у будь-який момент та у будь-якому випадку заявити клопотання про прийняття судового рішення (§ 111e, StPO).

Повноваження щодо проведення виїмки відносяться до обов'язків прокуратури, стосовно рухомого майна — також і осіб, які проводять розслідування за дорученням прокуратури (§ 111f I, StPO). Проти заходів, застосованих для проведення виїмки або арешту, особа, інтересів якої торкнулися ці заходи, може в будь-який момент часу заявити клопотання про прийняття судового рішення (§ 111f V, StPO).

ОБШУК ОСОБИ, ВИЇМКА У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ ФРАНЦІЇ

Процедури обшуку особи (perquisition), виїмки речей і документів (une cannelure un affaires et documentent) у Франції регулюються Кримінально-процесуальним кодексом (Code de Procédure Pénale, CPP (діє в ред. станом на 11.04.2015 р.)). Процесуальні питання проведення обшуку особи та виїмки регулюються положеннями Titre II CPP: «Des enquêtes et des contrôles d'identité» (Title II. Inquiries and identity checks. Chapter I. Flagrant felonies and misdemeanours) у складі 8 статей.

У силу специфіки кримінального процесу Франції, відсутності особливого наукового та практичного значення змісту норм Art. 56-59 Code de Procédure Pénale, нами для дійсного дослідження та практичного використання не було узято будь-яких положень, хоча окремі його положення є, безумовно, цінними у зв'язку з процесами створення в Україні муніципальної міліції (міліції, що утримується за рахунок коштів місцевого самоврядування, ст. 38 Закону України «Про місцеве самоврядування»).

⁹ Там же, с. 201.