**МІНІСТЕРСТВО ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНИ**
**НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ ВНУТРІШНІХ СПРАВ**

Кваліфікаційна наукова праця
на правах рукопису

**ДУЛЬСЬКИЙ ОЛЕКСАНДР ЛЕОНІДОВИЧ**

УДК 343.121.4

**ДИСЕРТАЦІЯ**

# ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СТОРОНОЮ ЗАХИСТУ ДОТРИМАННЯ ПРАВ ТА ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ УЧАСНИКІВ ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ

081 «Право»

Подається на здобуття наукового ступеня доктора філософії

Дисертація містить результати власних досліджень. Використання ідей, результатів і текстів інших авторів мають посилання на відповідне джерело _____ **О. Л. Дульський**

Науковий керівник: **Галаган Володимир Іванович,**
доктор юридичних наук, професор

**Київ – 2020**

# АНОТАЦІЯ

*Дульський О. Л.* Забезпечення стороною захисту дотримання прав та законних інтересів учасників проведення обшуку. – Кваліфікаційна наукова праця на правах рукопису.

Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 «Право». – Національна академія внутрішніх справ, Київ, 2020.

У дисертації з'ясовано основні концептуальні положення процесуального порядку проведення обшуку й участі в ньому сторони захисту. Досліджено сучасний стан наукової розробленості окресленої проблематики, констатовано, що докладно висвітлено процесуальний порядок й тактичні рекомендації проведення обшуку насамперед стороною обвинувачення – слідчим, прокурором. Натомість виявлено, що лише окремі методологічні аспекти присвячено діяльності сторони захисту під час проведення обшуку. Доведено, що потребують переосмислення й належного врегулювання положення щодо своєчасного прибуття на місце обшуку й активної участі в його проведенні, що спрямована на дотримання прав і законних інтересів осіб, у яких проводять обшук, а також процесуального порядку обшуку, правильної фіксації та вилучення його об'єктів особами, які його проводять.

Узагальнено висновок про те, що інститут адвокатури як суб'єкт забезпечення прав і законних інтересів учасників проведення обшуку пройшов різні етапи становлення: від цілковитого контролю з боку державних органів, уповноважених здійснювати кримінальне провадження, за діяльністю колегії захисників – до визнання самостійності цього інституту. Водночас участь захисника під час проведення обшуку було законодавчо закріплено лише в спеціальних нормах КПК України 1960 року, а деталізовано – після визнання того, що особисті інтереси є такими, що заслуговують задоволення, і закріплення в законі у вигляді гарантованих суб'єктивних прав, якщо вони відповідали суспільним інтересам або не суперечили їм.

Констатовано, що зміцненню гарантій дотримання прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження сприяє визначення напрямів удосконалення КПК України з метою узгодження із загальноприйнятими міжнародно-правовими документами, у яких регламентовано демократичні правові інститути, що можуть бути імплементовані до законодавства України. Саме крізь призму міжнародно-правових стандартів розглянуто проблеми, пов'язані із захистом прав і свобод особи під час проведення обшуку, коли найсуттєвішою є небезпека порушення чи обмеження прав і законних інтересів його учасників, незалежно від наявності чи відсутності в них визначеного процесуального статусу.

Обшук як слідчу (розшукову) дію врегульовано майже в усіх кримінально-процесуальних кодексах держав англо-американської (Велика Британія, США), романо-германської (Республіка Австрія, ФРН, Французька Республіка) правових систем і країн ближнього зарубіжжя (Латвійська Республіка, Республіка Білорусь, Грузія, Республіка Киргизстан, Республіка Молдова, Російська Федерація). Водночас низку прогресивних положень наразі не передбачає чинний КПК України, хоча законодавче їх закріплення мало б позитивний вплив і надавало б можливість уникнути неврегульованих чи суперечливих ситуацій. Зокрема, у КПК Грузії визначено детальніший порядок і дії слідчого під час безпосереднього проведення обшуку.

Аргументовано, що учасників обшуку може бути класифіковано за різними критеріями, а саме: залежно від їхнього статусу як сторони кримінального провадження, виду обшуку, наявності можливості ініціювати його проведення, обов'язковості або факультативності їхнього залучення, місця й ролі в доказуванні, здійснюваних функцій. Встановлено випадки, коли саме який з учасників проведення обшуку є обов'язковим, а коли – факультативним учасником.

Визначено, що центральним процесуальним представником сторони захисту є захисник-адвокат – особа, яка має невідкладно прибути на місце проведення обшуку для надання професійного захисту прав і законних інтересів

підозрюваного, з яким укладено угоду. Сформульовано висновок, відповідно до якого з метою дотримання процесуальних прав підозрюваного за наявності його клопотання щодо участі в обшуку захисника-адвоката, з яким не укладено угоду, захисник має бути йому забезпечений через Центр надання безоплатної вторинної правової допомоги.

Процесуальна діяльність адвоката-адвоката, особи, яка є адвокатом за професією та за процесуальним статусом, спрямована на надання юридичної допомоги громадянам, житло чи інше володіння яких обшукують і які не є підозрюваними або взагалі не мають визначеного процесуального статусу. Професійна допомога адвоката вкрай необхідна у випадках, коли постає потреба проведення обшуку в членів сім'ї, співмешканців підозрюваного або в осіб, які є власниками вилученого під час обшуку майна тощо.

У низці випадків до участі в проведенні обшуку може бути залучено адвоката-представника – захисника, який має право представляти інтереси потерпілого.

Акцентовано увагу на випадках відсутності на місці проведення обшуку особи, яка займає певні приміщення, обґрунтовано необхідність унормування обов'язкової участі під час такого обшуку захисника, адвоката чи представника.

Визначено найважливіші завдання участі захисника під час проведення обшуку залежно від його етапів. Зокрема, на підготовчому етапі це: 1) оперативне прибуття на місце проведення обшуку; 2) ознайомлення з ухвалою слідчого судді; 3) перевірка компетентності службових та інших присутніх осіб, зокрема понятих. Під час проведення обшуку діяльність захисника спрямована на реалізацію двох завдань: 1) забезпечити дотримання належної правової процедури стороною обвинувачення та іншими особами, залученими до участі в проведенні обшуку; 2) надати кваліфіковану юридичну допомогу особі, за викликом якої адвокат прибув на місце проведення обшуку. Під час складання протоколу обшуку захисник: 1) засвідчує правильне й об'єктивне відображення в ньому тих дій, які фактично було проведено, не допускає фіксації в протоколі дій, які фактично не проводили або які викривляють його зміст; 2) може

користуватися власними відеозаписувальними засобами із самого його початку й надалі використовувати отримані матеріали в інтересах клієнта.

У дисертації здійснено комплексне дослідження проблемних аспектів забезпечення стороною захисту дотримання прав і законних інтересів учасників проведення обшуку, сформульовано низку нових концептуальних положень, висновків і рекомендацій, що мають важливе значення для науки кримінального процесуального права та правозастосовної практики. Зокрема, *вперше*: проаналізовано рішення ЄСПЛ, правозастосовну практику України й обґрунтовано потребу належного унормування й додаткового закріплення в законодавстві процесуальної діяльності: 1) адвоката, який здійснює функцію захисту підозрюваного; 2) адвоката, який надає юридичну допомогу свідкові; 3) адвоката–представника потерпілого, а також надання їм рівних умов у частині виконання ними професійних обов'язків під час проведення обшуку. Доведено, що учасників обшуку можна класифікувати залежно від їхнього статусу як сторони кримінального провадження, виду обшуку, наявності можливості ініціювати його проведення, обов'язковості або факультативності їх залучення, місця й ролі в доказуванні та здійснюваних ними функцій. З огляду на ці критерії представник сторони захисту (підозрюваний, захисник) може бути як обов'язковим учасником у випадку проведення обшуку за клопотанням сторони захисту, так і факультативним, коли цю слідчу (розшукову) дію проводить сторона обвинувачення. Досліджено неврегульовані й суперечливі питання проведення обшуку за клопотанням сторони захисту, як-от: 1) доказування стороною захисту в суді наявності обстави об'єктивного характеру, що перешкоджали їй виконати ухвалу про тимчасовий доступ до речей і документів; 2) надходження ухвали слідчого судді про проведення обшук до органу Національної поліції та організація його виконання; 3) застосування під час такого обшуку заходів процесуального примусу; визначення місця зберігання речей і документів, вилучених під час обшуку за клопотанням сторони захисту, протоколу цієї процесуальної дії тощо; надано рекомендації щодо їх вирішення. Запропоновано зміни й доповнення до пунктів $16^1$, 25 частини 1 статті 3,

статті 45, частини 5 статті 46, частини 1 статті 79, частини 2 статті 81, частини 2 статті 100, частин 1, 3 статті 107, частини 2 статті 166, частини 7 статті 223, частини 3 статті 234, частин 1, 4–7 та 10 статті 236 КПК України, спрямовані на реалізацію змагальності сторін та інших засад кримінального провадження. У*досконалено* поняття видів адвокатської діяльності й механізму її здійснення за наявної потреби присутності адвоката під час проведення обшуку й узгодження положень КПК України з галузевими законодавчими актами; положення щодо обсягу, порядку та змісту надання правової допомоги обшукуваній особі або іншим особам, які можуть ще не мати визначеного процесуального статусу, чиї права та законні інтереси може бути обмежено або порушено під час проведення обшуку; зміст етапів проведення обшуку, що в сукупності утворюють комплекс дій і рішень слідчого судді, сторони обвинувачення, захисту й інших його учасників, та рекомендовані дії сторони захисту під час підготовки, безпосереднього проведення, фіксації ходу й результатів обшуку. *Дістало подальшого розвитку:* окреслення шляхів використання іноземного досвіду щодо правової регламентації забезпечення стороною захисту дотримання прав і законних інтересів учасників проведення обшуку з метою вдосконалення законодавства України й правозастосовної практики; визначення прав та обов’язків учасників проведення обшуку, зокрема щодо унормування порядку ініціювання, розгляду і прийняття слідчим суддею ухвали про надання дозволу на проведення обшуку або відмову в наданні такого дозволу; зміст процесуальної діяльності сторін кримінального провадження перед початком, під час безпосереднього проведення та фіксації ходу й результатів обшуку.

***Ключові слова:*** сторони кримінального провадження, захисник, адвокат, представник, досудове розслідування, слідчий, прокурор, слідчі (розшукові) дії, обшук, засади кримінального провадження, дотримання прав і законних інтересів.

## SUMMARY

*Dulskyi O. L.* Provision by the party of protection of observance of the rights and legitimate interests of the participants of the search. – Qualified scientific work on the rights of the manuscript.

Dissertation for the degree of Doctor of Philosophy in specialty 081 «Law». – National Academy of Internal Affairs, Kyiv, 2020.

In the dissertation the basic conceptual provisions of the procedural procedure of conducting a search and participation of the defense party in it are clarified. The current state of the scientific development of the outlined issues has been investigated, as well as detailed coverage of the procedural order and tactical recommendations for conducting the search, primarily by the prosecution party – the investigator, the prosecutor. Instead, it was found that only a few methodological aspects were devoted to the protection party's activities during the search. It has been proved that they need to rethink and properly regulate the provisions regarding the timely arrival at the place of the search and the active participation of the defender in its conduct, aimed at respecting the rights and legitimate interests of the persons conducting the search, as well as the procedural order of the search, proper fixing and removal of his or her search. objects by persons conducting it.

It is generalized that the Institute of Advocacy, as a subject of securing the rights and legitimate interests of the search participants, has gone through various stages of formation: from full control by the state bodies authorized to conduct criminal proceedings, to the activity of the bar association–to recognition of the independence of this institute. At the same time, the defense counsel's involvement in the search was only recently legally enshrined in the special rules of the Criminal Procedure Code of 1960, and detailed – after recognizing that personal interests were deserving of satisfaction and secured in law in the form of guaranteed subjective rights if they are in the public interest or are not in conflict with them.

It is stated that strengthening of guarantees of observance of rights, freedoms and legitimate interests of participants of criminal proceedings is facilitated by determination of directions of improvement of the current Criminal Procedure Code of Ukraine in order to harmonize with the generally accepted international legal documents, which regulate democratic legal institutions, which may be implemented by them. It is through the prism of international legal standards that the problems related to the protection of the rights and freedoms of a person during a search are considered, when the most serious is the danger of violating or limiting the rights and legitimate interests of its participants, regardless of the presence or absence of a certain procedural status in them.

Searches as investigative (investigative) action are regulated in almost all criminal procedural codes of the Anglo-American (United Kingdom, United States of America), Romano-German (Republic of Austria, Federal Republic of Germany, French Republic) jurisdictions and neighboring countries, the Republic of Latvia, the Republic of Belarus, the Republic of Kyrgyzstan, the Republic of Moldova, the Russian Federation). At the same time, a number of progressive provisions are currently not foreseen in Ukraine, although their legislative enactment would have a positive impact and would allow to avoid the unresolved or controversial situations. In particular, the Georgia Code of Criminal Procedure defines a more detailed procedure and actions of an investigator during a direct search.

It is argued that search participants may be classified according to different criteria depending on their status as a party to criminal proceedings, the type of search, the ability to initiate its conduct, the obligation or optionality of their involvement, the place and role in the evidence, the functions performed. There have been cases where it is compulsory for a search participant and an optional participant.

It is determined that the central procedural representative of the party to the defense is a defense lawyer – a person who must immediately arrive at the place of the search to provide professional protection of the rights and legitimate interests of the suspect, with whom the agreement was concluded. The conclusion was formulated according to which, in order to observe the procedural rights of the suspect, in the

presence of his request for the search of a lawyer who has not been contracted, the lawyer should be provided to him through the Center for Secondary Legal Aid.

Procedural activities of a lawyer's lawyer, that is, a person who is a lawyer by profession and procedural status, aimed at providing legal assistance to citizens whose dwelling or other possessions are being searched and who are not suspected or have no established procedural status at all. Professional assistance of a lawyer is essential in cases where there is a need to search the family members, co-suspects or the persons who own the property seized during the search of the property, etc.

In a number of cases, a lawyer may be involved in the search for a lawyer– a lawyer who has the right to represent the victim's interests.

Attention is drawn to the cases of absence of a person occupying certain premises at the place of search, the necessity of normalizing the obligatory participation during such a search of a defense lawyer, lawyer or representative is substantiated.

The most important tasks of the defender's participation during the search are determined depending on his stages. In particular, at the preparatory stage, these are: 1) prompt arrival at the place of the search; 2) familiarization with the approval of the investigating judge; 3) verification of the competence of officials and other persons present, including those who are understood. During the search, the activities of the defense counsel are aimed at accomplishing two tasks: 1) ensure that the prosecution party and other persons involved in the search are adhered to in due course of the proceedings; 2) to provide qualified legal assistance to the person on whose call the lawyer arrived at the place of the search. During assembly the defender of the search protocol: 1) certifies the correct and objective reflection in it of the actions that were actually carried out, does not allow to fix in the protocol of actions that actually did not take place or which distort its contents; 2) may use its own video recording facilities from the outset and continue to use the material obtained to the benefit of the client.

The dissertation deals with the complex investigation of the problematic aspects of ensuring the party protecting the observance of the rights and legitimate interests of the participants in the search, formulating a number of new conceptual provisions,

conclusions and recommendations that are important for the science of criminal procedural law and law enforcement practice. In particular, for the first time: the decision of the European Court of Human Rights, the law enforcement practice of Ukraine is analyzed and the need for proper regulation and additional consolidation in the legislation of procedural activities is substantiated: 1) a lawyer performing the function of protecting the suspect; 2) a lawyer providing legal assistance to a witness; 3) a lawyer–a representative of the victim, as well as giving them equal conditions in terms of performing their professional duties during the search. It has been proved that search participants can be classified depending on their status as a party to criminal proceedings, the type of search, the ability to initiate its conduct, the obligation or optionality of their involvement, their place and role in the evidence and their functions. In view of these criteria, the representative of the defense party (suspect, defense counsel) can be both a mandatory party in the case of a search at the request of the defense party, and an optional one, when this investigative (investigative) action is carried out by the party of the prosecution. The unsettled and contradictory issues of the search at the request of the defense party were investigated, such as: 1) proving by the defense party in court that there were objective circumstances that prevented her from fulfilling the decision on temporary access to things and documents; 2) receipt of the decision of the investigating judge on conducting searches in the National Police body and organizing its execution; 3) the application of measures of procedural coercion during such a search; location ,storage of things and documents seized during a search at the request of a party to the defense, the record of this procedural action, etc.; recommendations for their solution have been provided. Amendments to paragraph $16^{1}$, 25 part 1 of article 3, article 45, part 5 of article 46, part 1 of article 79, part 2 of article 81, part 2 of article 100, parts 1, 3 of article 107, part 2 of article 166, part 7 of article 223, part 3 of article 234, parts 1, 4–7 and 10 of article 236 of the CPC of Ukraine, aimed at realizing the competitiveness of the parties and other principles of criminal proceedings. The concept of types of advocacy activity and the mechanism of its implementation in case of presence of a lawyer during the search and harmonization of the provisions of the Criminal Procedure Code of Ukraine with sectoral legislative

acts have been improved; provisions on the scope, procedure and content of the provision of legal assistance to the person being searched or to other persons who may not yet have a determined procedural status, whose rights and legitimate interests may be restricted or violated during the search; the content of the stages of the search, which collectively form the complex of actions and decisions of the investigating judge, the prosecution, defense and other participants, and the recommended actions of the defense party during the preparation, direct conduct, fixation of the course and results of the search. There were further developments: outlining ways of using foreign experience in the legal regulation of ensuring that a party protects the observance of the rights and legitimate interests of participants in conducting searches in order to improve the legislation of Ukraine and law enforcement practices; determining the rights and obligations of the search participants, in particular to standardize the procedure for initiating, reviewing and adopting a decision by an investigating judge to grant a permit to conduct a search or to refuse such a permit; the content of the proceedings of the parties to the criminal proceedings before the beginning, during the direct conduct and fixation of the progress and results of the search.

***Key words***: parties of the criminal proceedings, defense counsel, lawyer, representative, pre-trial investigation, investigator, prosecutor, investigative (search) actions, search, principles of criminal proceedings, observance of the rights and legitimate interests.

# СПИСОК ОПУБЛІКОВАНИХ ПРАЦЬ ЗА ТЕМОЮ ДИСЕРТАЦІЇ

*в яких опубліковано основні наукові результати дисертації:*

1. Дульський О. Л. Захисник як учасник проведення обшуку. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка*. 2019. № 1. С. 94–104.

2. 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. № 14. С. 155–163.

3. Дульський О. Л. Урегулювання проведення обшуку й участі в ньому захисника за законодавством України та інших країн: порівняльно-правові аспекти. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2019. № 4. Vol. 1. P. 38–46.

4. 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. № 11. С. 156-164.

*які засвідчують апробацію матеріалів дисертації:*

5. Дульський О. Л. Наслідки впровадження судової реформи для окремих представників юридичних професій. *Реформування цивільного процесуального права в умовах інтеграційних процесів в Україні* : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. ім. Ю. С. Червоного (Одеса, 16 листоп. 2018 р.) / за заг. ред. Н. Ю. Голубєвої. Одеса : Фенікс, 2018. С. 63–66.

6. Дульський О. Л. Кримінально-правові та кримінально-процесуальні проблеми здійснення адвокатської діяльності. *Адвокатура: минуле, сучасність та майбутнє* : матеріали VIII Міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 17 листоп. 2018 р.) / [редкол.: Н. М. Бакаянова (голова) та ін.]. Одеса : Гельветика, 2018. С. 668–670.

7. Дульський О. Л. Ситуації щодо участі адвоката під час проведення обшуку. *Правові реформи в Україні: реалії сьогодення* : матеріали міжвузів. наук.-практ. конф. (Київ, 28 листоп. 2018 р.). Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2018. С. 56–57.

8. Дульський О. Л. Участь захисника у проведенні обшуку під час розслідування зґвалтування. *Імплементація у законодавство України положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству щодо жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами* : зб. тез круглого столу (Київ, 1 лют. 2019 р.). Київ : Нац. ун-т «Києво-Могилянська академія», 2019. С. 13–16. URL : https ://drive.google.com/file/d/1XCKq5m_vl8JDlQxJyrSQ qv3t5QXax6UQ/view.

9. Дульський О. Л. Забезпечення сторонами кримінального провадження присутності під час проведення обшуку обов’язкових і факультативних учасників. *Роль юридичної науки в забезпеченні правоохоронної діяльності* : матеріали підсумк. наук.-практ. конф. (Київ, 25 квіт. 2019 р.). Київ : Нац.акад.внутр.справ, 2019. С. 130–132.

# ЗМІСТ

**ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ** 16

**ВСТУП** 17

**РОЗДІЛ 1. МЕТОДОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ ДОСЛІДЖЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ СТОРОНИ ЗАХИСТУ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ** 27

1.1. Сучасний стан наукової розробленості проблем забезпечення стороною захисту прав та законних інтересів учасників обшуку 27

1.2. Генеза правової регламентації та відповідність нормам міжнародного права забезпечення прав та законних інтересів учасників обшуку 41

1.3. Порівняльно-правовий аналіз забезпечення прав та законних інтересів учасників обшуку в Україні та деяких інших країнах 58

Висновки до розділу 1 82

**РОЗДІЛ 2. МЕХАНІЗМ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ТА ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ СТОРОНОЮ ЗАХИСТУ Й ІНШИМИ УЧАСНИКАМИ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ** 85

2.1. Учасники кримінального провадження та інші суб’єкти забезпечення прав і законних інтересів особи під час проведення обшуку 85

2.2. Діяльність сторони захисту й осіб, чиї права та законні інтереси може бути обмежено або порушено, під час проведення обшуку 102

2.3. Правове регулювання діяльності сторони обвинувачення, захисту й інших осіб, присутність яких під час обшуку забезпечує слідчий, прокурор 122

Висновки до розділу 2 140

**РОЗДІЛ 3. ПРОЦЕСУАЛЬНА ДІЯЛЬНІСТЬ СТОРОНИ ЗАХИСТУ ЩОДО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОТРИМАННЯ ПРАВ ТА ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ УЧАСНИКІВ ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ** 143

3.1. Реалізація окремих повноважень захисником перед початком виконання ухвали слідчого судді 143
3.2. Діяльність захисника під час проведення обшуку 164
3.3. Реалізація окремих повноважень захисником під час фіксації ходу й результатів обшуку 184
Висновки до розділу 3 207
**ВИСНОВКИ** 210
**СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ** 217
**ДОДАТКИ** 242

# ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ

| | | |
|---|---|---|
| ВСУ | – | Верховний Суд України |
| Декларація | – | Загальна декларація прав людини |
| ЄРДР | – | Єдиний реєстр досудових розслідувань |
| ЄСПЛ | – | Європейський суд з прав людини |
| КЗПЛ | – | Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод |
| КК | – | Кримінальний кодекс України |
| КПК | – | Кримінальний процесуальний кодекс України |
| КСУ | – | Конституційний Суд України |
| НААУ | – | Національна асоціація адвокатів України |
| НАВС | – | Національна академія внутрішніх справ |
| НСРД | – | Негласні слідчі (розшукові) дії |
| Пакт | – | Міжнародний пакт про громадянські та політичні права |
| РФ | – | Російська Федерація |
| СКС | – | Статут кримінального судочинства |
| СРД | – | слідчі (розшукові) дії |
| США | – | Сполучені Штати Америки |
| ФРН | – | Федеративна Республіка Німеччина |

# ВСТУП

**Обґрунтування вибору теми дослідження.** Проблема забезпечення стороною захисту дотримання прав і законних інтересів учасників проведення обшуку традиційно належить до тих, що привертають увагу дослідників через потенційну можливість істотного їх обмеження, втручання з боку правоохоронних органів у сферу приватного життя людини. Обшук як слідча (розшукова) дія є одним із заходів процесуального примусу, під час проведення якого зазнає найсуттєвіших обмежень право на недоторканність особи, її житла, іншого володіння або власності, що зумовлює необхідність чіткого правового регулювання підстав і порядку його проведення, повноважень сторони обвинувачення та слідчого судді, реалізації прав сторони захисту й інших учасників. Згідно з даними офіційної статистики, у 2012 році до слідчих суддів місцевих загальних судів надійшло 2645 клопотань про надання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, у 2013 році – 64227, у 2014 році - 67013, у 2015 році – 75162, у 2016 році - 94746, у 2017 році – 118884, у 2018 році – 95922, а у 2019 році – 95074 клопотань[*], абсолютну більшість з яких суди задовольнили. Тож з метою недопущення порушення прав особи під час проведення обшуку, що трапляються внаслідок низки об'єктивних чи суб'єктивних причин, важливою є участь захисника під час цієї процесуальної дії, активна позиція якого спрямована на попередження й усунення таких порушень.

Проблеми забезпечення стороною захисту дотримання прав і законних інтересів учасників проведення обшуку розглянуто в наукових дослідженнях С. Є. Абламського, Ю. П. Аленіна, Т. В. Варфоломеєвої, В. І. Василинчука, В. І. Галагана, І. В. Гловюк, С. Ф. Денисюка, В. Г. Дрозд, В. О. Коновалової, Л. М. Лобойка, Є. Д. Лук'янчикова, В. Т. Маляренка, В. Т. Нора, М. А. Погорецького, О. С. Тарасенка, О. Ю. Татарова, Л. Д. Удалової,

[*]Судова влада України. Судова статистика. URL: https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/

Ж. В. Удовенко, В. І. Фаринника, Ю. В. Хоматова, П. В. Цимбала, С. С. Чернявського, Ю. М. Чорноус, А. В. Шевчишена, В. Ю. Шепітька, О. Г. Шило, О. Г. Яновської та ін. Їхні фундаментальні роботи стали підґрунтям для розгляду на монографічному рівні процесуальних і криміналістичних проблем проведення обшуку після набрання чинності Кримінальним процесуальним кодексом (КПК) України 2012 року. Зокрема, О. В. Малахова у кандидатській дисертації (2015) досліджувала питання реалізації інституту сприяння захисту в кримінально-процесуальному доказуванні. Предметом наукового пошуку О. В. Старенького стали кримінальні процесуальні гарантії захисника як суб'єкта доказування в досудовому розслідуванні (2016), а Є. В. Смирнова – участь захисника в реалізації процесуальних прав підозрюваного (обвинуваченого) у кримінальному провадженні (2016). Своєю чергою І. В. Дубівка дослідила проблеми діяльності адвоката на стадії досудового розслідування (2017), зокрема висвітлила сутність діяльності адвоката щодо надання правової допомоги свідку й обґрунтувала необхідність законодавчого визначення прав адвоката під час надання такої допомоги. Забезпеченню права на недоторканність житла чи іншого володіння особи в кримінальному провадженні присвячено дисертацію І. В. Вегери-Іжевської (2018).

На відміну від попередніх робіт, у яких проаналізовано загальні питання участі адвоката в кримінальному провадженні, М. В. Комарова безпосередньо дослідила правові й організаційні засади обшуку (2019), а А. О. Нечваль – тактику обшуку в житлі та іншому володінні особи (2020).

Водночас у цих дисертаціях увагу акцентовано лише на питаннях допуску адвоката (захисника) до участі в проведенні обшуку. Чимало аспектів забезпечення стороною захисту дотримання інших прав і законних інтересів учасників проведення обшуку наразі розроблено недостатньо або ж не мають однозначного вирішення в правозастосовній практиці, на монографічному рівні ґрунтовно не досліджені. Зазначені обставини зумовили вибір теми дисертації та визначають її актуальність.

**Зв'язок роботи з науковими програмами, планами, темами, грантами.** Дисертацію виконано відповідно до Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки, схваленої Указом Президента України від 20 травня 2015 року № 276/2015, Національної стратегії у сфері прав людини, затвердженої Указом Президента України від 25 серпня 2015 року № 501/2015, Переліку пріоритетних напрямів наукового забезпечення діяльності органів внутрішніх справ України на період 2015–2019 років, затвердженого наказом Міністерства внутрішніх справ України від 16 березня 2015 року № 275, Основних напрямів наукових досліджень НАВС на 2018–2019 роки, схвалених вченою радою Національної академії внутрішніх справ (НАВС) (протокол № 28 від 27 грудня 2017 року), плану проведення науково-дослідних і дослідно-конструкторських робіт у НАВС, плану наукових досліджень кафедри досудового розслідування навчально-наукового інституту № 1 НАВС, а також вона є складовою цільової комплексної програми «Судова влада: проблеми організації та діяльності» (номер державної реєстрації 0111U000957).

Тему дисертації затверджено вченою радою НАВС 28 листопада 2017 року (протокол № 27) та зареєстровано Координаційним бюро Національної академії правових наук України (позиція № 1022 за 2017 рік).

**Мета і завдання дослідження**. *Метою* роботи є формулювання наукових висновків щодо характеристики механізму забезпечення стороною захисту дотримання прав і законних інтересів учасників проведення обшуку, виявлення пов'язаних із цим проблем законодавчого, процесуального й тактичного характеру та визначення можливих шляхів їх подолання.

Реалізація поставленої мети зумовила необхідність виконання таких з*авдань*:

– визначити стан наукової розробленості проблем забезпечення стороною захисту прав і законних інтересів учасників проведення обшуку в Україні;

– розглянути генезу становлення інституту сторони захисту в кримінальному провадженні та відповідність нормам міжнародного права й правовим стандартам забезпечення нею прав і законних інтересів учасників обшуку;

– порівняти законодавче врегулювання забезпечення прав та законних інтересів учасників обшуку в Україні й у деяких інших країнах англо-американської та романо-германської правових систем;

– здійснити класифікацію учасників та інших суб'єктів забезпечення прав і законних інтересів особи під час проведення обшуку залежно від їхнього процесуального статусу та мети участі в зазначеній слідчій (розшуковій) дії;

– дослідити стан правового регулювання діяльності сторони захисту й осіб, чиї права та законні інтереси може бути обмежено або порушено під час проведення обшуку;

– з'ясувати особливості процесуальної діяльності сторони захисту й інших осіб, участь яких у проведенні обшуку забезпечує слідчий, прокурор;

– виокремити процесуальні повноваження захисника, спрямовані на дотримання прав і законних інтересів учасників проведення обшуку перед його початком;

– схарактеризувати правовий зміст і висвітлити сутність процесуальної діяльності захисника під час проведення обшуку;

– визначити повноваження захисника, спрямовані на дотримання прав і законних інтересів учасників проведення обшуку під час фіксації його ходу та результатів.

*Об'єкт дослідження* – кримінальні процесуальні правовідносини, що виникають, розвиваються й припиняються під час забезпечення стороною захисту дотримання прав і законних інтересів учасників проведення обшуку.

*Предмет дослідження* – забезпечення стороною захисту дотримання прав та законних інтересів учасників проведення обшуку.

**Методи дослідження.** Під час підготовки дисертації використано сукупність загальнонаукових і спеціальних методів, що грунтуються на теорії

пізнання правових явищ, спрямованих на отримання комплексних достовірних результатів.

*Діалектичний* метод застосовано для дослідження складу учасників проведення обшуку, їхніх процесуальних повноважень та механізму реалізації, спрямованого на забезпечення прав і законних інтересів громадян (розділи 2, 3).

За допомогою *історично-правового* методу розглянуто еволюцію низки проблем законодавчого та наукового забезпечення діяльності захисника й інших представників сторони захисту під час проведення обшуку на різних етапах історичного розвитку держави (підрозділи 1.1, 1.2).

*Порівняльно-правовий* метод надав можливість дослідити положення, що регулюють підстави та порядок проведення обшуку, а також можливості захисту прав особи від їх обмеження чи порушення за законодавством України й інших держав, зокрема Великої Британії, Сполучених Штатів Америки (США), Федеративної Республіки Німеччини (ФРН), Франції та деяких держав ближнього зарубіжжя (підрозділ 1.3).

На підставі *догматичного* методу здійснено тлумачення юридичних категорій, уточнено й поглиблено їх розуміння (підрозділи 1.3, 2.1–2.3).

*Системно-структурний* метод застосовано для виявлення та характеристики кореляційних зв’язків між обов’язками й повноваженнями сторони обвинувачення та сторони захисту, інших учасників проведення обшуку в частині забезпечення дотримання прав і законних інтересів учасників проведення обшуку (розділ 2).

Методи *моделювання* стали в нагоді під час дослідження та обґрунтування теоретичних моделей змін до КПК України, спрямованих на вдосконалення правової регламентації забезпечення стороною захисту дотримання прав і законних інтересів учасників проведення обшуку (підрозділи 2.2, 2.3, 3.1–3.3).

За допомогою *соціологічних* і *статистичних* методів узагальнено результати анкетування слідчих та адвокатів, матеріалів практичної діяльності, рішень Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ), Конституційного Суду України (КСУ), Верховного Суду України (ВСУ), Вищого спеціалізованого суду

України з розгляду цивільних і кримінальних справ з метою встановлення стану забезпечення стороною захисту дотримання прав і законних інтересів учасників обшуку на різних етапах його проведення (розділи 2, 3).

*Емпіричну базу дослідження* становлять зведені результати узагальнення практики надання слідчим суддею дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи за 87 архівними матеріалами кримінальних проваджень, внесеними до Єдиного реєстру досудових розслідувань (ЄРДР) і наданих протягом 2017–2019 років, дані анкетування 98 адвокатів і 101 слідчого органів досудового розслідування Національної поліції України у м. Києві; вивчення рішень ЄСПЛ, КСУ, інформаційних листів ВСУ й Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ з питань, пов'язаних із предметом дослідження; порівняльно-правовий аналіз дотримання прав та законних інтересів учасників обшуку житла чи іншого володіння особи, особистого обшуку в Україні та деяких інших країнах англо-американської (Велика Британія, США) та романо-германської (ФРН, Франція) правових систем. Під час підготовки дисертації автор використав особистий багаторічний досвід роботи адвокатом.

**Наукова новизна отриманих результатів** полягає в тому, що робота є одним із перших в Україні комплексних монографічних досліджень, що присвячена розробці проблемних аспектів забезпечення стороною захисту дотримання прав і законних інтересів учасників проведення обшуку. У дисертації сформульовано низку нових концептуальних положень, висновків і рекомендацій, що мають важливе значення для науки кримінального процесуального права та правозастосовної практики. До найвагоміших результатів, що визначають наукову новизну, належать такі:

*уперше:*

– проаналізовано рішення ЄСПЛ, правозастосовну практику України й обґрунтовано потребу належного унормування та додаткового закріплення в законодавстві процесуальної діяльності: 1) адвоката, який здійснює функцію захисту підозрюваного; 2) адвоката, який надає юридичну допомогу свідкові;

3) адвоката–представника потерпілого, а також надання їм рівних умов у частині виконання ними професійних обов'язків під час проведення обшуку;

– доведено, що учасники обшуку характеризуються відповідно до їхнього статусу як сторони кримінального провадження, виду обшуку, можливості ініціювання його проведення, обов'язковості або факультативності їх залучення, місця й ролі в доказуванні та здійснюваних ними функцій. З огляду на ці критерії представник сторони захисту (підозрюваний, захисник) може бути як обов'язковим учасником у випадку проведення обшуку за клопотанням сторони захисту, так і факультативним, коли цю слідчу (розшукову) дію (СРД) проводить сторона обвинувачення;

– досліджено неврегульовані й суперечливі питання проведення обшуку за клопотанням сторони захисту, як-от: 1) доказування стороною захисту в суді наявності обставин об'єктивного характеру, що перешкоджали їй виконати ухвалу про тимчасовий доступ до речей і документів; 2) надходження ухвали слідчого судді про проведення обшуку до органу Національної поліції та організація його виконання; 3) застосування під час такого обшуку заходів процесуального примусу; визначення місця зберігання речей та документів, вилучених під час обшуку за клопотанням сторони захисту, протоколу цієї процесуальної дії тощо; надано рекомендації щодо їх вирішення;

– запропоновано зміни й доповнення до пунктів $16^1$, 25 частини 1 статті 3, статті 45, частини 5 статті 46, частини 1 статті 79, частини 2 статті 81, частини 2 статті 100, частин 1, 3 статті 107, частини 2 статті 166, частини 7 статті 223, частини 3 статті 234, частин 1, 4–7 та 10 статті 236 КПК України, спрямовані на реалізацію змагальності сторін й інших засад кримінального провадження;

*удосконалено:*

– поняття видів адвокатської діяльності та механізму її надання за наявності потреби присутності адвоката під час проведення обшуку для узгодження між собою положень КПК України з галузевими законодавчими актами;

– положення щодо обсягу, порядку та змісту надання правової допомоги обшукуваній особі або іншим особам, які можуть ще не мати визначеного

процесуального статусу, чиї права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені під час проведення обшуку;

– зміст етапів проведення обшуку, що в сукупності утворюють комплекс дій та рішень слідчого судді, сторони обвинувачення, захисту й інших його учасників, і рекомендовані дії сторони захисту під час підготовки, безпосереднього проведення, фіксації ходу та результатів обшуку;

*дістали подальший розвиток:*

– обґрунтування доцільності використання зарубіжного досвіду щодо правової регламентації забезпечення стороною захисту дотримання прав і законних інтересів учасників проведення обшуку для вдосконалення законодавства України та правозастосовної практики;

– визначення прав та обов'язків учасників проведення обшуку, зокрема стосовно унормування порядку ініціювання, розгляду і прийняття слідчим суддею ухвали про надання дозволу на проведення обшуку або відмову в наданні такого дозволу;

– зміст процесуальної діяльності сторін кримінального провадження перед початком, під час безпосереднього проведення та фіксації ходу й результатів обшуку.

**Практичне значення отриманих результатів** полягає в тому, що сформульовані й аргументовані в дисертації теоретичні положення, висновки й пропозиції впроваджено та використовуються у:

– *законотворчій діяльності* – під час внесення змін і доповнень до КПК України з питань проведення обшуку (лист до Комітету Верховної Ради України з питань правоохоронної діяльності від 26 березня 2020 року № 547/0/2-20);

– *практичній діяльності* Національної поліції України та Національної асоціації адвокатів України (НААУ) – під час підготовки, проведення та фіксації ходу й результатів обшуку, а також на заняттях у системі службової підготовки слідчих і підвищення кваліфікації адвокатів;

– *науково-дослідній сфері* – для подальшого розвитку й узагальнення положень кримінально-процесуального права та криміналістики, спрямованих на

вдосконалення процесуального порядку й тактики проведення обшуку, врегулювання дій його учасників;

– *освітньому процесі* – під час підготовки лекцій, методичних рекомендацій, тестових завдань і дидактичних матеріалів із навчальних дисциплін «Кримінальний процес», «Судові та правоохоронні органи України», «Складання кримінальних процесуальних документів», «Організація роботи слідчо-оперативної групи», «Адвокатура України».

**Особистий внесок здобувача.** Дисертація виконана автором самостійно, усі сформульовані положення та висновки є результатом особистих досліджень автора. У науковій статті «Процесуальна діяльність захисника з дотримання прав та законних інтересів учасників проведення обшуку», опублікованій у співавторстві, частка дисертанта становить 50 %. Ідеї та розробки, що належать співавторам, у дисертації не використано.

**Апробація матеріалів дисертації.** Дисертацію виконано на кафедрі досудового розслідування навчально-наукового інституту № 1 НАВС. Основні положення та висновки дисертації оприлюднено в доповідях і виступах дисертанта на п’яти науково-практичних конференціях і круглих столах, зокрема: «Реформування цивільного процесуального права в умовах інтеграційних процесів в Україні» (м. Одеса, 16 листопада 2018 року); «Адвокатура: минуле, сучасність та майбутнє» (м. Одеса, 17 листопада 2018 року); «Правові реформи в Україні: реалії сьогодення» (м. Київ, 28 листопада 2018 року); «Імплементація у законодавство України положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству щодо жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами» (м. Київ, 1 лютого 2019 року); «Роль юридичної науки в забезпеченні правоохоронної діяльності» (м. Київ, 25 квітня 2019 року).

**Публікації.** Основні положення та висновки, сформульовані в дисертації, відображено у дев’яти наукових публікаціях, серед яких три статті – у журналах, включених МОН України до переліку наукових фахових видань з юридичних наук, одна стаття – у міжнародному журналі (Республіка Словаччина), а також у

п’яти тезах, опублікованих у збірниках доповідей науково-практичних конференцій і круглих столів.

**Структура та обсяг дисертації.** Дисертація містить анотацію, перелік умовних позначень, вступ, три розділи, що мають дев’ять підрозділів, висновки, список використаних джерел (254 найменування на 25 сторінках) і п’ять додатків на 33 сторінках. Повний обсяг дисертації становить 275 сторінок, із них основний текст дисертації – 216 сторінок.

# РОЗДІЛ 1
# МЕТОДОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ ДОСЛІДЖЕННЯ ДІЯЛЬНОСТІ СТОРОНИ ЗАХИСТУ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ

## 1.1. Сучасний стан наукової розробленості проблем забезпечення стороною захисту прав та законних інтересів учасників обшуку

Під час розслідування злочинів і реалізації завдань, передбачених у частині 1 статті 2 КПК України, сторона обвинувачення може проводити СРД та негласні слідчі (розшукові) дії (НСРД), застосовувати заходи забезпечення кримінального провадження, процесуального примусу, під час яких права та законні інтереси інших учасників кримінального провадження подеколи суттєво обмежують. Водночас слідчий, прокурор як представники сторони обвинувачення зобов'язані проводити зазначені процесуальні дії для захисту інтересів суспільства загалом й окремих громадян зокрема. Обов'язок ужити всіх передбачених законом заходів для встановлення події кримінального правопорушення та особи, яка його вчинила, передбачено в частині 1 статті 25 КПК України [102].

Протягом останніх десятиліть у науці кримінального процесуального права та криміналістики всебічно досліджують проблеми забезпечення прав і законних інтересів не лише підозрюваного, обвинуваченого, а й потерпілого, свідка, інших учасників кримінального провадження. Повага до їхніх прав, свобод, честі та гідності є одним із загальновизнаних пріоритетів демократичної держави [34, с. 3].

Найсуттєвіше права та законні інтереси особи може бути обмежено або порушено під час проведення СРД, пов'язаних із проникненням до житла чи іншого володіння особи. До таких дій безпосередньо належить обшук – СРД, процесуальний порядок проведення якої унормований у статтях 233–236 та інших нормах КПК України. Адже під час його проведення надто високим є ризик порушення недоторканності житла чи іншого володіння особи, недоторканності права власності, невтручання в приватне життя громадян, порушення

інших засад кримінального провадження (наприклад, законності, поваги до людської гідності, забезпечення права на свободу та особисту недоторканність тощо). З метою недопущення цих порушень, дотримання належної правової процедури, надання кваліфікованої юридичної допомоги в пункті 19 частини 1 статті 3 КПК України визначено, що до сторони захисту належать, зокрема, захисники підозрюваного, обвинуваченого (підсудного), засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування. Своєю чергою зі змісту частин 1, 2 статті 44 цього Кодексу вбачається, що захисником є адвокат, відомості про якого внесено до Єдиного реєстру адвокатів України. Отже, саме адвокат, відповідно до частини 1 статті 2 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 5 липня 2012 року № 5076-VI [165], забезпечує здійснення захисту (підозрюваного), представництва (потерпілого) та надання інших видів правової допомоги (свідкові, іншим учасникам кримінального провадження) на професійній основі.

З огляду на надважливу роль інституту професійної правової допомоги в забезпеченні дотримання прав особи, актуальним є наукове осмислення завдань і функцій адвокатури, зокрема в оновленій системі кримінальних процесуальних координат. Це стосується істотних змін, насамперед, у правовому становищі адвоката як представника сторони захисту в досудовому й судовому кримінальному провадженні, з-поміж іншого – під час проведення окремих СРД, пов’язаних з обмеженням конституційних прав і свобод громадян.

Питанням проведення обшуку присвячено належну увагу в підручниках із кримінального процесуального права, а саме розглянуто поняття, види, фактичні та юридичні підстави, склад учасників проведення обшуку, процесуальний порядок одержання дозволу слідчого судді й безпосереднього його проведення, вилучення матеріальних об’єктів пошуку, фіксації ходу та результатів обшуку [100, с. 235–237; 101, с. 389–396; 210, с. 58–67]. Однак у цих працях висвітлено процесуальний порядок проведення обшуку виключно стороною обвинувачення й лише зазначено про можливу участь захисника в проведенні цієї СРД без

надання жодних рекомендацій. Аналогічно проаналізовано ці питання і в підручниках та навчальних посібниках із криміналістики та доповнено їх рекомендованими для цієї СРД тактичними прийомами підготовчого, робочого й заключного етапів проведення обшуку стороною обвинувачення [98, с. 429–442; 99, с. 330–349; 229, с. 160–181]. Навіть у єдиному в Україні курсі криміналістики, виданому колективом авторів Академії адвокатури України, питання підготовки та проведення обшуку окреслено з позицій слідчого, без урахування специфіки діяльності захисника під час його участі в проведенні цієї СРД [97, с. 283–289].

Отже, характеризуючи сучасний стан наукової розробленості проблем забезпечення стороною захисту прав і законних інтересів учасників проведення обшуку, доходимо висновку щодо необхідності поглиблених досліджень теорії та практики професійного правового захисту. Питання забезпечення стороною захисту прав і законних інтересів учасників обшуку розглянуто в публікаціях вітчизняних науковців, зокрема на монографічному рівні під час здійснення ними дисертаційних досліджень.

В оприлюднених в Україні дисертаціях, слушно зазначає А. В. Сідельніков, висвітлено низку проблем, що виникають у зв’язку з недоліками чинного вітчизняного процесуального законодавства, браком достатньої кількості досліджень, присвячених діяльності сторони захисту, дотримання високих європейських стандартів забезпечення прав учасників кримінального провадження. Дослідники, стверджує далі цей автор, пропонують шляхи розв’язання деяких із них, зокрема й тих, які постають під час виконання функцій захисту в умовах змагального процесу та використання адвокатом-захисником спеціальних знань під час збирання й подання до суду доказів [198, с. 142].

Чільне місце під час вивчення ролі адвоката в захисті прав особи в кримінальному судочинстві посідає перша в період розбудови в Україні правової держави, організації та здійснення адвокатом функції захисту ґрунтовна докторська дисертація Т. В. Варфоломеєвої «Організаційні, процесуальні та криміналістичні проблеми захисту адвокатом прав підозрюваного, обвинуваченого, підсудного» (1994). У цій роботі констатовано, що розвиток адвокатури як демократич-

ного інституту стримували протягом десятиліть, допускали втручання в роботу адвокатів, психологічний тиск на тих, хто особливо настійливо й прискіпливо обстоював права та законні інтереси громадян у кримінальному судочинстві. Процес відродження адвокатури, її історичних традицій і реформування відповідно до Концепції судово-правової реформи в Україні наблизив цей правовий інститут до наявних у цивілізованих, демократичних країнах систем адвокатури. Однак вивчення практики застосування кримінального та кримінально-процесуального законодавства, зауважує ця авторка, свідчить про те, що в окремих питаннях немає єдності, що потребує відповідних роз'яснень, коментування, допускаються порушення законодавства, зокрема норм, що стосуються права на захист, спроби обійти закон з метою максимально затягти допуск захисника до попереднього слідства. Комплексний підхід до розгляду проблем організації адвокатської діяльності надав можливість, поряд з аналізом методологічних, організаційних, процесуальних і криміналістичних питань сформулювати головні напрями й окреслити конкретні шляхи вдосконалення інституту адвокатури загалом і захисту прав та законних інтересів громадян зокрема [22, с. 5–9].

Того самого року у своїй кандидатській дисертації Ю. В. Хоматов зазначав, що механізм реалізації права особи на правову допомогу під час проведення обшуку в її житлі або іншому володінні, а також особистого обшуку законодавчо не визначений; немає вказівки особі, що здійснює провадження у справі, на необхідність очікування особи, яка надає правову допомогу, і відкладання обшуку до її явки; не розглянуто питання порядку одночасного проведення обшуків у декількох володіннях певної особи. Акцентуючи увагу на наявних прогалинах, які необхідно усунути, цей науковець доводив, що участь адвоката в цій слідчій дії не можна ставити в залежність від волі суб'єкта, який провадить процес, оскільки це створює нерівність кримінального судочинства в здійсненні прав та обов'язків його учасників [236, с. 78].

Згодом, 1997 року О. Г. Яновська в кандидатській дисертації «Правові гарантії діяльності адвоката-захисника в кримінальному процесі України»

здійснила їх ґрунтовний аналіз. Зокрема, у роботі сформовано визначення поняття гарантій адвокатської діяльності, досліджено їхні складові елементи та місце в системі кримінально-процесуальних гарантій. Авторка запропонувала механізм реалізації гарантій адвокатської діяльності, який і досліджено на всьому спектрі різноманітних прав та обов'язків адвокатів у кримінальному процесі, внесла пропозиції щодо підвищення ефективності діяльності адвоката-захисника та посилення адвокатського імунітету, насамперед щодо дотримання адвокатської таємниці [250].

Цього ж 1997 року професори В. О. Коновалова та В. Ю. Шепітько видали навчальний посібник «Обыск: тактика и психология», у якому розглянули процесуальний порядок, однак передусім – криміналістичні аспекти організації та проведення зазначеної слідчої дії [86].

Аналогічний аналіз здійснили С. Ф. Денисюк і В. Ю. Шепітько 1999 року в навчально-практичному посібнику «Обыск в системе следственных действий (тактико-криминалистический анализ)» [44]. Донині цей посібник є одним із незначної кількості видань, присвячених комплексному дослідженню питання проведення обшуку.

Дотримуючись хронологічної послідовності, з-поміж наукових досліджень зауважимо про захищену 2005 року кандидатську дисертацію «Основні принципи та особливості участі захисника на досудовому слідстві» А. М. Титова, у якій висвітлено комплекс теоретичних і практичних питань, пов'язаних із вивченням проблем участі захисника на досудовому слідстві. У цій роботі здійснено аналіз чинного законодавства України, що регламентує участь захисника в кримінальному процесі, з позицій міжнародних стандартів, визначено загальні засади діяльності захисників у кримінальних справах, а також особливості їхньої роботи під час залучення до кримінальної справи протягом досудового слідства та після його закінчення [213].

У 2006–2007 роках Т. В. Корчева захистила відповідно дисертацію та підготувала монографію з проблем діяльності захисника в досудовому провадженні й у суді першої інстанції. Авторка висвітлила нормативний зміст

конституційного принципу права громадян на судовий захист, розглянула обставини, що негативно позначаються на ефективності реалізації цього принципу; проаналізувала зміст права особи на правову допомогу захисника в кримінальному процесі; схарактеризувала процесуальне становище (статус) захисника в кримінальному процесі, зокрема як суб'єкта доказування в кримінальній справі й ступінь його процесуальної самостійності; дослідила проблеми, що постають у практичній діяльності захисника на стадії досудового розслідування і в суді першої інстанції; з'ясувала особливості правового регулювання діяльності адвоката-представника в кримінальному процесі та шляхи вдосконалення цієї діяльності; визначила процесуальні й непроцесуальні форми взаємодії, що складаються між особою, стосовно якої здійснюють захист, і захисником (адвокатом); окреслила роль моральних норм у формуванні взаємин захисника з підзахисним (клієнтом) [90; 91].

2006 року А. М. Бірюкова в кандидатській дисертації «Забезпечення адвокатурою конституційного права обвинуваченого на захист у кримінальному процесі України» висловила власну наукову позицію з питань визначення статусу адвоката в кримінальному процесі та запропонувала доповнити КПК України 1960 року статтею $44^1$ «Адвокат у кримінальному процесі» такого змісту: «Адвокатом у кримінальному процесі є особа, що має свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю, і яка надає правову допомогу особі, що не є суб'єктом права, а також захист відповідно до частини 1 статті 48 цього Кодексу, але у відношенні неї здійснюються окремі примусові заходи, або ця особа викликана дізнавачем, слідчим, прокурором або судом, як свідок. З моменту здійснення процесуальних дій, визначених у частині 1 цієї статті, відносно особи, якій адвокат надає юридичну допомогу, такий адвокат набуває статусу суб'єкта кримінального процесу й користується процесуальними правами й гарантіями, встановленими для адвоката-захисника в статті 48 цього Кодексу» [16, с. 15–16].

Продовжуючи цю тему, 2008 року Р. А. Чайка захистив кандидатську дисертацію «Участь захисника на досудовому слідстві», у якій дослідив становлення і розвиток правової регламентації інституту захисту в кримінальному

процесі України; проаналізував юридичний зміст принципу забезпечення права на захист від обвинувачення; обґрунтував положення щодо участі адвоката як захисника за вибором підозрюваного й обвинуваченого; визначив особливості захисту інтересів обвинувачених адвокатом за призначенням органів дізнання та досудового слідства; вивчив процесуальний статус фахівців у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи; дослідив питання участі інших осіб як захисників під час провадження дізнання та досудового слідства; проаналізував особливості здійснення захисту за окремими категоріями кримінальних справ (особи віком до 18 років; особи, які мають фізичні або психічні вади, під час провадження справ про застосування примусових заходів медичного характеру; особи, які не володіють мовою, якою ведеться судочинство) [238, с. 15].

Наступного року В. О. Попелюшко в докторській дисертації «Функція захисту в кримінальному судочинстві України: правові, теоретичні та прикладні проблеми» на підставі комплексного дослідження сформував теоретичну концепцію функції захисту та доктринально обґрунтував розв’язання проблем її реалізації в умовах реформування кримінально-процесуального законодавства України. Цей науковець акцентував особливу увагу на функції захисту як категорії кримінально-процесуального права, розглянув предмет реалібітації та практику його застосування, предмет захисту у справах, що вирішують за нереабілітуючими особу обставинами та нейтральними процесуальними підставами. Поза увагою цього автора не залишилися й актуальні на той час питання участі адвоката-захисника в доказуванні як засобу здійснення ним процесуальної функції захисту та адвокатського розслідування як самостійної роботи адвоката з доказами [159].

Цього ж 2009 року Є. І. Виборнова в кандидатській дисертації «Реалізація права на захист на стадії досудового слідства» розглянула історичний шлях розвитку інституту права на захист на стадії досудового розслідування; уточнила визначення поняття та зміст права на захист; визначила відповідність міжнародним стандартам українського законодавства щодо реалізації права на

захист на стадії досудового розслідування; дослідила поняття права на захист від обвинувачення і права на правову допомогу; висвітлила особливості дії права на захист у часі та просторі; встановила суб'єктів реалізації права на захист на стадії досудового розслідування; проаналізувала поняття та систему кримінально-процесуальних гарантій реалізації цього права на цій стадії; розглянула питання доступу до кваліфікованої правової допомоги та право на безоплатну правову допомогу; обґрунтувала необхідність розширення процесуальних прав захисника на ранніх стадіях кримінального процесу; аргументувала можливість і доцільність поширення сфери дії принципів змагальності та рівності сторін на стадію досудового розслідування [28].

Процесуальні аспекти реалізації прав та обов'язків окремих учасників обшуку у 2009–2010 роках розглянула в кандидатській дисертації та монографії О. Л. Булейко, у яких авторка досліджувала участь понятих у кримінальному процесі [20; 21].

Проблемні аспекти, пов'язані зі здійсненням захисту в кримінальному провадженні, 2010 року було висвітлено в таких кандидатських дисертаціях: Н. В. Борзих «Діяльність захисника щодо забезпечення прав і свобод підозрюваного та обвинуваченого в кримінальному процесі України», у якій ця авторка розглянула проблеми діяльності захисника й використання ним допомоги спеціалістів [18]; П. В. Кучевського «Діяльність адвоката у кримінальному процесі» [108], О. Г. Шнягіна «Реалізація функції захисту в кримінальному процесі України» [245].

У 2010–2012 роках посилену увагу проблемам діяльності адвоката в кримінальному провадженні приділено в наукових працях Я. П. Зейкана, С. Ф. Сафулько, О. Г. Яновської та інших відомих вітчизняних науковців і практичних працівників [65; 66].

У цей же період І. Ф. Літвінова захистила кандидатську дисертацію «Гарантії недоторканності житла чи іншого володіння особи у кримінальному процесі України» й опублікувала монографію «Забезпечення недоторканності житла чи іншого володіння особи в кримінальному процесі України». Заслуговує

на увагу запропонована цією авторкою класифікація груп правил, що безпосередньо регламентують дії слідчого й інших осіб, які беруть участь у проведенні низки процесуальних дій, зокрема обшуку: 1) правила, що визначають коло осіб, які беруть участь у цих діях; 2) правила, що встановлюють гарантії прав і законних інтересів їхніх учасників; 3) правила, що визначають зміст пошукових і пізнавальних операцій, а також умови, що забезпечують їх ефективність; 4) правила, що встановлюють форму засвідчення перебігу та результатів слідчих дій; 5) правила про заходи примусу, що забезпечують виконання учасниками цих дій своїх обов'язків [111; 112].

Аналогічні проблеми, однак з позицій норм матеріального права, дослідила 2012 року Ю. М. Жмур у кандидатській дисертації «Кримінально-правовий захист недоторканності житла в Україні» [58].

Визнаючи вагомий внесок зазначених та інших учених у розвиток наукових і практичних положень щодо участі адвоката в кримінальному провадженні, зокрема під час проведення обшуку, зауважимо, що ці наукові праці ґрунтуються на чинному в певний період вітчизняному й іноземному законодавстві та враховують стан правозастосовної практики до набуття чинності КПК України 2012 року.

Останніми роками було підготовлено значну кількість дисертацій та монографій з проблем участі адвоката в досудовому розслідуванні й визначення його ролі в збиранні доказів і забезпеченні процесу доказування. Насамперед це комплексні наукові дослідження, здійснені впродовж 2015–2017 років.

Зокрема, у своїй кандидатській дисертації «Реалізація інституту сприяння захисту у кримінально-процесуальному доказуванні» (2015) О. В. Малахова обстоює думку, згідно з якою одержані стороною захисту відомості слід визнавати доказами з моменту їх отримання (за умови належності та допустимості), їх необхідно досліджувати на тих самих умовах, що й докази зі сторони обвинувачення [115]. Крім цього, варто зауважити про монографію Л. Д. Удалової та О. В. Білоуса «Засада недоторканості житла чи іншого володіння особи у досудовому кримінальному провадженні» [228], дисертації О. В. Старенького

«Кримінальні процесуальні гарантії захисника як суб'єкта доказування у досудовому розслідуванні» [204] та Є. В. Смирнова «Участь захисника в реалізації процесуальних прав підозрюваного (обвинуваченого) у кримінальному провадженні» [200], у яких увагу приділено поміж іншого й обмеженню права на недоторанність житла чи іншого володіння особи під час проведення обшуку.

Проблеми реалізації недоторканності права власності під час досудового розслідування ґрунтовно досліджено в навчальному посібнику, підготовленому авторським колективом за загальною редакцією В. І. Галагана 2016 року. У цій роботі визначено зміст засади недоторканності права власності, її співвідношення з іншими засадами кримінального провадження, розглянуто механізм її реалізації під час здійснення СРД та НСРД, проведених як за ухвалою слідчого судді, так і без такого судового рішення [176].

Докторську дисертацію О. М. Скрябіна «Захисник в кримінальному процесі: нормативно-правове дослідження» (2017) присвячено комплексному дослідженню теоретичних, правових і прикладних проблем участі захисника в окремих стадіях кримінального провадження: на досудовому розслідуванні, у суді першої та апеляційної інстанцій. У цій праці визначено методологічне підґрунтя дослідження інституту захисту й аргументовано вибір системи пізнавальних засобів аналізу процесуального статусу, місця, ролі та функцій захисника в кримінальному провадженні, обґрунтовано авторське бачення історичних періодів становлення поняття «адвокат-захисник» в українському кримінальному процесі, здійснено нормативно-правовий їх аналіз, зазначено про доцільність підтвердження повноважень захисника в кримінальному провадженні безпосередньо адвокатом [199].

На наш погляд, заслуговує на увагу захищена цього самого року кандидатська дисертація І. В. Дубівки «Діяльність адвоката в стадії досудового розслідування». У цій роботі авторка уточнила поняття та зміст захисту в стадії досудового розслідування, особливості цього виду адвокатської діяльності в контексті загальних положень досудового розслідування; визначила систему засобів діяльності адвоката, що застосовують з метою захисту прав і законних

інтересів суб'єктів досудового розслідування, схарактеризувала особливості діяльності адвоката в досудовому розслідуванні; висвітлила сутність діяльності адвоката щодо надання правової допомоги свідку; обґрунтувала необхідність законодавчого визначення прав адвоката, який надає правову допомогу свідка, розширення процесуальних прав свідка щодо оскарження рішень, дій, бездіяльності слідчого, прокурора під час досудового розслідування [48].

2018 року І. В. Вегера-Іжевська у кандидатській дисертації «Забезпечення права на недоторканність житла чи іншого володіння особи в кримінальному провадженні» розглянула порушені у назві роботи проблеми, зазначаючи, що під час кримінального провадження право на недоторканність житла чи іншого володіння особи зазнає істотного обмеження внаслідок проведення СРД і НСРД. У цій роботі аргументовано, що обмеження участі адвоката виключно випадками проведення обшуку в житлі чи іншому володінні особи є лише частковим розв'язанням проблеми забезпечення права кожного на професійну правничу допомогу, гарантованого частиною першою статті 59 Конституції України. Адвокат має бути допущений слідчим, прокурором до участі в будь-якій слідчій дії, яку проводять у житлі чи іншому володінні особи, у зв'язку з чим сформульовано зміни до закону; доведено, що зазначення у статті 13 КПК України лише огляду й обшуку не відповідає меті гарантування права на недоторканність житла чи іншого володіння особи в кримінальному провадженні, оскільки будь-які процесуальні дії в житлі (НСРД, слідчий експеримент тощо) можуть здійснювати не інакше, як за вмотивованим судовим рішенням [24].

Серед останніх оприлюднених робіт слід виокремити колективну монографію «Правовий статус адвоката: проблеми теорії та практики». Її присвячено дослідженню незалежності адвоката як основоположної умови здійснення адвокатської діяльності; запропоновано новий концептуальний підхід до визначення сутності та структури правового статусу адвоката, а також порядку набуття конкретного його виду; висвітлено правовий зміст і співвідношення між незалежністю та самостійністю адвоката; сформульовано авторське визначення поняття «незалежний правовий статус адвоката» [61].

На відміну від попередньої роботи, присвяченої загальним питанням участі адвоката в провадженні, зокрема кримінальному, у кандидатській дисертації «Правові та організаційні засади обшуку у кримінальному провадженні» за результатами вивчення доктринальних і нормативних джерел М. В. Комарова сформулювала його визначення, згідно з яким обшук – це обґрунтована доказами СРД, сутність якої полягає в примусовому цілеспрямованому обстеженні окремих громадян, їхнього одягу й особистих речей, приміщень, різноманітних споруд, житла, робочих місць, транспортних засобів, ділянок місцевості, що знаходяться у віданні обшукуваної особи та членів її сім'ї чи якої-небудь організації, яу здійснює уповноважена на те особа з метою виявлення, фіксації та вилучення знарядь злочину, зброї, речей та цінностей, здобутих злочинним шляхом, а також предметів, документів і речових доказів, які мають значення в кримінальному провадженні, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних злочинців, трупів. У цій роботі з'ясовано підстави проведення обшуку в кримінальному провадженні, обґрунтовано, що достатні підстави для проведення обшуку – це обов'язкова наявність сукупності фактичних і юридичних підстав; узагальнено й обґрунтовано умови проведення обшуку в кримінальному провадженні, дотримання яких окреслено в законі та визначають допустимість отриманих доказів у подальшому розслідуванні.

Відповідно до позиції зазначеної авторки, залежно від етапу розслідування статус особи, в якої проводять цю СРД, може бути ще не визначений, однак у більшості випадків (86 % з проаналізованих авторкою кримінальних проваджень) обшук проводять у підозрюваного в житлі чи іншому його володінні; досліджено роль та умови залучення інших учасників (підозрюваний, захисник (адвокат), представник, поняті, спеціаліст та інші) під час проведення обшуку; висвітлено процесуальний порядок проведення обшуку в кримінальному провадженні [83]. Водночас слід зазначити, що в цій роботі увагу акцентовано лише на питанні допуску адвоката (захисника) до участі в проведенні обшуку, однак інші важливі аспекти діяльності захисника під час його участі в аналізованій СРД ґрунтовно не досліджено.

Більшість наукових статей присвячено різноманітним питанням проведення обшуку в житлі чи іншому володінні особи й окремим аспектам його проведення та участі в ньому захисника–адвоката. Зокрема, у цих публікаціях увагу зосереджено на загальних проблемних питаннях проведення цього виду обшуку [37, с. 141–149; 79, с. 379–385]; висвітлено питання забезпечення дотримання прав громадян, у яких проводять обшук, і недопущення можливих їх порушень стороною обвинувачення [80, с. 118–129; 203; 232], питання допуску адвокатів до участі в проведенні обшуку [41; 145; 195, с. 41–44], особливостей проведення обшуку в приміщеннях адвокатів [60, с. 58–61; 146] та щодо інших актуальних питань, пов'язаних із цією проблемою. З'ясовано важливі аспекти процесуальної діяльності захисника під час проведення обшуку в підзахисної особи [191; 208, с. 77–84; 243, с. 106–115] й участі адвоката з метою надання кваліфікованої правової допомоги особі, яка має інший, ніж підозрюваний, процесуальний статус [23, с. 143–147; 214, с. 369–376].

Крім цього, в оприлюднених публіцистичних матеріалах містяться поради адвокатів, спрямовані на дотримання прав громадян під час проведення такої складної та конфліктної СРД, як обшук [38; 46; 177].

Привертає увагу та обставина, що в цих та інших підручниках, навчальних посібниках, дисертаціях, монографіях, наукових статтях та публіцистичних матеріалах досить докладно висвітлено процесуальний порядок і тактичні рекомендації щодо проведення обшуку насамперед стороною обвинувачення – слідчим, прокурором. У нормах глави 20 КПК України детально визначено поняття, види, фактичні та юридичні підстави, склад учасників проведення обшуку, процесуальний порядок підготовки клопотання до слідчого судді, його розгляду й виконання, вилучення об'єктів пошуку, фіксація ходу та результатів обшуку тощо. Лише окремі методологічні аспекти в зазначених публікаціях присвячено діяльності сторони захисту під час проведення обшуку. Водночас обшук – складна й самобутня СРД, підготовка й проведення якої передбачає постійну готовність як сторони обвинувачення, так і сторони захисту, до якої належить захисник. Його діяльність під час проведення обшуку полягає

у своєчасному прибутті на місце проведення обшуку й активній участі в ньому та спрямована на дотримання прав та законних інтересів осіб, у яких проводять обшук (підозрюваного, свідків чи третіх осіб), з одного боку, і дотримання процесуального порядку обшуку, правильну фіксацію та вилучення його об'єктів особами, які його проводять, з іншого. З огляду на специфіку проведення обшуку, потребують переосмислення й належного врегулювання концептуальні положення щодо визначення складу його учасників, встановлення їхніх прав і обов'язків та механізму їх реалізації, зокрема у випадку, коли особа бажає скористатися юридичною допомогою захисника. У цьому разі, відповідно до частин 1, 3 статті 236 КПК України, слідчий зобов'язаний допустити захисника чи адвоката для участі в проведенні обшуку та надання кваліфікованої правової допомоги його учасникам. Водночас низку проблем, пов'язаних із таким допуском та участю захисника під час проведення обшуку, наразі в науковій та навчально-методичній літературі досі не висвітлено, не мають вони належного унормування і в КПК України, що забезпечило б усунення наявних неузгодженостей і суперечностей. Ці та інші проблеми забезпечення стороною захисту прав і законних інтересів учасників обшуку в Україні, що розглянуто в проаналізованих наукових працях, не втратили актуальності дотепер, потребують свого подальшого ґрунтовного дослідження та вирішення на законодавчому рівні.

Під час підготовки дисертації ми провели анкетування 101 слідчого органів досудового розслідування Національної поліції України та 98 адвокатів з питань проведення обшуку на стадії досудового розслідування. На питання, чи належним чином, відповідно до статті 236 КПК України, урегульовано процесуальний порядок проведення обшуку, отримано неоднакові відповіді. Зокрема, більшість слідчих – 54,46 % – зазначили, що цю СРД детально унормовано в КПК України (серед адвокатів питома вага під час відповіді на це питання становить лише 28,6 %); 24,75 % слідчих і 25,5 % адвокатів вважають, що процесуальний порядок проведення обшуку чітко не визначено, однак це не впливає на його хід та результати; на думку 20,79 % проанкетованих слідчих, порядок проведення обшуку визначено лише в загальних рисах, що не сприяє

об’єктивності його проведення (саме таку відповідь надали 45,9 % адвокатів) (додатки А, Б). Результати аналізу відповідей на поставлене запитання наочно засвідчують різні позиції представників сторони обвинувачення та захисту на проблеми нормативного врегулювання процесуального порядку проведення обшуку та потребу його подальшого суттєвого вдосконалення.

## 1.2. Генеза правової регламентації та відповідність нормам міжнародного права забезпечення прав та законних інтересів учасників обшуку

Етапи розвитку обшуку як СРД, його самостійної регламентації та закріплення, а також становлення інституту адвокатури як суб’єкта забезпечення прав і законних інтересів учасників обшуку стороною захисту вже були предметом розгляду вітчизняних науковців.

Наприклад, М. В. Комарова, аналізуючи історичний розвиток інституту обшуку в кримінальному процесі, виокремлює основні етапи його становлення:

1. Період князювання Олега (882–912) – окремі аспекти обшуку.

2. Правління великого князя московського Івана III (1462–1505) – Статутна Білозерська грамота 1488 року; Судебник 1497 року.

3. Правління Івана Грозного (1530–1584) – Судебник 1550 року; Статутна книга розбійного наказу 1555 року.

4. Правління Олексія I Михайловича Романова (1645–1676) – «Соборне укладення» або «Соборне уложення» 1649 року.

5. Період судової реформи 1864 року в Російській імперії – Статут кримінального судочинства 1864 року.

6. Період Жовтневої революції – Декрет РНК РРФСР від 24 листопада 1917 року «Про суд».

7. Період кінця XIX – початку XX століття – КПК 1922–1923 років, 1960 року.

8. Чинне законодавство – КПК України 2012 року [82, с. 58–61].

Професійна адвокатура в Україні почала формуватися в період польсько-литовської доби (XIV–XVI століття). З'явився новий тип захисника – «прокуратор», або «речник» [240, с. 32], що було зумовлено запровадженням магдебурзького права, а згодом – прийняттям Литовського статуту, який діяв на українських землях в трьох редакціях (1529-го, 1566-го та 1588 року) до 1842 року. Третій Литовський статут у розділі IV встановив, що захисником може бути кожна вільна людина (навіть не шляхтич), за винятком духовних осіб, і судового персоналу замкових і земських судів у своїх округах. Прокуратор повинен був подати судді засвідчений письмовий документ на право представляти інтереси сторони. Якщо ця сторона була присутня в суді, то вона лише усно це підтверджувала. Було передбачено залучення спеціального урядового захисника для убогих людей, вдів і сиріт, які не могли самі себе захищати. Встановлювали суворі санкції за порушення захисником адвокатської етики – від позбавлення права займатися адвокатською діяльністю до смертної кари [205].

Упродовж XV–XIX століть адвокатура поступово ставала на самостійний шлях, було сформовано таку її організацію, яку вона має і сьогодні.

Норми Литовського статуту і магдебурзького права діяли й у період Гетьманщини, однак у тогочасній Україні вони не могли знайти повного застосування. 1743 року було завершено кодифікацію українського права, унаслідок чого розроблено проект кодексу українського права «Права, по которым судится малороссийский народ». Цей законопроект так і не був прийнятий царським урядом, проте його застосовували на практиці. У зазначеному Кодексі вперше вжито термін «адвокат», або «повірений», причому було регламентовано, що «адвокат, пленипотент, патрон, прокуратор и поверенный называется тот, который в чужом деле, с поручения чьего, вместо его, в суде обстоует, ответствует и росправляется» [196, с. 18]. «Права» уперше передбачили також обов'язкову реєстрацію професійних адвокатів у судах, де вони виявили бажання працювати, й обов'язок скласти присягу. Крім професійних адвокатів, в окремих випадках до судового захисту допускали непрофесійних захисників (батьків,

опікунів, визначених судом, обраних за бажанням сторін). До адвокатів пред'являли високі вимоги: це мали бути чоловіки без будь-яких відхилень, повнолітні, християни, розумово й фізично дужі, світського стану. Нехристияни могли захищати тільки своїх одновірців, а духовні особи – лише духовних, церкви, монастирі. Адвокатською діяльністю не могли займатися судові службовці у своїх округах [147, с. 26]. У «Правах» досить чітко було сформульовано поняття та окреслено громадську роль адвоката, етичні вимоги, що пред'являли до нього, обов'язки, принципи оплати адвокатської праці, відповідальність адвоката за порушення службових обов'язків.

Розгляд генези правової регламентації забезпечення прав та законних інтересів учасників обшуку стороною захисту, на наш погляд, слід розпочати з прийнятого 1864 року й чинного на той час на теренах України Статуту кримінального судочинства (СКС). Саме із цього часу адвокатуру в Україні було запроваджено як самостійний правовий інститут, унаслідок чого на законодавчому рівні було закріплено право обвинуваченого на захист. У статтях 105–111, 258–259, 267, 357–370 СКС уже йшлося про обшук як слідчу дію. Цікаво, що розгорнутий коментар до цього нормативного акта був підготовлений відомим адвокатом А. Ф. Коні. У нормах СКС було зазначено, що обшук як у житлових, так і нежитлових приміщеннях проводили лише в разі обґрунтованої підозри, що там заховані обвинувачений, речові докази, знаряддя злочину. Обшуки проводили мировий суддя чи у виняткових випадках за його дорученням чини поліції, коли він особисто через поважні причини не міг їх провести. У постанові мирового судді мали бути зазначені підстави, що стали причиною доручення чинам поліції проводити обшук. Під час визначення випадків, у яких суддя може доручити поліції проводити слідчі дії, увагу акцентували на низькому рівні освіченості, а отже, і надійності підвідомчих мировому судді переважно сільських поліцейських чинів. Тож суддя міг доручати поліції провадження слідчих дій та дізнання лише в означених виняткових випадках. За суддею було залишено обов'язок особисто перевіряти отримані поліцією докази. Цікавим є положення про обов'язкову присутність

двох понятих, яких запрошували, здебільшого, власники помешкань, а також церковні старости та представники волостей. Обов'язковою вважали присутність господаря або його дружини чи будь-кого з дорослих, які мешкають у цьому приміщенні. Без дозволу не допускали сторонніх громадян туди, де проводили обшук. Проводили його вдень, а в разі необхідності могли проводити й уночі, однак про причини, які зумовили таку невідкладність, мало бути зазначено в протоколі [85, с. 203–206]. Окремими видами обшуку розглядали проведення його з приміщень дипломатичних та іноземних установ за погодженням з Міністерством закордонних справ; із приміщень церков, казарм, монастирів, вчених общин, навчальних закладів і молитовних домів за присутності їх керівників; із помешкань імператора та його родини лише за згодою придворного начальника [85, с. 486–488].

Стосовно дотримання прав особи безпосередньо під час проведення обшуку слід зазначити, що після Жовтневого перевороту 1917 року в Конституції Української Народної Республіки право на недоторканність житла було окремим предметом правового регулювання. Його було закріплено в статті 15 Конституції Української Народної Республіки (Статуті про державний устрій, права і вільності УНР), у якій йшлося, що «домашнє огнище» визнають недоторканим. Жодна ревізія не може відбутися без судового наказу. У невідкладних випадках органи правової охорони можуть порушувати недоторканність і без судового наказу, однак і в цьому випадку на вимогу громадянина судовий наказ має бути доставлений протягом 48 годин після завершення перевірки [206, с. 49–61].

Згодом на території сучасної України діяла Інструкція для народних слідчих (Інструкція), що визначала порядок провадження в кримінальних справах. У статтях 107–122 глави 5 цієї Інструкції йдеться про речові докази, зокрема – про способи їх формування, серед яких виокремлювали обшук. У статті 185 цього документа було передбачено, що в постановах народного слідчого про проведення обшуку необхідно зазначати мету проведення цієї слідчої дії, умови місця та часу, осіб, які повинні брати участь і безпосередньо їх

проводити [67, с. 287–289, 298]. Отже, ця Інструкція регламентувала обшук як слідчу дію та один зі способів збирання доказів, однак порядок її проведення визначала не досить детально.

За радянських часів в Україні було прийнято декілька Конституцій (1919-го, 1929-го, 1937-го, 1978 року), однак право на недоторканність житла було встановлено в тексті Основного Закону лише в статті 127 Конституції УРСР 1937 року, де було задекларовано, що недоторканність житла громадян і таємниця листування охороняються законом. Терміну «гарантується» стосовно цього права було вперше застосовано у статті 53 Конституції УРСР 1978 року, де було зазначено, що громадянам гарантовано недоторканність житла. Ніхто не має права без законної підстави ввійти в житло проти волі осіб, які мешкають у ньому.

Отже, інститут захисту в XX столітті в нашій країні було унормовано по-різному. Зокрема, під час громадянської війни 1918–1920 років було прийнято нормативні акти, які фактично ліквідували інститут адвокатури в Україні (постанова Народного секретаріату від 4 січня 1918 року «Про введення народного суду» [168, с. 68–69]; Положення про революційні трибунали, затверджене 23 лютого 1918 року [157]; Декрет Ради Народних Комісарів України від 14 лютого 1919 року «Про суд»; Тимчасове положення про народні суди і революційні трибунали УСРР, прийняте Раднаркомом України 14 лютого 1919 року [212]; Декрет Раднаркому України від 16 квітня 1919 року «Про трудову повинність спеціалістів по судовій частині» [175]. Згідно із цими документами, в Україні було організовано колегії правозаступників, членів яких обирали з-поміж громадян, що відповідали вимогам, встановленим для виборців, вони перебували на державній службі. Питання про допуск захисника до участі в досудовому слідстві було віднесено на розгляд слідчого.

У цей період в Україні розпочалося активне втручання державних органів у діяльність адвокатури та її керівництва, що мало різні форми. Нарком юстиції УРСР М. О. Скрипник виступав проти надання адвокатурі автономії, за встановлення судового нагляду за нею [196, с. 29].

Крім цього, адвокатуру було політизовано, вона керувалася насамперед не інтересами клієнта, а політичними інтересами. Це призвело до правової незахищеності громадян, зокрема, у політичних процесах в Україні, де захист перетворився на формальну процедуру [74, с. 15].

Прослідкувавши хронологію становлення кримінально-процесуального законодавства, а саме норм щодо проведення обшуку, слід зазначити, що з 1922 року в статті 178 КПК УРСР було передбачено: коли слідчий має достатні підстави вважати, що в якому-небудь приміщенні чи в будь-якої особи знаходяться предмети, що мають значення для кримінальної справи, він має право пред'явити вимогу про видачу цих предметів і проводить виїмку. У разі якщо особа відмовляється їх видати, слідчий проводить примусове вилучення або обшук, складаючи про це постанову, а за результатами – протокол. Керівники державних установ, об'єднань й організацій та громадяни не мають права відмовитися від пред'явлення і видачі названих слідчим предметів та документів чи їх копій [224, с. 23–24]. Тож можна констатувати, що з 1922 року в Україні вже існували такі слідчі дії, як обшук і виїмка. Проте зміст зазначеної статті, слушно зауважує А. В. Чуб, дає підстави для висновку, що законодавець їх практично ототожнив, вважаючи обшук логічним завершенням безрезультатної виїмки. Крім цього, не було розмежовано процесуальні підстави для прийняття рішення про проведення обшуку або виїмки, з чим важко погодитися з огляду на самостійність зазначених слідчих дій [239, с. 20].

2 жовтня 1922 року після обговорення Всеукраїнським Центральним виконавчим комітетом було прийнято законопроект про реформування колегій правозаступників – Положення про адвокатуру УРСР [154]. На його підставі Наркомат юстиції УСРР 14 листопада 1922 року затвердив Інструкцію про організацію губернських колегій захисників при губрайнарсудах [72, с. 121–123], а 27 грудня 1922 року – Положення про консультації для надання юридичної допомоги населенню, що організовували колегії захисників [156].

Відповідно до цих документів було створено нові адвокатські органи, які мали ширші права самоврядування. Водночас Наркомат юстиції було наділено

надзвичайно широкими повноваженнями щодо контролю за діяльністю колегій захисників.

Колегії захисників з перших років існування намагалися зміцнити авторитет своєї професії. Зокрема, 1923 року Київська колегія захисників прийняла звернення до членів колегії, яке визначало норми професійної етики [27, с. 386–387]. Харківська губернська колегія захисників 1926 року звернулася до Раднаркому УСРР з пропозицією змінити назву «колегія захисників» на колегію адвокатури. Проте у зв'язку з негативним ставленням до дореволюційної та іноземної адвокатури цю пропозицію не було підтримано [196, с. 34].

Наприкінці 20-х років XX століття висловлювали різко негативні думки щодо цього кримінально-процесуального інституту. З рішучими запереченнями проти участі захисника на досудовому слідстві виступив А. Я. Вишинський, мотивуючи це недостатньо високою і довершеною технікою слідчого апарату, з одного боку, й неможливістю очікувати ідеально суспільного підходу у виконанні прийнятого на себе обов'язку захисту – з іншого [29, с. 163].

У цей час серед юристів розгорнулася дискусія щодо шляхів реорганізації колегій захисників, унаслідок чого сформувалося п'ять основних позицій: 1) необхідно скасувати інститут адвокатури й запровадити колегії правозаступників, яких утримувати за рахунок держави; 2) час для остаточного одержавлення адвокатури ще не настав, і тому колегії захисників слід реорганізувати в інститут державної адвокатури зі скасуванням приватних кабінетів і запровадженням державних адвокатських контор на засадах держрозрахунку та самоокупності; 3) перетворення адвоката на державного чиновника суперечить основній ідеї адвокатури, однак у зв'язку з необхідністю юридичного обслуговування державних і колективних установ необхідно створити кооперативні артілі адвокатів із самостійними адвокатськими конторами; 4) юридичні консультації слід реорганізувати в колективні кабінети захисту, які поступово витіснять наявну індивідуальну форму діяльності адвоката; 5) доцільно залишити існуючу форму організації колегій захисників [8, с. 10–13].

У цей час було затверджено КПК УСРР 1927 року, проте норм, які безпосередньо закріплювали б принцип недоторканності житла, у ньому не було. Натомість було передбачено інший порядок проведення обшуку, ніж у попередньому КПК УСРР. У статті 173 цього Кодексу було зазначено, що в разі необхідності проведення в якому-небудь приміщенні чи особи обшуку або виїмки предметів, що мають або можуть мати значення для справи, про це складають мотивовану постанову, а слідчий пред'являє вимогу про видачу цих предметів, проводячи за необхідності обшук чи виїмку в примусовому порядку. Коли слідчому стане відомо, що в користуванні будь-якої особи чи установи є предмети чи документи, що можуть бути доказами у справі, тобто речові докази, він має право їх вилучити для долучення до справи. Якщо на вимогу слідчого особа чи установа, у віданні яких знаходяться необхідні для справи предмети чи документи, добровільно їх не видає, то слідчий має право вилучити їх примусово [225, с. 146–147]. Отже, законодавець почав розмежовувати такі слідчі дії, як обшук і виїмка, окресливши фактичні та юридичні підстави їх проведення. Однак привертає увагу та обставина, що в разі виявлення під час обшуку необхідних доказів слідчий проводить їх виїмку, що не цілком відповідає сучасному розумінню зазначених слідчих дій. У КПК УСРР 1927 року не розмежовано обшук і виїмку як окремі самостійні слідчі дії. Натомість вважалося, що обшук у будь-якому випадку, коли слідчий знайде необхідні предмети чи документи, стає виїмкою. Така позиція видається не цілком послідовною, адже законодавець того часу ще чітко не визначав обшук і виїмку як дві самостійні слідчі дії, що мають різні підстави проведення, об'єкти пошуку й інші відмінності, а тому розгляд виїмки фактично як складової проведення обшуку є прогалиною такого підходу [239, с. 21].

Порівнюючи КПК УСРР 1922-го та 1927 років, які свого часу були доволі прогресивними джерелами кримінального процесу і щодо гарантій прав осіб, і щодо суспільної необхідності протидії злочинності, серед нововведень і доповнень можна зазначити встановлення права слідчого не лише відкривати замкненні приміщення в разі відмови власника добровільно їх відкрити, а й

відкривати їх за відсутності власника, намагання розмежувати виїмку та обшук без визначення чіткої відмінності між ними, розвиток інституту вилучення майна шляхом детальної регламентації обшуку та виїмки як засобів вилучення майна.

Проте суттєвим недоліком цих законів було заперечення ролі суду в прийнятті рішень про проведення обшуку, тобто обмеження права особи залишалося без попередньої перевірки, правові й політичні реалії того часу призвели до того, що 1934 року при НКВС було створено Особливу нараду, яка діяла поза процесуальним порядком і не була обмежена суворими межами закону. У цей період стало можливим проведення обшуку без постанов, ордерів і понятих [75, с. 89].

Водночас унаслідок дискусії 12 вересня 1928 року колегія Нарком'юсту УРСР прийняла постанову «Про реорганізацію колегій захисників» [136, с. 609], згідно з якою роботу членів колегій захисників було переведено на колективні форми організації, а приватну адвокатську практику було ліквідовано.

У новому Положенні про судоустрій від 11 вересня 1929 року [158] було передбачено, що колегії захисників перебувають при окружних судах і діють як на підставі цього Положення, так і на підставі наказів та розпоряджень Нарком'юсту України. 20 жовтня 1929 року Нарком'юст УРСР затвердив Положення про колективні форми роботи колегій захисників [155].

За першими підсумками ліквідації приватної адвокатської практики та переходу колегій захисників на колективні форми праці вважалося, що цей досвід себе виправдав. У юридичних виданнях того часу зазначали, що колективні методи діяльності колегій захисників надали можливість усунути з їх складу «чужі» елементи (було виключено 14 % від загальної кількості членів колегій) [27, с. 386–387], розширити коло громадян, яким надавали юридичну допомогу, сконцентрувати в колективах усю роботу з правового обслуговування державних установ й організацій. Юридичні консультації було перетворено на держрозрахункову бригаду, а консультаціям було надано фінансовий план, який передбачав контрольну суму прибутків. Така система фактично проіснувала до 90-х років XX століття.

Після прийняття 5 грудня 1936 року Конституції (Основного Закону) СРСР 16 серпня 1939 року Раднарком СРСР затвердив Положення про адвокатуру СРСР від 16 серпня 1939 року [152]. У цьому документі було визначено завдання адвокатури, керівництво її діяльністю, структуру й порядок прийому та виключення з колегії адвокатів, дисциплінарну відповідальність. Насамперед слід акцентувати увагу на відсутності в Положенні терміна «захисник» і введення термінів «адвокатура» й «адвокат». Відновлення цих термінів було схвально оцінено в колах працівників юстиції [49, с 56].

Однак місце і роль адвокатури було зведено нанівець унаслідок прийняття деяких нормативних актів, які обмежували права громадян. До прикладу, у постанові Президії Центрвиконкому СРСР від 1 грудня 1934 року «Про порядок ведення справ з підготовки або вчинення терористичних актів» [135] було усунуто навіть участь захисника в суді. Негативну роль відігравали також «особлива нарада», «трійки», «двійки», які розглядали справи без адвоката [202, с. 619].

У квітні 1956 року Міністерство юстиції СРСР визнало за необхідне переглянути чинне Положення про адвокатуру СРСР, унаслідок чого відділ адвокатури цього Міністерства розробив новий проект Положення. Однак законодавець пішов шляхом децентралізації адвокатури – у грудні 1958 року Верховна Рада СРСР затвердила Основи законодавства про судоустрій Союзу РСР, союзних і автономних республік [141], Основи кримінального законодавства Союзу РСР і союзних республік [143], Основи кримінального судочинства Союзу РСР і союзних республік [144].

Реформа вітчизняного законодавства, розпочата наприкінці 50-х років XX століття, була спрямована на подолання наслідків культу особи. 1958 року в Основах кримінального судочинства Союзу РСР і союзних республік було встановлено, що обшук можуть проводити за постановою органу дізнання або слідчого й лише на підставі санкції прокурора (частина 1 статті 35 Основ) за обов'язковою участю понятих. У випадках, що не допускають зволікання, слідчий міг провести обшук без санкції прокурора, проте з подальшим повідомленням його протягом 24 годин про здійснення слідчої дії (частина 2

статті 35 Основ). Законодавча вимога про санкціонування обшуку, зазначає М. В. Комарова, посилаючись на роботу низки науковців, була помітним кроком у зміцненні законності, ставши перешкодою для необгрунтованого вторгнення у сферу особистого життя громадян [83, с. 35].

28 грудня 1960 року Верховна Рада УРСР прийняла нові Кримінальний коденк (КК) та КПК, ввівши їх у дію з 1 квітня 1960 року [170; 171]. Ці нормативні акти стали правовим підґрунтям для низки змін у правовому статусі адвокатури. Зокрема, участь адвоката стала можливою під час розгляду будь-якої кримінальної справи вже на стадії попереднього розслідування з моменту оголошення особі про закінчення слідства та пред'явлення йому для ознайомлення всіх матеріалів справи. Було передбачено й певні винятки. До прикладу, у справах про злочини неповнолітніх та осіб, які через свої фізичні чи психічні вади не могли самі здійснювати своє право на захист, захисника допускали з моменту пред'явлення обвинувачення, а перелік випадків обов'язкової участі захисника під час розгляду справ у суді розширили.

Проведення обшуку було врегульовано в статті 177 КПК України 1960 року, відповідно до якої правовою підставою для проведення обшуку була постанова слідчого, санкціонована прокурором, а обов'язковою умовою проведення обшуку – наявність достатніх підстав вважати, що знаряддя злочину, речі й цінності, здобуті злочинним шляхом, а також інші предмети і документи, які мають значення для встановлення істини у справі чи забезпечення цивільного позову, знаходяться в певному приміщенні або місці чи в якої-небудь особи. У невідкладних випадках обшук міг бути проведений без санкції прокурора, проте з подальшим повідомленням про його результати протягом доби. Згідно зі статтею 181 цього Кодексу, обшук проводили в присутності не менше ніж двох понятих та особи, яка перебувала в приміщенні, у разі її відсутності – представника домоуправління або місцевої ради депутатів трудящих [105, с. 72–73]. Відповідно до загальної норми частини четвертої статті 44 цього Кодексу, захисника допускали до участі в справі в будь-якій стадії процесу. Водночас у спеціальній нормі участь захисника не було врегульовано. Це надає підстави

стверджувати, що вимога запрошувати захисника для участі в обшуку законодавчо не була встановлена.

У серпні 1972 року Указом Президії Верховної Ради УРСР «Про внесення змін і доповнень до Кримінально-процесуального кодексу Української РСР» була розширена участь захисників на попередньому слідстві. Тепер захисник мав змогу брати участь у будь-якій справі з моменту пред'явлення обвинувачення, якщо прокурор винесе відповідну постанову [169].

Про ефективність діяльності адвокатури на той час не йшлося через нівелювання принципів демократії, порушення прав людини, декларативність основних законодавчих актів. Як у теорії кримінального процесу, так і в практичній діяльності слідчих підрозділів абсолютним був пріоритет захисту державних і суспільних інтересів перед правами громадянина та конкретної особи. Це була офіційна позиція держави, яку було безпосередньо втілено в Конституції СРСР 1977 року, в тексті якої основні права та свободи громадян розміщено в главі 7 після викладу положень про політичну й економічну системи, соціальний розвиток і культуру тощо.

20 квітня 1978 року Верховна Рада УРСР прийняла нову Конституцію УРСР, в якій фактично було продубльовано положення Конституції СРСР 1977 року. У Конституції УРСР було зазначено, що для надання юридичної допомоги громадянам й організаціям діють колегії адвокатів [87]. У зв'язку зі зміною законодавства було прийнято нове Положення про адвокатуру, затверджене Верховною Радою УРСР 1 жовтня 1980 року [153, с. 140–142].

Визначаючи співвідношення прав учасників кримінального процесу й суспільних інтересів, слід зауважити, що за загальним правилом особисті інтереси було визнано такими, що заслуговують задоволення, і тому їх закріплено в законі у вигляді гарантованих суб'єктивних прав, якщо вони відповідали суспільним інтересам або не суперечили їм. Інші особисті інтереси законом не були визначені й, відповідно, жодним захистом з боку держави не були забезпечені.

Загалом політичний режим в Україні часів радянської влади не утверджував цінність особистості, що безпосередньо відображалося на

спрямованості й змісті кримінального процесу, зокрема КПК України і практиці його застосування.

У другій половині 80-х років XX століття було здійснено перші кроки щодо оновлення правових засад державного й суспільного життя України. 13 листопада 1989 року Верховна Рада СРСР прийняла нові Основи законодавства Союзу РСР і союзних республік про судоустрій [142], відповідно до яких було значно розширено сферу діяльності адвоката. Тепер його участь була гарантована вже на попередньому слідстві з моменту затримання, арешту чи пред'явлення обвинувачення. Розширено й перелік випадків обов'язкової участі захисника на попередньому слідстві, а також процесуальні права захисника.

У зв'язку з переходом економіки країни на ринкові відносини та запровадженням різноманітних форм власності змінилися й форми юридичної допомоги підприємствам, установам, організаціям та окремим особам. Гостро постала проблема організаційного оформлення адвокатури, що, зрештою, вирішило б питання її незалежності. У зв'язку з цим 20–22 вересня 1990 року в м. Києві відбувся установчий з'їзд адвокатів республіки, на якому було утворено Спілку адвокатів України – незалежну, самоврядну організацію, метою якої відповідно до прийнятого з'їздом статуту стало об'єднання зусиль адвокатів республіки в напрямі формування демократичної правової держави, підвищення рівня юридичної допомоги, що надається громадянам, установам, організаціям, зокрема іноземним фізичним і юридичним особам, ролі й авторитету адвокатури в суспільстві й державі, сприяння законодавчому закріпленню індивідуальної, приватної адвокатської діяльності, досягнення адвокатурою повної самостійності та самоврядування, захист адвокатурою професійних прав і соціальних інтересів адвокатів, їх честі й гідності, поширення історичних традицій української адвокатури, розвиток і поглиблення міжнародних зв'язків адвокатів тощо [74, с. 58].

19 грудня 1992 року Верховна Рада України прийняла Закон України «Про адвокатуру», який мав на меті посилити роль адвокатури в суспільстві як одного з гарантів забезпечення конституційних прав і свобод громадян [164].

28 червня 1996 року було прийнято Конституцію незалежної Української держави, в якій дістали закріплення принципи недоторканності особи, приватного життя та житла (статті 29, 30, 32). У статті 30 Основного Закону кожному гарантовано недоторканність житла. Не допускається проникнення до житла чи іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше, як за вмотивованим рішенням суду. У невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину, можливий інший, встановлений законом, порядок проникнення до житла чи іншого володіння особи, проведення в них огляду й обшуку.

Крім цього, стаття 59 Конституції України гарантує кожному право на професійну правничу допомогу. У частині 1 статті $131^2$ Основного Закону держави проголошено існування в Україні одного з найважливіших правових інститутів – адвокатури, основними завданнями якої є надання професійної правничої допомоги.

Отже, зміни, пов'язані з прийняттям Конституції України, актуалізували зміни й в кримінальному процесуальному законодавстві, результатом цього стало прийняття 13 квітня 2012 року КПК України, що є чинним дотепер.

Важливим досягненням сучасного кримінального процесуального законодавства та правозастосовної практики в Україні є імплементація міжнародних стандартів і демократичних правових інститутів, спрямованих на зміцнення гарантій дотримання прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження. Серед них – поширення засади змагальності на досудову стадію кримінального процесу, визначення сторін кримінального провадження та їхнього процесуального статусу, право особи на отримання кваліфікованої правової допомоги, розширення правових інструментів для здійснення функцій захисту й представництва як видів адвокатської діяльності, зокрема під час проведення такої СРД, як обшук.

Відповідність кримінального процесуального права України міжнародно-правовим нормам і стандартам передбачає вдосконалення чинного законодавства

держави шляхом запозичення низки правових інститутів та збагачення правової культури, окреслення напрямів усунення прогалин у чинному КПК України.

Істотний вплив на зміцнення гарантій прав і свобод особи в кримінальному провадженні, зокрема під час проведення обшуку, в більшості сучасних країн світу справила Загальна декларація прав людини, прийнята Генеральною Асамблеєю ООН від 10 грудня 1948 року. Всі її 30 статей так чи інакше пов'язані із захистом прав і законних інтересів особи під час обшуку. Право на недоторканність житла є невід'ємною частиною тих джерел права, які становлять основу сучасної цивілізованої правової системи. Декларація була одним із перших документів ООН, який встановив стандарт для всіх держав під час розробки правових норм щодо недоторканності житла. Зокрема, у статті 12 Декларації передбачено: «Ніхто не може зазнавати безпідставного втручання в його особисте і сімейне життя, безпідставного посягання на недоторканність його житла... Кожна людина має право на захист закону від такого втручання або таких посягань» [62]. Ці положення концептуально було відтворено в подальших міжнародно-правових документах. До прикладу, у статті 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (КЗПЛ) від 4 листопада 1950 року закріплено право кожного на повагу (to respect) до приватного і сімейного життя, житла, кореспонденції. Зазначено, що органи державної влади не можуть втручатися в реалізацію цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюють згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або прав і свобод інших осіб [84]; у статті 17 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 року (Пакт) встановлено заборону на свавільне та незаконне посягання на житло [124]. У Декларації заборонено безпідставне посягання на недоторканність житла, а в контексті аналогічної норми Пакту йдеться про заборону свавільного та незаконного посягання на житло. Ці термінологічні розбіжності стали підставою для того, щоб ООН у Зауваженнях загального порядку № 16 до статті 17 Пакту щодо права

на приватне життя розтлумачило зміст окремих термінів, зазначивши, що термін «незаконне» означає, що втручання взагалі не може бути допустимим, за винятком випадків, передбачених законом. Таке втручання дозволено лише на підставі закону, який повинен своєю чергою відповідати положенням, цілям і завданням Пакту. Поняття «безпідставне» також пов'язане із захистом права, передбаченого статтею 17 Пакту, поширюється й на втручання, що дозволене законом. Введення критерію «безпідставності» має забезпечити, щоб навіть втручання, допущене законом, відповідало положенням, меті й завданням Пакту, у будь-якому випадку було обґрунтоване конкретними обставинами [63].

Чинні міжнародні договори та КЗПЛ покладають на держав-учасниць низку основних обов'язків щодо поваги та захисту прав громадян, зокрема у сфері правоохоронної діяльності. Передусім зазначене стосується гарантій права на недоторканність особи, її приватного життя та житла тощо.

Після ратифікації КЗПЛ громадяни України отримали ще одну можливість захисту своїх прав на міжнародному рівні – право на звернення зі скаргою до ЄСПЛ. Водночас постало чимало проблем, пов'язаних із визначенням місця КЗПЛ у правовій системі України, тлумаченням її норм ЄСПЛ, дією його рішень у часі й просторі, легальним перекладом цих рішень, обов'язковістю для рішень, винесених щодо інших держав тощо [77, с. 140–141]. Крім цього, потребують вдосконалення національні механізми виконання рішень ЄСПЛ. В Україні скоординовані й ефективно сприяють виконанню відповідних рішень цього Суду на національному рівні певні механізми, впроваджені нещодавно [53, с. 65].

Теоретичні аспекти визначення місця КЗПЛ й рішень ЄСПЛ у внутрішньому законодавстві України ґрунтуються на положеннях статей 8, 9 Конституції України, законів України «Про міжнародні договори України» від 29 червня 2004 року № 1906-IV [172] і «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 року № 3477-IV [167]. На підставі аналізу й зіставлення норм цих міжнародних актів і Конституції України та КПК України можна констатувати, що таку СРД, як обшук, проводять у нашій країні відповідно до вимог міжнародного права.

Відповідно до статті 1 Декларації, всі люди є вільними та рівними у своїй гідності та правах. Це положення підтверджено й закріплено у статті 21 Конституції України, відповідно до якої в чинному КПК України не може бути норм, що встановлюють обмеження прав громадян під час проведення в них обшуку залежно від раси, кольору шкіри, статі, мови та релігії, політичних або інших переконань, національного й соціального походження.

Основним міжнародним гуманістичним принципом, якого мають дотримуватися під час проведення обшуку, є проголошена статтею 12 Декларації вимога про те, що ніхто не може зазнавати безпідставного втручання в його особисте та сімейне життя, безпідставного посягання на недоторканність його житла, таємницю кореспонденції або на його честь і репутацію. Обшук, проведення якого неодмінно пов'язане із певними обмеженнями прав і свобод громадян, зазначених у статті 12 Декларації, проводять за наявності певних закріплених у КПК України передумов і підстав, з обов'язковим дотриманням належного процесуального порядку. Аналогічний статті 12 Декларації принцип встановлено й у статті 17 Пакту. Отже, можна стверджувати, що регламентація та порядок проведення обшуку як СРД за КПК України загалом відповідає і не суперечить вимогам міжнародного права.

Проте положення частини 2 статті 8 КЗПЛ відрізняється від норм КПК України й Основного Закону. Відмінність полягає в тому, що вітчизняний законодавець передбачив недоторканність не лише житла, а й іншого володіння особи, тим самим створивши для власних правоохоронних органів складніші умови, ніж у країнах Європи [130, с. 123].

Суттєвим недоліком чинного КПК України є відсутність чіткого переліку видів обшуку й особливостей їх провадження. Аналізуючи норми цього Кодексу, можна виокремити певні види обшуку, серед яких: 1) обшук житла чи іншого володіння особи; 2) обшук нежитлових приміщень; 3) обшук особи (частина 3 статті 208, частина 5 статті 236 КПК України).

Визнавши забезпечення права людини на свободу й особисту недоторканність, повагу до її гідності, невтручання в її особисте та сімейне

життя серед пріоритетів діяльності держави, Україна приєдналася до країн, у яких додержання права людини на приватне життя розглядають як індикатор демократичності політичного режиму, а невтручання держави в приватне життя людини становить основу громадянського суспільства.

Багатоплановість проблем тлумачення й реалізації в кримінальному процесі міжнародно-правових стандартів, що містяться в КЗПЛ, інших міжнародно-правових договорах, останніми роками привертали посилену увагу вчених. Питання захисту прав і свобод особи в кримінальному провадженні, зокрема під час проведення обшуку як СРД, у процесі яких найвищою є небезпека порушення чи обмеження прав і законних інтересів його учасників, розглядають саме крізь призму міжнародно-правових стандартів. Саме тому важливого значення набуває процесуальне унормування участі захисника для надання кваліфікованої юридичної допомоги обшукуваній особі незалежно від наявності чи відсутності в неї процесуального статусу на час проведення обшуку.

Таким чином, основою для формування сучасного законодавства стали плідні напрацювання науковців і практичних працівників, поступова демократизація та впровадження міжнародних стандартів у кримінальний процес України, що, поза сумнівом, сприяє подальшому унормуванню проведення обшуку і є позитивним моментом вдосконалення кримінального провадження загалом. Адже становлення будь-якого важливого положення процесуального законодавства має в період реформування усувати недоліки, враховувати позитивні критерії та реалізацію гарантій непорушення й дотримання прав і законних інтересів осіб, залучених до кримінального провадження.

### 1.3. Порівняльно-правовий аналіз забезпечення прав та законних інтересів учасників обшуку в Україні та деяких інших країнах

З метою детального висвітлення питань, що належать до предмета нашого дослідження, доцільно порівняти основні кримінальні процесуальні аспекти

проведення обшуку за законодавством України та країн, що репрезентують відповідно пострадянську систему права та дві основні правові системи – англо-американську (загального права) (Велика Британія, США) і романо-германську (ФРН, Франція).

Порівняльні дослідження норм кримінального процесуального права, що регулюють проведення обшуку в різних країнах, сприяють збагаченню національної правової культури, надають можливість запозичити прогресивні теоретичні положення та позитивний досвід правозастосування, допомагають визначити шляхи вдосконалення кримінального процесуального законодавства України й практики його застосування відповідно до міжнародно-правових стандартів і норм.

*Англо-американська система права*. У контексті досліджуваної проблеми спершу розглянемо особливості кримінально-процесуального права *Великої Британії* щодо врегулювання діяльності адвоката-захисника на досудовому слідстві. Адже право на користування послугами професійного захисника є фундаментальною засадою кримінального провадження [56, с. 38].

Надання правової допомоги адвокатом має бути забезпечено не пізніше ніж через 36 годин після доставлення особи до поліцейського відділку. Виняток становлять підозрювані в тероризмі й інших тяжких злочинах (наприклад, вбивство, насильство, інші злочинні діяння, що можуть заподіяти значний збиток державі або громадському порядку, спричинити чиюсь смерть або тяжкі тілесні ушкодження) – правову допомогу має бути надано впродовж 48 годин [14, с. 143].

Визнання вини підозрюваним, отримане органом слідства без участі в такому допиті адвоката, суд може брати до уваги лише в тому випадку, коли обвинувач доведе, що такі показання отримано не з причин відсутності на допиті адвоката. Англійські суди взагалі вважають відсутність адвоката на допиті підозрюваного чи обвинуваченого грубим порушенням закону і здебільшого не беруть до уваги такі показання. З іншого боку, інформацію, отриману від підозрюваного до його затримання та офіційного допиту, суди визнають доказом

у справі [253, с. 151]. В англійському кримінальному процесі важливу роль відіграють правила про докази: зокрема, захисникові дозволено провадити власне розслідування, тобто збирання доказів у справі та перевірку обставин злочину. Змагальність процесу на ранніх етапах провадження, на переконання О. Б. Берладін, забезпечує можливість адвокатові, який здійснює функцію захисту, протиставити обвинувачеві об'єктивну аргументацію і тим самим полегшує встановлення істини у справі.

Одним із завдань англійського кримінального процесу, продовжує далі зазначена авторка, є створення таких правил, які надавали б можливість усунути з нього або не допустити в процес сумнівних доказів, що можуть призвести до помилкових рішень. Зокрема, успішному здійсненню захисту сприяє реалізація захисником свого права на ознайомлення з матеріалами, зібраними обвинувачем.

Адвокат-захисник у Великій Британії, зауважує дослідниця, є провідним професіоналом, який може фахово оспорювати обвинувачення. На етапі розкриття – обміну обвинувачем і захисником зібраними матеріалами у справі – захисник має право вимагати від обвинувача для ознайомлення всі доказові матеріали у справі: письмові, речові, магнітофонні плівки із записами процесуальних дій, відеозйомки тощо. Відмова обвинувача зробити це може бути оскаржена захистом у суді. Вже на етапі розкриття адвокат має бути добре підготовленим, щоб уміло, продумано, без шкоди для свого клієнта провести й другу частину цієї процедури – заяву захисту, коли захист повинен викласти обвинувачеві міркування щодо свого бачення аргументів на спростування пред'явленого обвинувачення, а також усі матеріали захисту та клопотання про намір виклику до суду свідків захисту й експертів [14, с. 141–143].

Законодавство Великої Британії передбачає гарантії для обвинувачених користуватися послугами адвокатів за відсутності коштів на їх оплату. Надання правової допомоги розподіляють між Бюро з консультування громадян (Citizens' Advice Bureau) й адвокатами, які підписали угоду з Міністерством юстиції Великої Британії про участь у програмі правової допомоги за кошти держави (Legal Aid). Бюро з консультування громадян (Citizens' Advice Bureau) пропонує

безоплатну, конфіденційну, неупереджену й незалежну професійну пораду. Бюро або його представники знаходяться на головних вулицях, у громадських центрах, медичних установах, судах і тюрмах. Правову пораду можна отримати також телефоном. Отримавши таку консультацію та пораду, кожен може визначитися із подальшими правовими діями, чи потрібна буде йому фінансова допомога в оплаті юридичних послуг, якщо так – то повна чи часткова, що теж допоможуть визначити експерти з бюро [14, с. 142]. У майже кожному поліцейському відділку Великої Британії є черговий адвокат (duty solicitor), у якого можна проконсультуватися й отримати безоплатну незалежну правову пораду, дізнатися, чи має особа право на безоплатну правову допомогу в майбутньому [254].

За законодавством Великої Британії вилучення предметів і документів відбувається шляхом проведення обшуку. Посадовою особою, наділеною правом затримання та обшуку, є поліцейський, що встановлено Британським законом 1984 року про поліцейські та кримінальні свідчення і Практичним кодексом для виконання службовцями поліції передбаченого законом права на затримання та обшук 1986 року. Поліцейський, наділений владними повноваженнями, може затримати й обшукати будь-якого громадянина або транспортний засіб з метою виявлення і, відповідно, подальшого вилучення викрадених та заборонених речей. Специфічна ознака цієї процесуальної дії полягає в тому, що для її здійснення поліцейський повинен мати обґрунтовану підозру, що він знайде ці речі [131].

Обшук приміщень, який може призвести до вилучення певних предметів, проводять з письмового дозволу конкретної особи, яка перебуває в цьому приміщенні. Звернувшись за дозволом, поліцейський повинен точно сформулювати мету обшуку й поінформувати цю особу про те, що вона не зобов’язана давати згоду і що будь-який вилучений предмет може стати доказом. Крім цього, поліцейський повинен попередньо зв’язатися з особою, яка займає приміщення чи правомочна дозволити вхід до нього, і роз’яснити підстави, на яких проводять обшук. Для проведення обшуку поліцейський може також подати заявку мировому судді (третій особі) й отримати ордер на обшук. Коли поліцейський подає заявку на обшук, він зобов’язаний: сформулювати підстави,

за якими подає заявку; назвати приміщення, у яке необхідно ввійти і зробити обшук; встановити предмети, які розшукують [125, с. 49, 331–336].

Отже, юридичні підстави проведення обшуку за законодавством Великої Британії схожі на норми КПК України. Зокрема, відповідно до частин 1, 3 статті 233 цього Кодексу, ніхто не має права проникнути до житла чи іншого володіння особи з будь-якою метою, інакше ніж за добровільною згодою особи, яка ними володіє, або на підставі ухвали слідчого судді, а також у невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину. Тож, заявка поліцейського Великої Британії за змістом є по суті аналогічною клопотанню слідчого про проведення обшуку за КПК України. Крім цього, процесуальний порядок проведення обшуку за ордером у Великій Британії досить схожий на порядок проведення обшуку за ухвалою слідчого судді в Україні [56, с. 39].

Особливість забезпечення стороною захисту прав та законних інтересів особи в кримінальному провадженні *США* полягає в тому, що результати поліцейських дій прирівнюють до результатів діяльності захисників щодо збирання доказів. Адвокати збирають докази, використовуючи допомогу слідчих захисту, які входять до складу Федерального управління захисників. Для виявлення джерел доказів адвокати вдаються до допомоги приватних детективів, які в США мають широкі повноваження щодо збирання необхідної інформації – спостереження, опитування потерпілих і свідків, проведення обшуків та виїмок тощо [137, с. 103].

Загальна юридична умова правомірності проведення обшуку в кримінальному процесі США – порушення кримінального переслідування. Аналогічно чинний КПК України передбачає проведення обшуку лише після початку досудового розслідування.

1789 року Конгрес США першого скликання вніс поправки до Конституції США «Білль про права», четвертою з яких передбачено право на недоторканність житла, яке відтоді розглядають у західних країнах як елемент права на недоторканність приватного життя [2, с. 258]. Ця поправка визначає, що

право людини на недоторканність особи, житла, паперів і майна від необґрунтованих обшуків й арештів не можна порушувати, і жоден ордер не може бути видано інакше, ніж на підставі достатньої причини, підтвердженої присягою, повинен містити детальний опис місця проведення обшуку, а також людей або речей, що підлягають вилученню [88].

Поняття обшуку в кримінально-процесуальному праві США є досить широким – це будь-яке втручання уряду в приватне життя людини. Обшуки класифікують за критерієм наявності чи відсутності ордера. Хоча в практичній діяльності з розслідування злочинів в США більшість обшуків проводять за відсутності ордера судді, суди надають перевагу саме санкціонованим обшукам. Після проведення обшуку без ордера тягар доведення його правомірності в суді у випадку його оскарження лежить на поліції [121, с. 47].

Місцем обшуку, згідно з доктриною приватності, вважають будь-яке місце, в якому людина виправдано розраховує на певну приватність, навіть якщо вона перебуває в публічному місці. Відповідно до цієї доктрини, встановленої Верховним судом США, четверта поправка захищає людину, а не місце, у разі її сподівання на приватність, яке не суперечить суспільній думці. Від місця проведення поліцейських дій залежить, чи будуть такі дії вважати обшуком, який потребує особливого правового оформлення і наявності для цього достатніх підстав, відповідно, чи підпадають вони під дію четвертої поправки. Отже, американський законодавець замість переліку об’єктів, що підпадають під охорону права на недоторканність житла, приватного й сімейного життя, визначає критерій, за яким певний об’єкт можна чи не можна віднести до категорії захищених цим правом. Усе, що необхідно зробити – це довести в суді правомірність очікування приватності в певному місці [193, с. 192–194]. Таким чином, поняття місця проведення обшуку, в якому діє захист права на недоторканність житла, невтручання в приватне та сімейне життя, у США чітко не визначено, його не обмежують лише помешканнями, офісами, будівлями чи іншими закритими приміщеннями.

Аналіз практики Верховного суду США засвідчує, що є декілька випадків, коли здійснення обшуку без ордера будуть вважати правомірним, серед яких, зокрема, наявність виняткових обставин. До них належать: «затримання Террі», під час якого дозволяється швидко перевірити затриманого на наявність у нього зброї; переслідування за гарячими слідами, коли поліція має право оглянути помешкання в пошуках підозрюваного, причому обсяг обшуку є обмеженим; запобігання знищенню доказів; небезпека для офіцера поліції; запобігання втечі підозрюваного; небезпека для третіх осіб; обшук транспортного засобу за наявності підозри, що в ньому здійснюють злочинну діяльність. Підставами для цього є, по-перше, мобільність автомобіля; по-друге, люди, перебуваючи в автомобілі, мають менше підстав розраховувати на таємницю приватного життя [15, с. 488].

Ордер на обшук помешкання не дає поліції права обшукувати всіх осіб, які в ньому перебувають. Поліція США може затримати особу, що знаходиться в приміщенні, для проведення обшуку, проте в рішенні у справі «Ібарра проти штату Іллінойс» 1979 року зазначено, що поліція не має права обшукувати осіб, що перебувають у приміщенні, якщо вони не зазначені в ордері. Однак за наявності надзвичайних обставин, що полягають в існуванні загрози безпеці офіцера поліції чи третіх осіб, а також знищення доказів, обшук може бути проведено й без ордера.

Проаналізувавши всі аспекти дії інституту обшуку в кримінальному процесі США, можна дійти висновку, що поняття обшуку не є настільки усталеним, як у кримінальному процесі України, хоча його процедуру регламентовано не менш докладно. Головну роль у визначенні поняття обшуку й регламентації його проведення в США відіграє не законодавча база, а низка прецедентів – судових рішень Верховного суду США й верховних судів штатів, що є обов’язковими для судів нижчих рівнів. Ці суди мають також право корегувати свою практику відповідно до різних соціальних і політичних обставин [56, с. 40]. Водночас громадянин США може розраховувати на захист

свого приватного життя відповідно до четвертої поправки до Конституції, якщо він ужив заходів для охорони власної приватної сфери [15, с. 488].

Для порівняння слід зазначити, що, згідно з частиною 2 статті 234 КПК України, обшук проводять на підставі ухвали слідчого судді. Слідчий, прокурор має право до постановлення ухвали слідчого судді ввійти до житла чи іншого володіння особи лише в невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна чи безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину. У США також допускають проведення обшуку без ордера в чітко визначених випадках, однак вони суттєво відрізняються від тих, що зазначені в частині 3 статті 233 КПК України. Проте, сутність норм права США й України про обґрунтування обшуку однакова: не допустити випадків, коли обшук проводять без достатніх підстав, щоб виявити докази вчинення особою будь-якого (ще не розслідуваного) злочину й тим самим виправдати необґрунтоване затримання та арешт особи [56, с. 40].

У США, якщо під час проведення обшуку предмети й документи, що підлягають вилученню, видані добровільно, особа, що проводить обшук, має право обмежитися вилученням виданого й не провадити подальших пошукових дій. Якщо й буде виявлено щось протизаконне, то воно не буде допущене в суді як доказ. Зазначене видається не цілком слушним, оскільки слідчий повинен буде обмежитися лише фіксацією, наприклад, об'єктів щодо зареєстрованого вбивства, а за наявності доказів вчинення інших злочинів, зокрема й тяжких, вилучати їх не може. У цьому аспекті оптимальним є врегулювання аналізованого питання за КПК України. Згідно з частиною 7 статті 236 цього Кодексу, вилучені речі й документи, які не входять до переліку, щодо якого прямо надано дозвіл на відшукання в ухвалі про дозвіл на проведення обшуку, та не відносяться до предметів, які вилучені законом з обігу, вважають тимчасово вилученим майном. Відповідно до абзацу другого частини 5 статті 171 КПК України, у разі тимчасового вилучення майна під час обшуку, здійснюваного на підставі ухвали слідчого судді, клопотання про арешт такого майна має бути

подано слідчим, прокурором протягом 48 годин після вилучення майна, інакше майно має бути негайно повернуто особі, в якої його було вилучено.

Отже, досудові стадії кримінального процесу держав англо-американської системи права майже не формалізовані, за винятком арештів й обшуків, а легалізацію доказів здійснюють уже в суді.

Представниками *романо-германської системи права* є ФРН, Франція та інші держави.

Зокрема, у статті 13 Основного закону *ФРН* передбачено, що житло є недоторканним, а обшуки можна проводити виключно за розпорядженням судді, а в разі недопустимості зволікання – іншими визначеними законом органами лише в порядку, визначеному цим законом [140].

У КПК ФРН 1950 року метою проведення обшуку визнано розкриття злочину, затримання осіб і виявлення речей, які можуть бути доказами у справі, якщо існують обґрунтовані припущення, що підозрювана особа або зазначені речі мають значення для розслідування справи.

Особливість проведення обшуку у ФРН полягає в тому, що ця слідча дія може бути застосована виключно щодо підозрюваного [56, с. 40]. Відповідно до КПК ФРН є такі види обшуків: особистий обшук особи, якій висунуто публічне обвинувачення; обшук належних особі речей з можливістю їх вилучення; обшук житла; обшук іншого володіння. Слід зауважити, що КПК ФРН використовує паралельно два терміни – «житло» (§ 110c) та «житлове приміщення» (§ 110d). Крім цього, законодавець ФРН акцентує увагу на особливостях проведення обшуку в нічний час (стаття 104 КПК ФРН) [226].

У КПК ФРН визначено, що обшук у підозрюваного, якого як злочинця або спільника підозрюють у вчиненні злочину або пособництві, ухиленні від покарання або приховуванні майна, завідомо здобутого злочинним шляхом, обшук житлового й інших приміщень, а також особистий огляд та обшук належних йому речей може бути проведено як з метою його затримання, так і в тому випадку, якщо є підстави припускати, що обшук забезпечить виявлення доказів. В інших осіб обшуки допустимі лише з метою затримання обвинуваченого, або

для встановлення слідів злочину, або з метою конфіскації певних предметів і лише у випадку, якщо є факти, які засвідчують, що розшукувана особа, слід або предмет знаходяться в приміщеннях, де слід здійснити обшук [227, с. 48].

Проте брак чітко встановлених законодавчих заборон на проведення обшуків, а також чітко визначених процедур, які забезпечували б гарантії адвокатської таємниці, призвів до того, що практика проведення обшуків у приміщеннях, зайнятих адвокатами, також була предметом судового розгляду ЄСПЛ за скаргою адвоката ФРН Німитца, який протягом кількох років був представником партії «Frefturg Bunte Liste», а також брав безпосередню участь у діяльності антиклерикальної робочої групи, метою якої було послаблення впливу Церкви. Відповідно до матеріалів провадження, ордер на обшук будинку й офісу адвоката було видано з метою знайти й вилучити документи, що розкривають особистість Клауса Вегнера, який підписав лист від імені антиклерикальної робочої групи партії Frefturg Bunte Liste, у якому містилися погрози на адресу судді окружного суду Фрайбурге. Однак ордер на обшук було видано без будь-яких обмежень чи уточнень стосовно того, що конкретно слід було обшукати або переглянути, які документи необхідно знайти. Унаслідок такого оформлення процесуального документа під час проведення обшуку було переглянуто чотири шафи з адвокатськими провадженнями, а також шість особистих досьє адвоката.

У рішенні ЄСПЛ було зазначено: оскаржуючи дії правоохоронних органів, адвокат звернувся в Перший суд землі м. Мюнхена, який визнав скаргу заявника щодо незаконності проведеного обшуку неприйнятною на тій підставі, що обшук уже було проведено, крім того, на думку німецького суду, обшук був обґрунтованим, оскільки існували розумні підстави вважати, що відповідні матеріали буде знайдено. Суд також не погодився з тим, що обшук було проведено з порушенням таємниці кореспонденції між адвокатом і його клієнтом, закріпленої в § 97 КПК ФРН. На думку суду землі м. Мюнхена, ордер на обшук було видано на тій підставі, що кореспонденцію партії «Frefturg Bunte Liste» направляли в офіс заявника і вона ніяк не могла стосуватися відповідних

адвокатських проваджень. Суд вирішив, що в цій справі не було здійснено втручання в адвокатську діяльність заявника.

ЄСПЛ, розглянувши скаргу заявника, не підтримав позицію Першого суду землі м. Мюнхена й визнав, що обшук в офісі заявника був з порушенням його прав, гарантованих статтею 8 КЗПЛ. Таким чином, ЄСПЛ зауважив, що доступ посадових осіб до професійно значущої інформації адвоката має бути забороненим, тому що ці відомості мають конфіденційний характер [133].

Водночас ЄСПЛ зосереджує увагу на конкретизації положень стосовно речей і документів, які планують відшукати, що забезпечує правову визначеність у питанні щодо мети й меж цієї слідчої дії та відіграє роль гарантії від зловживань з боку органів державної влади. Зокрема, в рішенні у справі «Бук проти Німеччини» ЄСПЛ зазначив: «...Аналізуючи зміст та обсяг постанови про проведення обшуку та виїмки, Суд вважає, що це судове рішення було некон-кретним. Констатуючи, що зміст постанови про обшук можна було встановити з тієї її частини, що стосувалася виїмки, і конкретизувала документи, які необхідно було розшукати у відповідних приміщеннях, Суд усе ж звертає увагу, що в цьому рішенні не наведено жодних причин, чому документи, що стосуються справ компанії, повинні були знаходитись у приватному житлі заявника. Таким чином, зміст постанови виходив за межі того, що було необхідним за конкретних обставин справи. ... Суд зауважує, що публічність обшуку житла та офісних приміщень заявника і виїмки з них у місті чисельністю приблизно 10 тис. мешканців, цілком імовірно, могла негативно вплинути на репутацію заявника та його компанії. У зв’язку з цим необхідно нагадати, що сам заявник не був підозрюваним у вчиненні будь-якого правопорушення чи злочину» [180].

Підтвердженням права правоохоронних органів на проведення у ФРН обшуку будь-якого виду є рішення судді. Як виняток у випадках, що не допускають зволікання, можливим є наявність рішення прокуратури або службовців, які їй допомагають (стаття 105 КПК ФРН). Однак для забезпечення об’єктивності винесення таких рішень передбачено можливість здійснення їх

судової перевірки (статті 98, 111e, 128, 161a, 163a КПК ФРН). Водночас вимог до цих документів КПК ФРН не містить [56, с. 41].

Процесуальний порядок обшуку особи врегульовано в положеннях розділу VIII, 45 статтями (з § 94 до § 111p) КПК ФРН. Проведення особистого обшуку передбачено виключно щодо підозрюваного, однак закон не визначає такої можливості щодо особи, яка не перебуває під підозрою (§ 102 КПК ФРН). Для проведення обшуку (як квартирного, так й особистого) необхідним є рішення судді, а у випадках, які не допускають зволікання, – рішення прокуратури чи її допоміжних службовців (§ 105 КПК ФРН). Якщо обшук проведено в іншому окрузі, то відповідне рішення приймає дільничний суддя, в окрузі якого розташована прокуратура, що проводить дізнання в цій справі [190].

Як у всіх демократичних країнах, у ФРН проблеми захисту прав та законних інтересів громадян під час проведення обшуку розв'язують суди, прокуратура, слідчі й органи дізнання. Коло учасників обшуку може охоплювати суддю, прокурора, особу, у якої проводять обшук, одного чи двох представників або членів общини, в окрузі якої проводять обшук, представника особи, повнолітнього родича чи сусіда [56, с. 41].

У ФРН достатнім є рівень довіри до слідчого, прокурора та судді, а тому участь сторонніх осіб під час проведення процесуальних дій передбачено лише в деяких випадках. Зокрема, КПК ФРН обмежує участь захисника в проведенні слідчих дій, які проводить поліція. Натомість таку участь передбачено в слідчих діях, які проводить суддя, якщо це не суперечить завданням розслідування. Крім цього, захисника може бути усунуто від участі в провадженні, якщо він вчиняє певні дії (зловживання спілкуванням з обвинуваченим, що призводить до певних порушень, бере участь у вчиненні правопорушення, що розслідують) [48, с. 42].

Таким чином, на відміну від КПК України, за КПК ФРН адвоката залучають до кримінального провадження виключно під час допиту свідка (стаття 138 КПК ФРН). Обов'язкову участь адвоката в інших, крім допиту, слідчих діях, якщо він є захисником особи, не визначено (стаття 140 КПК ФРН) [226].

Кримінально-процесуальне право *Франції* є зразком змішаного (континентального) процесу, якому притаманні наявність самостійної стадії досудового розслідування, чітке її розмежування із судовим розглядом, що ґрунтується на засадах гласності, усності, безпосередності й змагальності [56, с. 41].

Французька Декларація прав людини й громадянина 1789 року проголосила принцип презумпції невинуватості, теоретичну основу якого утворюють положення: сумнів тлумачиться на користь обвинуваченого, обвинувачений має право на захист [237, с. 86]. Свого часу Конституція Французької Республіки 1848 року проголосила недоторканність житла, гарантувала право людини на приватність, а в нині чинній Конституції Франції (1958) передбачено, що на території цієї держави житло будь-якої особи є недоторканним, проникнути до житла можна лише згідно зі встановленим порядком та у випадках, передбачених законом [89, с. 411–430]. Ці положення набули основоположного значення й під час проведення обшуку.

1959 року набрав чинності КПК Франції, який вирізняється високим рівнем законодавчої техніки, якістю і детальністю [252]. Зокрема, уповноваженою особою на здійснення процесуальних дій є офіцер судової поліції, який, отримавши повідомлення про вчинення тяжкого злочину, зобов'язаний негайно проінформувати прокурора, прибути на місце вчинення злочину та приступити до виконання необхідних слідчих дій. Він повинен подбати про збереження доказів, які можуть зникнути, і про все, що може сприяти встановленню істини. За статтею 56 КПК Франції, якщо природа тяжкого злочину така, що доказ можна дістати шляхом вилучення предметів, документів в осіб, які, ймовірно, брали участь у вчиненні тяжкого злочину, офіцер судової поліції повинен прибути до місця постійного мешкання цих осіб для проведення там обшуку. Проаналізувавши норми КПК Франції, можна дійти висновку, що обшук і виїмка за кримінальним процесом цієї країни не розмежовуються та є поняттями взаємообумовленими: обшук тягне за собою вилучення предметів і документів. Обшуки будинків і вилучення в них доказів може бути проведено за добровільної згоди власника будинку, в якому це має відбутися, проте лише тоді, коли згоду оформлено у вигляді

власноручної письмової декларації заінтересованої особи. Якщо ж вона не знає, як її написати, зміст декларації має бути відображено в офіційному повідомленні про дії, яке зобов'язаний підготувати слідчий суддя. Відповідно обшук здійснює слідчий суддя в супроводі судового повіреного та секретаря. Для того, щоб виконати необхідну слідчу дію, слідчий суддя повинен повідомити прокурора того району, куди він прямує для розслідування справи. Обшуки може бути проведено в будь-якому місці, де є ймовірність виявлення доказів, необхідних для встановлення істини у справі [56, с. 41–42].

КПК Франції уникає визначення поняття «житло» й оперує в статтях 27, 40, 52, 56, 66, 104 ширшим поняттям «domicile» – місце мешкання. Зокрема, у статтях 57, 96 цього Кодексу передбачено, що обшук місця мешкання проводять у присутності особи, яка там живе. Якщо це неможливо, посадова особа судової поліції пропонує обшукуваному запросити понятого на власний розсуд, а за його відсутності посадова особа сама обирає двох понятих, за винятком осіб, які перебувають у її підпорядкуванні.

Таким чином, у Франції проблеми захисту прав та законних інтересів громадян під час проведення обшуку здійснюють насамперед суди, а також прокуратура, слідчі й органі дізнання [56, с. 42].

Наприклад, зазначають дослідники, у справі «Андре та ін. проти Франції» [162], яку розглядав ЄСПЛ, обшук проводили в присутності голови колегії адвокатів, до складу якої входив заявник (присутність голови колегії та його зауваження відображено в протоколі). Однак відсутність під час проведення обшуку в житлі судді, що його санкціонував, призвело, попри протести голови колегії адвокатів, до вилучення всіх документів, які зберігалися в кабінеті адвоката. Щодо вилучених рукописних записів адвоката (першого заявника у справі) ЄСПЛ визнав, що йдеться про особисті документи адвоката, які становлять професійну таємницю (на чому акцентував увагу голова колегії), а також, що санкцію на обшук у житлі адвоката було складено загальними фразами, а це надало посадовим особам й офіцерам судової поліції значно ширші повноваження.

ЄСПЛ дійшов висновку, продовжують далі ці автори, що проведення обшуку в житлі мало на меті виявити в заявника, який був адвокатом Клініки, документів, що дають підстави установити передбачуване шахрайство його клієнта, і надалі використати їх у судовому процесі проти Клініки. Водночас заявників (адвокатів) не було звинувачено, їх не підозрювали у вчиненні злочину або участі в шахрайстві, вчиненому їхнім клієнтом.

Таким чином, на думку ЄСПЛ, адміністративний орган вчинив дії, які оскаржують, стосовно заявників (адвокатів) з єдиної причини: постали складнощі в проведенні фінансового контролю та пошуках бухгалтерських, юридичних й інших документів, які підтверджували б підозри щодо шахрайства Товариства.

ЄСПЛ дійшов висновку, що обшук у житлі заявників (адвокатів) і вилучення документів були неспівмірні переслідуваній меті, а тому вчинено порушення статті 8 КЗПЛ [151, с. 80–81].

Кримінально-процесуальний кодекс *Австрії*, зазначають М. А. Погорецький і М. М. Погорецький, містить докладний опис приписів щодо обшуку й вилучення предметів і документів. Попри це, він, на відміну від КПК України, не має спеціальних положень щодо обшуку й вилучення електронних даних, зокрема проблемним у правозастосовній практиці є застосування режиму адвокатської таємниці до електронних даних.

Розглядаючи справу «Візер і компанія Бикос Бетейлигунген ГМБХ проти Австрії», зазначають ці науковці, ЄСПЛ проаналізував національне законодавство й правозастосовну практику Австрії та визнав адекватність й ефективність гарантій проти зловживань і свавілля. ЄСПЛ зауважив, що суди Австрії зосереджують увагу на наявності розумних підозр і підстав для видачі судом ордера на обшук, а також на те, чи обмежено в розумних межах сферу дії ордера, а у випадку проведення обшуку в приміщенні адвоката – чи проводили обшук у присутності незалежного спостерігача для недопущення вилучення матеріалів, що містять професійну таємницю адвоката.

ЄСПЛ вирішив, що ордер видано на підставі розумних та обґрунтованих підозр, у ньому конкретно визначено документи й дані, щодо яких проведено

обшук, і що обшук проведено в зазначених межах з дотриманням спеціальних процесуальних гарантій. Водночас, стверджують вказані автори, цих гарантій не було цілком дотримано стосовно електронних даних, що засвідчують такі факти: представник асоціації адвокатів не мав можливості належно контролювати відповідну частину обшуку, оскільки був зайнятий спостереженням за вилученням документів; протокол щодо електронних даних було складено не одразу після проведення обшуку, а пізніше.

Більше того, офіцери покинули приміщення після вилучення електронних даних, не повідомивши про це (і про результати обшуку) ані першого заявника, ані представника асоціації адвокатів [151, с. 82–83].

Оскільки КПК Австрії містить вимогу щодо складання протоколу після закінчення обшуку із зазначенням у ньому вилучених документів, заявник (адвокат) міг очікувати, що цю процедуру буде дотримано (в іншому випадку він не має можливості ефективно скористатися своїми правами). Проведення обшуку за таких обставин спричиняє ризик порушення права заявника (адвоката) на професійну таємницю, і цей ризик визнаний ЄСПЛ істотним. Щодо електронних даних ЄСПЛ зауважив, що до електронних даних застосовують усі положення щодо режиму адвокатської таємниці. Таку позицію ЄСПЛ висловлював у своїх рішеннях ій в інших справах [182].

За КПК Російської Федерації (*РФ*) обшук - це слідча дія, спрямована на примусове обстеження ділянок місцевості, приміщень, тіла людини, її одягу й особистих речей, здійснюване в межах кримінально-процесуального закону уповноваженою на те особою за умови дотримання гарантій прав і законних інтересів громадян та юридичних осіб з метою пошуку (виявлення) та вилучення (затримання) конкретних джерел доказової інформації (матеріальних об’єктів), що можуть мати значення для справи. Обшук під час розслідування можуть проводити й тоді, коли об’єктом пошуку є розшукувана особа, труп або його частини (статті 182, 184 КПК РФ). Унаслідок проведення обшуку може бути виявлено й вилучено лише упредметнені об’єкти – знаряддя злочину, предмети,

документи, інші носії інформації (комп'ютерні диски, аудіо-, відеозапису тощо) та цінності [223].

Метою обшуку як однієї з передбачених законом слідчих дій, можливої лише після порушення кримінальної справи, є збір і фіксація доказів, а також відшукання предметів і цінностей, які може бути конфісковано за вироком суду. Проте відсутність вказівки із зазначенням конкретної мети обшуку в клопотанні ЄСПЛ розглядає як порушення статті 6 КЗПЛ [84]. Зокрема, у пункті 47 рішення у справі «Смирнов проти Росії» від 7 липня 2007 року ЄСПЛ зазначено, що постанову про обшук у квартирі М. В. Смирнова (заявника скарги в ЄСПЛ) було складено у винятково загальних формулюваннях, без уточнення предметів й документів, що становляють інтерес для кримінальної справи № 7806», тобто без обмежень. У постанові не містилося жодних відомостей про розслідування, мету обшуку або причини, які засвідчували б, що у квартирі заявника можна здобути докази якого-небудь правопорушення. Тільки після того, як співробітники міліції проникли у квартиру заявника, йому запропонували видати «документи, що стосуються компанії Т. і федеральної промислової групи Р.». Судовий розгляд ex post factum* (після події, що відбулася) не сприяв заповненню прогалин у неповному обґрунтуванні постанови про обшук. Жовтневий районний суд м. Санкт-Петербурга обмежив свій висновок про те, що постанова була обґрунтованою, посиланням на чотири документи їхні дані, і на інші, не уточнені за реквізитами матеріали, не описавши змісту жодного з них. Суд не навів жодних відомостей про відносність матеріалів, на які він послався, причому, два з чотирьох документів з'явилися після того, як було проведено обшук. Суд вважає, що влада РФ не виконала обов'язку подання «істотних і достатніх» підстав для винесення постанови про обшук [163].

Вимоги щодо проведення обшуку за КПК РФ схожі до вимог чинного КПК України. Зокрема, зазначає Д. Т. Арабули, лише суд дає дозвіл на проведення обшуку в житлі (пункт 5 частини 2 статті 29 КПК РФ). У частині 2 статті 165 КПК РФ чітко визначено, що клопотання про проведення слідчої дії розглядає одноособово суддя районного суду за місцем провадження розслідування не

пізніше ніж за 24 години з моменту надходження такого клопотання. У частині 11 статті 182 КПК РФ регламентовано, що під час проведення обшуку має право бути присутнім захисник, а також адвокат тієї особи, в приміщенні якої проводять обшук. Особа, в приміщенні якої має бути проведено обшук, самостійно вирішує питання про необхідність присутності адвоката, доводить своє волевиявлення до відома слідчого, який відповідно до частини 1 статті 11 КПК РФ зобов'язаний забезпечити можливість здійснення цього права [6, с. 59]. Проте українське законодавство такого обов'язку особи, що провадить розслідування, не передбачає. Механізм реалізації права особи на правову допомогу під час проведення обшуку в її житлі або іншому володінні, а також особистого обшуку законодавчо не визначений. Вказівку особі, що здійснює провадження у справі, на необхідність очікування особи, яка надає правову допомогу, і відкладання обшуку до його явки, КПК України не містить [214, с. 372].

У статтях 168 і 171 КПК РФ зазначено, що предмети й документи, заборонені до обігу, підлягають вилученню незалежно від їхнього відношення до справи. У законі йдеться про те, що слідчий має право відшукувати й вилучати лише ті предмети й документи, які можуть мати відношення до справи (стаття 171 КПК РФ). Це означає, що зв'язок документа або предмета, що вилучають, з обставинами справи, підлягає з'ясуванню та має бути визначеним хоча б на рівні високого ступеня ймовірності, за винятком предметів і документів, заборонених до обігу [110, с. 14].

У справі «Колісниченко проти Російської Федерації» ЄСПЛ зазначив, що в постановах про обшук не вказано, які предмети або документи очікують виявити в житлі або конторі заявника (адвоката) або яке значення вони мають для розслідування. Слідчому органу було дозволено провести обшуки в житлі й конторі заявника в загальних і широких висловленнях. Однак, згідно із прецедентною практикою ЄСПЛ, постанови про обшук мають, наскільки це можливо, забезпечувати обмеження їхніх наслідків розумними межами. Надмірно широкі межі дозволу на обшук у цій справі, на думку ЄСПЛ, позначилися на способі його виконання: після того, як заявник на вимогу слідчого добровільно видав

копіювальний пристрій, слідчий, попри це, приступив до ретельного обшуку інших приміщень, з яких вилучив комп'ютери заявника з периферійними пристроями, особисті й професійні записи, візитівки й інші предмети [43].

Згідно зі статтею 169 КПК РФ, особи, у яких проводять обшук, поняті, представники мають право бути присутніми під час усіх дій слідчого, робити заяви з приводу цих дій, що підлягають занесенню до протоколу обшуку. Формулювання цієї норми є не цілком вдалим. Адже законодавець, наділивши таким правом особу, у якої проводять обшук, не надає аналогічної можливості за її відсутності повнолітнім членам родини або особам, що їх замінюють. Крім цього, під час обшуку в приміщенні нерідко постає необхідність особистого обшуку, пов'язаного переважно з оголенням тіла людини. У таких випадках право зазначених вище осіб бути присутніми незалежно від статі під час цих дій слідчого недоречно й, по суті, зводить нанівець приписи частини 3 статті 172 КПК РФ, згідно з якими особа, яка проводить особистий обшук, і поняті мають бути однієї статі з особою, яку обшукують [223].

У КПК *Грузії* не сформульовано визначення обшуку, проте зазначено, що за наявності обґрунтованої підозри обшук проводять з метою виявлення та вилучення предметів, документів, речей та інших об'єктів, що зберігають інформацію і мають значення для кримінальної справи. Також обшук може бути проведено з метою виявлення розшукуваної особи чи трупа [122, с. 48].

У КПК Грузії окремо передбачено право обвинуваченого збирати докази. Зокрема, у статті 39 цього Кодексу визначено, що обвинувачений має право за власний рахунок, самостійно або (і) за допомогою адвоката здійснювати збирання доказів. Докази, зібрані обвинуваченим, мають однакову юридичну силу з доказами, зібраними стороною обвинувачення. Якщо для збирання доказів необхідно провести слідчі або інші процесуальні дії, які не можуть бути самостійно проведені обвинуваченим чи його адвокатом, він має право звернутися з клопотанням про винесення відповідної ухвали до судді, який зобов'язаний вжити всіх заходів для того, щоб стороні обвинувачення не стало відомо про збирання доказів стороною захисту. За обґрунтованим клопотанням

сторони захисту, на підставі ухвали суду слідчі дії проводить слідчий, який не може бути особою, що проводить слідство в цій справі. Слідчого добирає керівник слідчого органу, про його особисті й контактні дані стороні захисту повідомляють до проведення слідчих дій за клопотанням. Водночас сторона захисту не має права звертатися до суду з клопотанням про проведення обшуку (стаття 111 КПК Грузії) [218]. Відповідно до статті 112 КПК Грузії, доходимо такого висновку: попри те, що закон безпосередньо передбачає право сторони захисту проводити слідчі дії, ці положення стосуються лише окремих дій, наприклад, проведення опитування, оскільки законодавець у цій статті зазначає, що слідчі дії, які обмежують недоторканність приватної власності, володіння або особистого життя, проводять на підставі ухвали суду за клопотанням сторони. Тобто ці положення поширюються майже на всі відомі слідчі дії [56, с. 43].

Згідно із частиною 7 статті 120 КПК Грузії, під час проведення обшуку слідчий вправі відчиняти зачинені сховища та приміщення, якщо особа, яку обшукують, відмовляється добровільно їх відчинити [218]. Водночас слідчий має відновити порядок у приміщенні.

Нині в КПК України не передбачено, що слідчий, прокурор мають уникати не зумовлених необхідністю пошкоджень дверей, замків й інших предметів. Вважаємо за необхідне запропонувати відповідні зміни до частини 6 статі 236 КПК України, викласти її у такій:

«Слідчий, прокурор під час проведення обшуку має право відкривати закриті приміщення *і сховища, якщо володілець або* особа, присутня при обшуку, відмовляється їх відкрити або обшук здійснюється за відсутності осіб, зазначених у частині третій цієї статті. *При цьому слідчий повинен уникати не викликаних необхідністю пошкоджень дверей, замків та інших предметів*» [56, с. 43].

У КПК Грузії детальніше визначено процесуальний порядок і дії слідчого під час безпосереднього проведення обшуку, а, крім житла та іншого володіння особи, гарантовано ще й недоторканність робочого місця особи [58, с. 6].

Стаття 120 КПК Грузії передбачає можливість у виняткових випадках (без нормативного роз'яснення їхньої суті) проводити обшук без відповідного рішення суду.

КПК *Республіки Молдови* містить окрему статтю 127 «Особи, які присутні під час проведення обшуку чи виїмки предметів і документів». Відповідно до цієї норми, крім спеціалістів, перекладачів і представників, мають право бути присутніми й захисники під час усіх дій органу кримінального розслідування і робити із цього приводу зауваження та заяви, які заносять до протоколу [56, с. 44]. Якщо особа, у якої проводять обшук, потребує присутності захисника, процесуальну дію призупиняють до появи захисника, але не довше ніж на 2 години [222].

Аналізуючи цю норму КПК Молдови, слід зазначити, що, відповідно до частини 5 статті 236 КПК України, аналогічну умову (3 години) застосовано лише до залучення адвоката під час обшуку особи, а не обшукуваного приміщення, що звужує гарантії захисту прав осіб під час проведення обшуку. Вважаємо, що таку прогалину в законодавстві може бути усунено, якщо в КПК України передбачити окремі статті, що регулюють обшук житла або іншого володіння особи й особистий обшук. Відповідно, у цих двох статтях КПК України слід максимально детально врегулювати процесуальний порядок проведення зазначених двох видів обшуку [56, с. 44].

Крім цього, у статті 90 КПК Республіки Молдови, розміщеній у розділі IV «Інші особи, що беруть участь у кримінальному процесі», закріплено право свідка бути супроводжуваним у разі участі в процесуальних діях, що провадять під час кримінального переслідування, захисником, якого він обирає як представника.

У КПК *Республіки Білорусі* обшук – це слідча дія, що полягає в примусовому пошуку та вилученні предметів й інших об'єктів, що мають значення для кримінальної справи. Проте в практичній діяльності правоохоронних органів постають деякі питання щодо його проведення, оскільки

саме під час його виконання найчастіше допускають порушення конституційних прав громадян [220].

Відповідно до статті 208 КПК Республіки Білорусі, підставами для проведення обшуку є наявність достатніх даних вважати, що в якому-небудь приміщенні чи іншому місці, чи в якої-небудь особи знаходяться знаряддя злочину, предмети, документи й цінності, які можуть мати значення для кримінальної справи, а також можуть бути виявлені розшукувані особи і трупи.

Правові підстави для проведення обшуку за КПК України й Республіки Білорусї суттєво різняться. Зокрема, згідно із частиною 2 статті 234 КПК України, такою підставою є ухвала слідчого судді. У КПК Республіки Білорусі передбачено зовсім іншу правову підставу для проведення обшуку. Відповідно до частини 1 статті 210 цього Кодексу, слідчий, орган дізнання виносять постанову про проведення обшуку. Постанова про проведення обшуку, а також вилучення документів, що містять державну таємницю або іншу охоронювану законом таємницю, має бути санкціонована прокурором або його заступником, за винятком випадків їх проведення за постановою голови слідчого комітету Республіки Білорусі, голови Комітету державної безпеки Республіки Білорусі або осіб, що виконують їхні обов'язки. У частині 3 статті 210 КПК Республіки Білорусі визначено, що у виняткових випадках, коли є реальне побоювання, що розшукуваний і об'єкт, який підлягає вилученню, може бути внаслідок зволікання з його виявленням втрачений, ушкоджений або використаний зі злочинною метою, або розшукувана особа може зникнути, обшук може бути проведено без санкції прокурора з подальшим направленням йому протягом 24 годин повідомлення про проведений обшук [220].

Схожі за своїм змістом, проте різні з позицій процесуального порядку унормування винятки із загального правила про можливість проведення обшуку без відповідного дозволу слідчого судді передбачено й у КПК України. Зокрема, згідно із частиною 3 статті 233 КПК України, слідчий, прокурор має право до винесення ухвали слідчого судді ввійти в житло або інше володіння особи лише в невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей і майна або з

безпосереднім переслідуванням осіб, підозрюваних у вчиненні злочину. У такому випадку прокурор або слідчий за узгодженням із прокурором зобов'язаний невідкладно після здійснення таких дій звернутися з клопотанням про проведення обшуку до слідчого судді. Слідчий суддя розглядає таке клопотання, перевіряючи, крім іншого, чи справді були підстави для проникнення в житло або інше володіння особи без ухвали слідчого судді. Якщо прокурор відмовиться погодити клопотання слідчого про обшук або слідчий суддя відмовить у задоволенні клопотання про обшук, отримані внаслідок такого обшуку докази визнають неприпустимими, а одержану інформацію необхідно знищити [102].

Таким чином, порівняно з КПК Республіки Білорусі, за КПК України для проведення обшуку, крім випадків, за яких недопустимим є зволікання, необхідний дозвіл слідчого судді. Саме такий порядок, визначений в КПК України, на нашу думку, є доцільнішим у сучасних реаліях України, оскільки він безпосередньо забезпечує можливість захисту громадян від необґрунтованого й незаконного позбавлення чи обмеження права власності.

З несуттєвою відмінністю у визначенні об'єктів обшуку встановлено фактичні підстави в частині 1 статті 184 КПК *Киргизької Республіки*. Відповідно до цієї норми, підставами для проведення обшуку є наявність достатніх даних вважати, що в приміщенні або іншому місці або в особи можуть знаходитися знаряддя злочину, предмети, документи й цінності, які можуть мати значення для справи. Обшук також можуть проводити для виявлення розшукуваних осіб і трупів. Предмети й документи, заборонені до обігу, відповідно до частини 15 статті 184 КПК Киргизської Республіки, підлягають вилученню незалежно від їхнього відношення до справи [219].

За КПК Киргизької Республіки передбачено цілком іншу, ніж в Україні, правову підставу для проведення обшуку. Відповідно до частини 3 статті 184 цього Кодексу, обшук особи, а також обшук у житлі проводять за мотивованою постановою слідчого із санкції прокурора та за участю понятих.

В обох аналізованих КПК передбачено невідкладні випадки проведення обшуку. Зокрема, у частині 4 статті 184 КПК Киргизької Республіки, як і в

частині 3 статті 210 КПК Республіки Білорусі, визначено, що у виняткових випадках, якщо є реальне побоювання, що розшукуваний об'єкт, який підлягає вилученню, через зволікання з його виявленням може бути втрачений, ушкоджений або використаний зі злочинною метою або розшукувана особа може зникнути, обшук може бути проведено за постановою слідчого без санкції прокурора, однак з подальшим його повідомленням протягом доби. Невизнання доказами отриманих під час такого обшуку фактичних даних КПК Киргизської Республіки не передбачає [219].

Таким чином, попри низку схожих положень щодо фактичних підстав, у КПК України порівняно з КПК Киргизької Республіки, радикальнішим є підхід до правових підстав проведення обшуку – дозвіл слідчого судді, крім випадків, за яких недопустимим є зволікання. Погоджуємося з думкою Н. С. Моргун, яка стверджує, що такий порядок, визначений у КПК України, відображає посилення судового контролю на досудовому слідстві та забезпечує можливість захисту громадян від необґрунтованого й незаконного позбавлення або обмеження прав і свобод [126, с. 95–99].

Відповідно до частини 1 статті 180 Кримінально-процесуального закону *Латвії*, обшук є виключною слідчою дією правоохоронних органів, який проводять за постановою слідчого судді. У цій державі виокремлюють: обшук у будь-якому приміщенні чи іншому місці, особистий обшук особи й обшук у приміщеннях дипломатичних представництв. Як і КПК України (частина 3 статті 233 КПК України), частина 5 статті 180 Кримінально-процесуального закону Латвії допускає проведення обшуку за невідкладних обставин, після чого не пізніше ніж на наступний робочий день слідчий суддя повинен бути проінформованим про обставини та результати проведеного обшуку [217].

У процесуальному законодавстві Латвії встановлене таке коло можливих учасників обшуку: слідчий; прокурор; спеціаліст; представник юридичної особи; особа, у якої проводять обшук, або повнолітній член її сім'ї, а в разі їх відсутності можуть бути залучені власники, особа, яка веде їх господарство, представник місцевого самоврядування. Слід зазначити, що в Латвії, на відміну від

України, адвокат визначений окремим учасником кримінального провадження, який належить до інших задіяних у кримінальному провадженні осіб [56, с. 44].

Відповідно до статті 112 Кримінально-процесуального закону Латвії, адвокат разом з особою, якій він надає юридичну допомогу, має право брати участь у слідчих діях, пояснювати цій особі сутність події та її права й обов'язки, а також має право заявляти клопотання та представляти докази стороні обвинувачення [217]. Унаслідок аналізу повноважень сторони обвинувачення та сторони захисту істотних відмінностей у законодавстві України та Латвії виявлено не було.

Отже, є підстави констатувати, що єдиної міжнародної регламентації забезпечення дотримання прав та законних інтересів учасників під час проведення обшуку досі не запропоновано, оскільки його проведення в іноземних державах визначене національними кримінально-процесуальними законодавствами по-різному, з огляду на специфіку й особливості практичного застосування. Однак подальше вивчення досвіду іноземних країн у регулюванні цих питань є доцільним. Передусім це стосується країн зі схожими правовими системами й соціальними умовами. Під час аналізу законодавства колишніх республік СРСР встановлено, що досить детально та змістовно закріплено гарантії саме недоторканності житла (Литва, Латвія); лише в деяких державах зазначено також про інше володіння особи (Україна, Республіка Білорусь). Крім житла та іншого володіння особи, гарантується ще й недоторканність робочого місця (Естонія, Грузія), місця перебування (Республіка Молдова) тощо [56, с. 44].

## Висновки до розділу 1

Попри самобутність і складність обшуку як СРД, її досліджено переважно щодо специфіки проведення за окремими видами провадження. Однак концептуальні положення щодо процесуального порядку проведення обшуку й участі в ньому сторони захисту потребують переосмислення й належного врегулювання.

Однією з важливих ознак сучасного кримінального процесуального законодавства України є імплементація міжнародних стандартів у сфері забезпечення прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження. У всіх демократичних країнах проблеми захисту прав і законних інтересів громадян під час проведення обшуку розв'язують суди, прокуратура, слідчі й органи дізнання.

За результатами здійсненого аналізу КПК України та деяких іноземних країн було виявлено, що підстави, коло учасників і процесуальний порядок проведення обшуку є схожим, а відмінності зумовлені правовими традиціями кожної країни. Зокрема, у низці держав, у яких високий рівень довіри до поліції, не передбачено залучення понятих. Реформування кримінального провадження в Україні відбувалося з урахуванням світового досвіду, зокрема законодавства країн Європи, однак інститут понятих збережено, хоча й видозмінено.

У законодавстві України та низки іноземних країн не сформульовано визначення обшуку, оскільки зміст цього поняття не є принциповим для застосування під час проведення аналізованої процесуальної дії. Посилену увагу законодавці цих країн приділяють визначенню мети обшуку, складу учасників, зокрема особам, уповноваженим його провести.

Правовою підставою проведення обшуку в Україні та деяких інших країнах є рішення слідчого судді. Судовий контроль за законністю проведення обшуку має важливе значення, оскільки ця СРД належить до тих, які суттєво обмежують чи порушують права та законні інтереси осіб, у житлі чи іншому володінні яких проводять обшук.

Законодавство України встановлює більш диференційований та доцільний порядок проведення обшуку, ніж у законодавстві деяких пострадянських країн і держав англо-американської та романо-германської правової сім'ї. У КПК України ґрунтовніше, зрозуміліше та вичерпніше регламентовано підстави й процесуальний порядок проведення обшуку. Водночас у КПК зазначених держав у низці випадків визначено норми, що є прогресивнішими та можуть бути використані в КПК України з метою вдосконалення його норм у частині

оптимізації процесуального порядку кримінального провадження й дотримання прав і законних інтересів його учасників під час проведення обшуку.

У КПК України не закріплено види обшуку в окремих процесуальних нормах, на відміну від процесуального законодавства деяких іноземних країн, де визначено як окремі види обшук житла чи іншого володіння особи, особистий обшук та інші його види.

# РОЗДІЛ 2
# МЕХАНІЗМ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ТА ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ СТОРОНОЮ ЗАХИСТУ Й ІНШИМИ УЧАСНИКАМИ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ

## 2.1. Учасники кримінального провадження та інші суб'єкти забезпечення прав і законних інтересів особи під час проведення обшуку

Значним досягненням реформування досудового розслідування є розширення змагальних засад у цій стадії кримінального провадження, оскільки в правовій державі змагальність є пріоритетним способом організації вирішення кримінально-правового спору. Цю діяльність здійснюють учасники кримінального провадження за чітко визначеною правовою процедурою: серед засобів збирання доказів – сукупність процесуальних дій, визначена в частинах 2, 3 статті 93 КПК України, зокрема проведення СРД (для сторони обвинувачення) та ініціювання їх проведення (для сторони захисту).

Згідно з визначенням, запропонованим у тлумачному словнику, поняття «учасник» означає «той, хто бере або брав участь у чому-небудь» [134, с. 638]. Натомість «суб'єкт» – це особа, група осіб, організація та інші, яким належить активна роль у певному процесі, акті [134, с. 469]. У юридичній сфері суб'єкт права – це фізична або юридична особа, яка за законом володіє здатністю мати й здійснювати безпосередньо або через представника права та юридичні обов'язки, тобто має правосуб'єктність. Суб'єкт права є обов'язковим елементом правовідносин у всіх галузях права, хоча в кожній з них він має певну специфіку [249, с. 260]. Суб'єкт права – фізична або юридична особа, яка є учасником національних чи міжнародних правовідносин [247, с. 680].

Отже, суб'єкт завжди є учасником, крім того, кожний суб'єкт має власний правовий статус. Термін «статус» (від лат. status – стан) потлумачено як положення, стан чого-небудь чи кого-небудь [134, с. 420]; сукупність прав і

обов'язків громадянина або юридичної особи [26, с. 1191]. Правовий статус особи – це система прав, свобод та обов'язків, а також законних інтересів людини як суб'єкта права, визнана та гарантована державою [17, с. 525]. У теорії права правовий статус особи традиційно визначають як сукупність суб'єктивних прав, юридичних обов'язків і законних інтересів суб'єкта права [209, с. 237].

У контексті теми дослідження забезпечення прав та законних інтересів особи під час проведення обшуку в кримінальному провадженні – це діяльність визначених законом суб'єктів, спрямована на створення відповідних умов для реалізації цих прав, утримання від вчинення дій, які їх безпідставно обмежують і порушують, а в разі допущення таких порушень – вжиття заходів щодо ефективного захисту законних інтересів правомочного суб'єкта й відновлення його правового становища. Гарантією ж забезпечення дотримання прав та законних інтересів учасників обшуку в кримінальному провадженні є надання відповідному суб'єкту, якого залучають чи допускають до проведенння цієї СРД, ефективних засобів протидії їх порушенню. Це цілком логічно, адже про ефективне забезпечення будь-якого права або законного інтересу може йтися лише тоді, коли є ефективний механізм безумовної їх реалізації.

Загальний механізм захисту прав та законних інтересів особи в кримінальному провадженні має власну структуру:

– по-перше, право на захист, визначене як передбачена Конституцією України й іншими законами можливість людини використовувати для захисту свого права дозволені законом дії або звернутися до компетентних державних або міжнародних органів (організацій) з вимогою примусити зобов'язану особу до правомірного обов'язкового поводження (право на користування будь-якими передбаченими законом процесуальними правами й процедурами, встановленими для конкретної форми захисту права; право на оскарження в судовому порядку рішення компетентного органу в конкретній справі тощо);

– по-друге, форми захисту, які визначені як регламентований правом комплекс особливих процедур, здійснюваних правозастосовними органами (наприклад, судом, прокурором) і власне уповноваженою особою в межах

правозахисного процесу та спрямованих на поновлення (підтвердження) порушеного (оскарженого) права;

– по-третє, примусові засоби захисту. Вони утворюють матеріально-правові та процесуальні норми й процедури, використовувані юрисдикційними органами на вимогу уповноваженої особи для примусового поновлення його порушеного (оскарженого) права [197, с. 8–10].

У кримінальному провадженні механізм захисту прав та законних інтересів особи має діяти постійно, оскільки його основним призначенням у кримінальному провадженні є посилення поваги до людської гідності, її особистого життя, беззаперечного й невідкладного вжиття відповідних заходів у випадках порушення прав і свобод особи. Загальними суб'єктами системи забезпечення та захисту конституційних прав і свобод людини є різноманітні державні інституції, зокрема представники судових, правоохоронних та правозахисних органів, основним обов'язком яких є забезпечення зазначеного механізму.

Водночас провідну роль у системі органів, які мають підтримувати законність і правопорядок, здійснювати належний їх захист у процесі, відіграють органи адвокатури. У сучасних умовах державотворення та формування правових інститутів України актуалізуються питання адвокатської діяльності. Належний захист у кримінальному процесі має важливе значення, оскільки є обов'язковим елементом державного й суспільного розвитку, основою для формування демократичної правової держави та громадянського суспільства [52, с. 686].

У кримінальному провадженні за сферою дії захист прав і свобод особи поділяють на внутрішньодержавний, здійснюваний за допомогою внутрішньодержавних засобів захисту прав та свобод особи, і міжнародний, який здійснюють на підставі загальновизнаних засад і норм, що регулюють сферу захисту прав і свобод особи міжнародними установами й організаціями, наділеними відповідними функціями та повноваженнями [13, с. 53–56].

Своєю чергою внутрішньодержавний захист прав і свобод особи поділяють за суб'єктами здійснення цього захисту на: судовий; прокурорський; захист конституційних прав громадян захисником; захист Уповноваженим Верховної

Ради України з прав людини; захист прав людини і громадянина громадськими правозахисними організаціями [40, с. 51–55].

З огляду на предмет дослідження, докладнішому розгляду підлягає процесуальна діяльність учасників кримінального провадження та інших суб'єктів, які ними не є, відповідно до пункту 25 частини 1 статті 3 КПК України, щодо забезпечення прав і законних інтересів особи під час проведення обшуку.

Особи, які уповноважені проводити дії або приймати рішення щодо обшуку, зобов'язані уникати його безпідставного проведення, а у випадку допущення його порушення – вживати заходів стосовно невідкладного захисту законних інтересів осіб, яких він стосується. По суті, праву на недоторканність житла чи іншого володіння особи, забезпеченню права на свободу й особисту недоторканність корелює низка обов'язків суб'єктів, уповноважених на проведення цих процесуальних дій.

Зокрема, суб'єктами забезпечення прав та законних інтересів особи під час проведення обшуку в кримінальному провадженні є його учасники, які, слушно зазначає І. В. Вегера-Іжевська, є: уповноваженими на звернення до слідчого судді з клопотанням про проведення процесуальної дії, його обґрунтування та доведення в суді наявності підстав для обмеження цього конституційного права людини в спосіб, передбачений КПК України; уповноваженими здійснювати обшук у житлі чи іншому володінні особи на підставі ухвали слідчого судді, а також слідчий суддя, суд, до відання якого належить розгляд клопотання про проведення процесуальної дії та прийняття відповідного процесуального рішення [25, с. 239–240].

У випадку проведення обшуку обов'язок забезпечення прав та законних інтересів громадян покладено на слідчого, прокурора. Водночас постає питання щодо можливості проведення обшуку оперативним підрозділом за дорученням слідчого відповідно до частин 1–3 статті 41 КПК України (зокрема, за необхідності одночасного проведення низки обшуків за одним і тим самим кримінальним провадженням). У цій нормі зазначеного Кодексу вказано на обов'язковість виконання письмових доручень слідчого, прокурора, а співробітник оперативно-

го підрозділу користується повноваженнями слідчого, однак він не має права звертатися з клопотаннями до слідчого судді чи прокурора.

Слушною видається висловлена в юридичній літературі позиція, згідно з якою законодавець досить обмежено підійшов до визначення процесуального статусу співробітників оперативних підрозділів у кримінальному провадженні та закріплення його в чинному КПК України [73, с. 175]. Адже, на відміну від слідчого, співробітники оперативних підрозділів не належать ні до сторін, ні до кола учасників кримінального провадження, визначених у пункті 19 частини 1 статті 3 КПК України, хоча фактично належать до сторони обвинувачення (§ 2 глави 3 розділу 1) [179, с. 258].

По-іншому це питання вирішено в постанові Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 29 січня 2019 року у справі № 466/896/17. З матеріалів кримінального провадження вбачається, що ухвалою слідчого судді Галицького районного суду міста Львова від 10 листопада 2016 року дозвіл на проведення обшуку у квартирі АДРЕСА_1 було надано слідчому СВ Галицького відділу поліції ГУ Національної поліції у Львівській області Кулику І. С. Тобто саме Кулик І. С. згідно з умовами дозволу був уповноважений на проведення зазначеної слідчої дії. Попри це, обшук у житлі ОСОБА_1 23 листопада 2016 року фактично був проведений оперативним підрозділом Карпатського управління кіберполіції ГУ Національної поліції України у Львівській області без участі слідчого Кулика І. С.

Суд стверджував, що, згідно з приписами частини 1 статті 236 КПК України, не передбачено можливості виконання ухвали про дозвіл на обшук ніким іншим, окрім слідчого чи прокурора. Відповідно до умов ухвали слідчого судді від 10 листопада 2016 року, дозвіл на проведення обшуку надано саме слідчому Кулику І. С., а не оперативним підрозділам.

На думку суду касаційної інстанції, положення пункту 3 частини 2 статті 40 КПК України про наявність у слідчого права доручати проведення слідчих дій оперативним підрозділам у цьому випадку не підлягають

застосуванню, оскільки прямо суперечать вимогам закону щодо порядку проведення обшуку [161].

Зазначена постанова вищої судової інстанції, безумовно, має ознаки судового прецеденту, хоча й не є безспірною. Складність і невизначеність цього положення полягає в тому, що, відповідно до частини 1 статті 236 КПК України, ухвала про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи насправді, як зазначено в цій процесуальній нормі, може бути виконана слідчим чи прокурором, а інші учасники кримінального провадження в ній не зазначені. Це положення КПК України є суперечливим: по-перше, у цій нормі немає згадки про проведення обшуку органом Національної поліції України за місцем проведення цих дій на підставі клопотання сторони захисту (частина 2 статті 166 КПК України); по-друге, в структурі ухвали слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи немає положення про те, що в цьому процесуальному документі має бути зазначено прізвище конкретної особи для виконання цієї ухвали; по-третє, у низці статей КПК України так само, як і в частині 1 статті 236, зазначено про проведення деяких СРД саме слідчим, прокурором (одночасний допит двох чи більше вже допитаних осіб – частина 9 статті 224, пред'явлення для впізнання – частина 1 статті 228, огляд – частина 1 статті 237, слідчий експеримент – частина 1 статті 240 тощо цього Кодексу), однак ці СРД може проводити співробітник оперативного підроділу за письмовим дорученням слідчого, прокурора. Системний аналіз зазначених та інших норм КПК України засвідчує неврегульованість цього положення та їх невідповідність між собою. Це питання не постає у випадку проведення обшуку слідчим зі складу групи слідчих; не повинно воно, на наш погляд, виникати за наявності: 1) ухвали слідчого судді, де зазначено прізвище конкретного слідчого, який звернувся з клопотанням; 2) його письмового доручення співробітнику оперативного підрозділу щодо проведення обшуку житла чи іншого володіння особи. З огляду на викладене, вирішення цього питання не потребує жодних змін і доповнень до чинного КПК України. Однак його неоднозначність визначає

необхідність офіційного тлумачення КСУ положень статті 30 Конституції України та відповідності їй частини 1 статті 236 КПК України.

Щодо вжиття належних заходів для забезпечення присутності під час проведення обшуку осіб, права та законні інтереси яких може бути обмежено або порушено (частина 3 статті 223 КПК України), найчастіше йдеться про власника житла чи іншого володіння особи. Його присутність під час обшуку є гарантією законного й об'єктивного відображення результатів цієї СРД, дотримання правових приписів кримінального процесуального закону [104, с. 551].

Наприклад, І. С. Ілієнко розглядає такий випадок: якщо в ухвалі слідчого судді зазначено про обшук будівлі за певною адресою, а в цій будівлі розташовано офісні приміщення, то в цьому разі може бути порушено права як власника будівлі, так й орендарів офісних приміщень. Отже, всі вони мають бути присутніми. Більш того, якщо в цьому приміщенні працює адвокат, то під час проведення обшуку приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність, має бути присутній представник ради адвокатів регіону, який має право ставити запитання, висловлювати свої зауваження та заперечення щодо порядку проведення процесуальних дій, що зазначають у протоколі (стаття 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»). Недодержання прав осіб також може призвести до визнання здобутих доказів неприпустимими [71]. Тому обов'язком сторони обвинувачення є встановлення й запрошення осіб, права та законні інтереси яких може бути обмежено або порушено, як одна з умов проведення обшуку.

Забезпеченню прав і законних інтересів учасників кримінального провадження присвячено принципи правової держави, міжнародно-правові стандарти захисту прав людини, що однозначно передбачають можливість судового захисту на всіх етапах кримінального провадження. Держава, зауважує А. Р. Туманянц, посилаючись на А. П. Гуськову, повинна мати таку систему захисту прав і свобод, щоб зміцнити правову захищеність громадян. У зв'язку із цим розвиток і становлення судового контролю як форми судового захисту прав

та свобод громадян є надійним механізмом забезпечення прав особи в кримінальному провадженні [216, с. 896].

У практиці ЄСПЛ сформульовано низку позицій щодо можливості обмеження аналізованого права лише на підставі рішення суду, обґрунтованості втручання органів державної влади, необхідності конкретизації в рішенні суду про надання дозволу на проведення процесуальних дій у житлі предметів, які може бути вилучено, нерозголошення відомостей про приватне життя особи, що стали відомі у зв'язку із проведеним втручанням тощо. Більшість цих позицій імплементовано в законодавство України, яке серед іншого передбачило умови, за яких слідчий суддя відмовляє в задоволенні клопотання про обшук, а також вимоги стосовно обґрунтування ухвали слідчого судді про надання дозволу на проведення цієї СРД (статті 234, 235 КПК України).

У рішенні ЄСПЛ у справі «Волохи проти України» Суд зазначив, що «верховенство права між іншим (inter alia) передбачає, що втручання органів виконавчої влади в права осіб має підлягати ефективному контролю, який здебільшого має здійснювати судовий орган, щонайменше як остання інстанція, оскільки судовий контроль надає найбільші гарантії незалежності, безсторонності та здійснення належного провадження (пункт 52)» [184].

Належний судовий контроль за об'єктивним, повним і неупередженим досудовим розслідуванням покладено на слідчого суддю. З його появою відпала частина не властивих як слідчому, так і прокуророві функцій, а чіткий їх розподіл на стадії досудового розслідування є гарантією реалізації засади змагальності сторін і свободи в поданні ними суду своїх доказів і доведенні перед судом їх переконливості.

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. Це покладає на слідчого суддю відповідальність за виконання його процесуальної функції, здійснення ним ефективного контролю за дотриманням прав людини під час кримінального провадження. Ознайомлення з їх матеріалами та власний досвід багаторічної адвокатської діяльності надають підстави для деяких узагальнень, пов'язаних із помилками, яких припускається слідчий суддя під час розгляду клопотання та постановлення ухвали, зокрема:

– проведення судового засідання без участі слідчого або прокурора; порушення процедури проведення засідання (відсутність відео-, аудіофіксації та журналу судового засідання), проведення інших засідань під час перебування в нарадчій кімнаті;

– задоволення клопотання, яке не містить підстав для обшуку, індивідуальних або родових ознак речей, документів, іншого майна, яке планують відшукати; обґрунтування того, що доступ до речей, документів або відомостей, які можуть у них міститися, неможливо отримати органом досудового розслідування за допомогою проведення інших СРД відповідно до частини 2 статті 93 КПК України;

– невмотивованість прийнятого рішення: до клопотання не додані оригінали або копії документів, якими прокурор, слідчий обґрунтовує доводи клопотання, крім витягу з ЄРДР щодо кримінального провадження та постанов про визначення групи слідчих і прокурорів;

– відсутність в ухвалі точної адреси проведення обшуку (номер квартири, офісу тощо) або її помилковість, що своєю чергою призводить до порушення прав інших осіб, яких може бути залучено до цієї СРД, але вони не мають жодного відношення до кримінального провадження (додаток В).

Окреслене коло суб'єктів забезпечення прав та законних інтересів під час проведення обшуку буде неповним без захисника підозрюваного, обвинуваченого, а також адвоката особи, у якої проводять процесуальну дію. Унаслідок вираженого правозахисного спрямування їхньої діяльності ці особи відіграють важливу роль у забезпеченні прав та законних інтересів громадян, надаючи професійну правничу допомогу та реалізуючи передбачені законом процесуальні

права. Результати проведеного анкетування засвідчують, що найреальнішими шляхами для сторони обвинувачення стосовно дотримання прав та законних інтересів учасників проведення обшуку 36,64 % слідчих вважають активну позицію підозрюваного, члена його сім'ї чи іншої обшукуваної особи з відстоювання своїх інтересів без залучення захисника; 32,67 % – неухильне дотримання стороною обвинувачення вимог процесуального закону під час проведення обшуку; лише 30,69 % – виклик захисника для участі в проведенні обшуку й наданні кваліфікованої юридичної допомоги (додаток А). Відповіді адвокатів на це питання прогнозовано різняться: 58,2 % адвокатів переконані, що реальними шляхами дотримання прав та законних інтересів учасників проведення обшуку є виклик захисника для участі в проведенні обшуку й наданні кваліфікованої юридичної допомоги; на думку 26,5 %, важливими є спільні дії обшукуваного та його захисника під час проведення обшуку; лише 15,3 % адвокатів зазначають про активну позицію підозрюваного, члена його сім'ї чи іншої обшукуваної особи з відстоювання своїх інтересів без залучення захисника (додаток Б). Такі результати анкетування наочно засвідчують розбіжності в поглядах слідчих та адвокатів на питання щодо участі та ролі захисника під час проведення обшуку.

Захисником у кримінальному провадженні, згідно з частиною 1 статті 45 КПК України, може бути лише особа – адвокат, яка має свідоцтво на право займатися адвокатською діяльністю та зареєстрована в Єдиному реєстрі адвокатів України. Відповідно до частини 2 зазначеної статті цього Кодексу, не може бути захисником адвокат, відомості якого не внесено до Єдиного реєстру адвокатів України або стосовно якого в реєстрі містяться відомості про зупинення або припинення права на зайняття адвокатською діяльністю. Отже, в КПК України чітко встановлено вимоги щодо підтвердження статусу захисника як учасника кримінального провадження, який реалізує функцію захисту від підозри (обвинувачення), за процесуальним статусом іменується захисником і може бути лише адвокатом за професією.

На захисників–адвокатів покладено обов'язок забезпечити захист особи й надання їй необхідної правової допомоги, у низці випадків – безоплатної. Попри

законодавче закріплення зазначеного положення, у науці триває дискусія щодо визначення поняття та правового статусу осіб, що реалізують право на правову допомогу в кримінальному провадженні. Ще до прийняття КПК України 2012 року Р. А. Чайка цілком слушно зауважував, що варто розрізняти поняття «захисник» і «адвокат». На думку цього науковця, адвокат – це особа, яка займається професійною діяльністю, тобто є правозаступником і правозахисником, надає правову допомогу, здійснює представництво в судах, господарських справах, підприємствах, установах та організаціях, державних органах, а також здійснює захист підозрюваного, обвинуваченого. Правовий статус адвоката виникає не у зв'язку з його участю в судочинстві, а через відповідну процедуру, яка передбачена законодавством України. Натомість захисник у кримінальному провадженні, продовжує далі зазначений автор, – це особа, спеціально уповноважена відстоювати законні інтереси обвинуваченого, підсудного й надає йому необхідну правову допомогу в реалізації його процесуальних прав. Процесуальним статусом ця особа наділена з моменту допуску до участі у справі [238, с. 15]. Тож одночасне наділення правовим статусом адвоката, що визначається Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», та захисника, процесуальний статус якого ґрунтується на правах підозрюваного, обвинуваченого,закріплених у КПК України, на переконання С. Є. Абламського, на практиці зумовлює правову колізію. Пояснюється це тим, що захисник, посилаючись на положення вказаного Закону, начебто вчиняє процесуальні дії та отримує фактичні дані, але сторона обвинувачення та суд відмовляються визнавати їх належними та допустимими, обґрунтовуючи це тим, що у положеннях КПК України захисник не наділений відповідними права і механізму їх реалізації не передбачено [1, с. 52]. На думку О. В. Мартовицької, з якою варто погодитися, незважаючи на те, що у статті 45 КПК України визначено, що особа, яка реалізує право на правову допомогу, йменується захисником, який є адвокатом, втім підняті питання не є остаточними і потребують окремого дослідження або наукового вивчення [119, с. 296].

У науковій літературі деякі автори цілком слушно стверджують, що саме у сфері кримінального судочинства найчастіше зустрічаються різноманітні порушення прав людини, на стороні яких стоїть адвокат. У таких справах на кону стоять надто важливі речі, тому захист не може бути довіреної неспеціалісту [127, с. 13].

Інші науковці, досліджуючи саме статус адвоката, визнають, що єдиною, головною відмінністю адвокатури як суб'єкта надання правової допомоги є власний адвокатський статус, тобто сукупність передбачених законом прав, обов'язків і гарантій адвокатської діяльності [39, с. 12–16]. Цей особливий статус і справді покликаний забезпечити ефективність правової допомоги адвоката, порівняно з юридичними послугами, що надають в Україні інші суб'єкти. Водночас особливість кримінального провадження полягає в тому, що особа, будучи адвокатом за професією, може в різних випадках мати різний процесуальний статус – захисника, представника і власне адвоката.

Тож поняття «захисник» та «адвокат» не є тотожними. Зокрема, під час захисту підозрюваного адвокат за професією є захисником цих осіб за своїм процесуальним статусом. Натомість, надаючи юридичну допомогу потерпілому, адвокат за професією є його представником за процесуальним статусом відповідно до частини 1 статті 58 КПК України. Щодо свідка чи іншого учасника кримінального провадження, крім підозрюваного, обвинуваченого, ця особа є адвокатом як за професією, так і за процесуальним статусом (наприклад, пункт 2 частини 1 статті 66, частина 3 статті 236 КПК України). Опосередковано про цю відмінність йдеться і в деяких нормах КПК України. Зокрема, у частині 1 статті 236 цього Кодексу, що унормовує процесуальні аспекти проведення обшуку, зазначено, що 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 згідно з положеннями статті 50 цього Кодексу [51, с. 97].

Таким чином, доцільно розмежовувати статус адвоката на правовий та кримінальний процесуальний, оскільки правова допомога адвоката на стадії

досудового розслідування не обмежується лише його процесуальним статусом у кримінальному провадженні.

Оскільки законодавець не визначає, хто може запрошувати захисника, таке право, передбачене частиною 1 статті 236 КПК України щодо можливості допущення або недопущення службовою особою органу досудового розслідування адвоката/захисника до особи–клієнта спричиняє зловживання такими особами своїми службовими правами.

Зокрема, у рішенні № 10-2015 від 17 вересня 2015 року Консультативна рада при Генеральній прокуратурі України зазначила, що не відповідає розумності, добросовісності та справедливості наявна практика органів, які здійснюють досудове розслідування, щодо недопущення до участі в проведенні обшуків (оглядів) адвокатів та/або законних представників осіб, які є власниками та/або фактичними володільцями обшукуваного житла (іншого володіння). Консультативна рада зазначила про наявність у власників та/або фактичних володільців житла (іншого володіння) права на отримання правової допомоги під час проведення обшуку (огляду) належних їм об’єктів і про право їх адвокатів та/або інших законних представників бути допущеними до участі в обшуку (огляді) навіть у випадку, якщо вони прибули до місця його проведення після його початку, із зазначенням у протоколі часу їх прибуття.

У листі від 22 лютого 2016 року за № 0416-36 вих-82окв-16 Генеральна прокуратура України зазначила про наявність фактів недопущення адвокатів до участі в проведенні обшуків та інших процесуальних дій і констатувала, що такі дії органів, які здійснюють досудове розслідування, порушують конституційне право осіб на кваліфікований захист, тож визнала необхідність невідкладно вжити належних заходів для недопущення фактів незаконної відмови адвокатам брати участь у СРД та інших процесуальних діях [41].

З огляду на зазначене, постає практична потреба в офіційному тлумаченні положення частини 1 статті 236 КПК України щодо формулювання: «Для участі в проведенні обшуку може бути запрошений потерпілий, підозрюваний, захисник, представник та інші учасники кримінального провадження» та частини 3

статті 237 КПК України щодо формулювання: «Для участі в огляді може бути запрошений потерпілий, підозрюваний, захисник, законний представник та інші учасники кримінального провадження» з метою усунення невідповідності вказаних норм статтям 59, 64 Конституції України й однозначного їх застосування слідчим, прокурором під час проведення таких СРД, як обшук, огляд житла та іншого володіння особи. Зокрема, потребують офіційного тлумачення питання:

– чи мають власники та/або фактичні володільці житла (іншого володіння) право на отримання правової допомоги під час проведення обшуку (огляду) належного їм житла (іншого володіння);

– чи має право слідчий, прокурор не допускати до участі в проведенні обшуку (огляду) житла чи іншого володіння особи адвокатів та/або законних представників осіб, які є власниками та/або фактичними володільцями житла (іншого володіння), навіть у випадку, якщо вони прибули до місця проведення обшуку (огляду) житла (іншого володіння) після початку слідчої дії.

У КПК України передбачено досить широке коло учасників обшуку, однак, на відміну від поняття «учасник кримінального провадження», не визначеним є термін «учасник слідчої (розшукової) дії». Проте від визнання певної особи учасником СРД безпосередньо залежать її правовий статус, а також місце та роль у кримінальних процесуальних правовідносинах. Правильний добір учасників обшуку, організація взаємодії між ними під час проведення цієї СРД є запорукою законності й ефективності процесу розслідування кримінального правопорушення загалом.

Серед учасників кримінального провадження визначено сторони кримінального провадження (пункт 25 частини 1 статті 3 КПК України) та учасники судового провадження (пункт 26 цієї самої статті зазначеного Кодексу). Законодавець висвітлює зміст двох важливих для теорії та практики правових понять, а саме: сторони кримінального провадження – з боку обвинувачення: слідчий, керівник органу досудового розслідування, прокурор, а також потерпілий, його представник і законний представник; з боку захисту: підозрюваний, обвинувачений (підсудний), засуджений, виправданий, особа, стосовно якої

передбачено застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, їхні захисники та законні представники (пункт 19 частини 1 статті 3 КПК України); учасники кримінального провадження – сторони, потерпілий, його представник та законний представник, цивільний позивач, його представник і законний представник, цивільний відповідач і його представник, особа, стосовно якої розглядається питання про видачу в іноземну державу (екстрадицію), заявник, свідок та його адвокат, понятий, заставодавець, перекладач, експерт, спеціаліст, секретар судового засідання, судовий розпорядник (пункт 25 частини 1 статті 3 цього Кодексу). Привертає увагу та обставина, що ні до сторони обвинувачення, ні до учасників кримінального провадження не належить співробітник оперативного підрозділу, що викликає низку питань щодо їхньої участі в проведенні обшуку.

Одним із значень терміна «участь» є «спільна дія, діяльність» зазначених суб'єктів. Брати участь – означає «бути учасником чого-небудь». Відповідно, учасник – той, хто «бере або брав участь у чому-небудь» [26, с. 95, 1522].

У КПК України вжито також термін «присутність», який означає «перебування у якому-небудь місці в певний час» [26, с. 1134]. Бути присутнім означає «перебувати свідком, а також по службі чи посаді» [138, с. 527].

Цілком поділяємо позицію Н. В. Титової, яка стверджує, що поняття «присутність» і «участь» є нерівнозначними: присутність передбачає пасивне спостереження за діями або подіями, участь – можливість впливати на їх хід та відповідно результати. Отже, надзвичайно важливим є законодавче врегулювання процесуального статусу осіб, які «беруть участь» чи «присутні» під час проведення СРД, зокрема обшуку [214, с. 371].

У цьому аспекті викликає заперечення унормування в частині 1 статті 236 КПК України положення про те, що, незалежно від стадії цієї слідчої (розшукової) 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 згідно з положеннями статті 50 цього Кодексу. За логікою законодавця, службова особа, яку запрошено для

участі в проведенні обшуку (наприклад, спеціаліст – працівник Національної поліції України, запрошений для надання допомоги щодо здійснення безперервної відеофіксації проведення цієї СРД), може вирішувати питання про допуск на місце його проведення захисника чи адвоката. Така позиція не є слушною, оскільки зазначена особа, будучи службовою, має цілком інші завдання й повноваження. Натомість, як нами було обгрунтовано раніше, за письмовим дорученням слідчого, прокурора обшук може провести співробітник оперативного підроділу, користуючись повноваженнями слідчого.

З огляду на зазначене, пропонуємо в п'ятому реченні частини 1 статті 236 КПК України словосполучення «інша службова особа, яка бере участь у проведенні обшуку» замінити словосполученням «*інша службова особа, яка проводить обшук*» і далі за текстом. Врахування цієї пропозиції сприятиме однаковому визначенню тих учасників, які, по-перше, самі уповноважені провести обшук, по-друге, вирішувати питання про допуск на місце його проведення інших осіб, зокрема захисника чи адвоката.

Отже, усіх цих суб'єктів слід розглядати, насамперед, як осіб, що потрапили у сферу кримінальних процесуальних правовідносин, а тому потребують дотримання їхніх прав та законних інтересів. Крім цього, вони можуть мати власні інтереси або представляти інтереси інших осіб, тому мають бути зацікавлені в присутності або участі під час проведення обшуку та його результатах.

Вважаємо, що учасників обшуку може бути класифіковано залежно від їхнього статусу як сторони кримінального провадження, виду обшуку, наявності можливості ініціювання його проведення, обов'язковості або факультативності їх залучення, місця й ролі в доказуванні та здійснюваних ними функцій. Такі критерії сприятимуть кращому визначенню особливостей забезпечення дотримання прав та законних інтересів осіб, які у тій чи іншій якості беруть участь у проведенні обшуку. Усіх зазначених осіб, на наш погляд, доцільно поділити на дві групи: 1) особи, діяльність яких спрямована на швидке та якісне проведення обшуку, відшукання й вилучення матеріальних об'єктів з метою їх використання

у доказуванні; 2) особи, які потребують забезпечення дотримання їхніх прав та законних інтересів під час проведення обшуку. Саме процесуальна діяльність представників другої групи учасників, важливе місце серед яких належить захисникові, потребує посиленої уваги, оскільки проведення обшуку майже завжди пов'язане із істотними обмеженням їхнього конституційного права на недоторканність житла чи іншого володіння особи [51, с. 95].

Зазначені критерії надають можливість відобразити особливості процесу забезпечення дотримання прав та законних інтересів осіб, які опинилися у сфері кримінального провадження, зокрема, під час проведення обшуку. Одним з них є визначення питання, представник якої зі сторін кримінального провадження має право чи зобов'язаний забезпечити присутність або участь інших осіб, чиї права та законні інтереси може бути обмежено або порушено.

З огляду на зазначене, обов'язковими учасниками проведення обшуку за ініціативою сторони обвинувачення є: слідчий, прокурор, не менше ніж двоє понятих. Факультативними учасниками, яких може запросити сторона обвинувачення, згідно із частиною 1 статті 236 КПК України, є потерпілий, підозрюваний, захисник, представник, адвокат та інші учасники кримінального провадження. Вважаємо, що такими учасниками є особи, перелічені в пункті 25 частини 1 статті 3 КПК України, представник ради адвокатів регіону (у випадках проведення обшуку в адвоката), а також співробітники оперативного підрозділу, яких може бути запрошено для участі в проведенні обшуку з метою надання допомоги в проникнення до приміщення, забезпечення належного порядку й охорони місця проведення обшуку, однак проводити обшук спільно зі слідчим вони не уповноважені. Натомість ці особи можуть здійснювати активні дії лише у випадку виконання письмового доручення слідчого, прокурора на проведення обшуку. Крім цього, з метою одержання допомоги з питань, що потребують спеціальних знань, для участі в обшуку стороною обвинувачення може бути запрошено спеціалістів (наприклад, для здійснення аудіо-, відеофіксації; надання допомоги під час використання спеціальних знань, проведення допоміжних

трудомістких і некваліфікованих робіт тощо), а також осіб, чиї права та законні інтереси може бути обмежено або порушено.

У випадку проведення обшуку за ініціативою сторони обвинувачення захисник–адвокат як факультативний учасник цієї СРД своєю чергою може запросити для участі в її проведенні спеціаліста та перекладача.

Обов'язковими учасниками проведення обшуку за клопотанням сторони захисту, відповідно до частини 2 статті 166 КПК України, є слідчий, прокурор або орган Національної поліції за місцем проведення цієї дії, не менше ніж двоє понятих, а також особа, за клопотанням якої надано дозвіл на її проведення. Такою особою теоретично може бути як захисник, так й інший представник сторони захисту, зокрема підозрюваний, однак у практичній діяльності з розслідування кримінальних правопорушень ці випадки є вкрай рідкісними.

З огляду на вимоги частини 2 статті 166 КПК України, відповідно до яких зазначений вид обшуку проводять згідно з положеннями цього Кодексу, як факультативних учасників може бути залучено потерпілого, підозрюваного (якщо ініціатором проведення цього обшуку був захисник, представник чи адвокат), визначених в законі учасників кримінального провадження, співробітників оперативного підрозділу, а також осіб, чиї права та законні інтереси може бути обмежено або порушено. Перелік цих учасників кримінального провадження є загальним для проведення обшуку за ініціативою як сторони захисту, так й обвинувачення. Натомість спільною під час проведення обшуку за ініціативою сторони обвинувачення для неї та сторони захисту є можливість запрошення ними лише спеціаліста та перекладача як факультативних учасників.

## 2.2. Діяльність сторони захисту й осіб, чиї права та законні інтереси може бути обмежено або порушено, під час проведення обшуку

Стороною кримінального провадження з боку захисту, відповідно до пункту 19 частини 1 статті 3 КПК України, є: підозрюваний, обвинувачений

(підсудний), засуджений, виправданий, особа, стосовно якої передбачено застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, їхні захисники та законні представники.

Поза сумнівом, центральною фігурою сторони захисту є *захисник–адвокат* як професійно підготовлена особа, що має, відповідно до закону, широке коло повноважень щодо забезпечення прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб у кримінальному провадженні. Тому саме з нього, на наш погляд, доцільно розпочинати розгляд проблемних питань правового регулювання діяльності сторони захисту під час проведення обшуку за чинним законодавством України [51, с. 95].

Відповідно до частини 4 статті 46, частин 1, 2 статті 50 КПК України, захисник–адвокат здійснює захист підозрюваного та користується процесуальними правами особи, захист якої він здійснює, крім процесуальних прав, реалізацію яких здійснює безпосередньо підозрюваний і не може бути доручено захиснику, з моменту надання передбачених цим Кодексом документів: свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю; ордера, договору із захисником або доручення органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги. Встановлення будь-яких додаткових вимог, крім пред'явлення захисником документа, що посвідчує його особу, або умов для підтвердження повноважень захисника чи для його залучення, до участі в кримінальному провадженні не допускається (частина 2 статті 50 КПК України) [51, с. 97].

Забезпечення права підозрюваного мати захисника передбачає, що на підставі частин 1, 3 статті 236 КПК України захисника може бути запрошено для участі в проведенні обшуку в підзахисного й незалежно від стадії цієї СРД; слідчий, прокурор, інша службова особа, яка бере участь у проведенні обшуку, зобов'язані допустити на місце його проведення захисника чи адвоката, повноваження якого підтверджено згідно з положеннями статті 50 КПК України.

Законодавство України гарантує кожній підозрюваній особі, відповідно й тій, яку обшукують, право на одержання кваліфікованої юридичної допомоги. Найважливішою гарантією реалізації цього права є участь захисника в

кримінальному провадженні, зокрема, під час проведення СРД, у яких беруть участь його підзахисні особи. До прикладу, 80,2 % слідчих і 71,4 % адвокатів зазначають, що обшук може бути проведено саме в підозрюваного чи особи, стосовно якої передбачено застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішували питання про їх застосування (додатки А, Б).

Водночас під час проведення такої важливої й складної СРД, як обшук, що має здебільшого вирішальний вплив на весь хід досудового розслідування, адвокати беруть участь зрідка, оскільки слідчі не сповіщають ні підозрюваного, ні адвоката про те, що має відбутися його проведення.

Деякі слідчі керувалися тактичними міркуваннями: забезпечення раптовості проведення пошукових дій; «нейтралізація» адвоката для того, щоб він не заважав, не чинив тиску на понятих тощо. Такі аргументи є непереконливими й суперечать загальним засадам кримінального провадження (рівність перед законом і судом, право на захист, змагальність сторін та свобода в поданні ними суду своїх доказів та доведенні перед судом їх переконливості тощо).

Відповідно до частини 5 статті 46 КПК України, захисник має право брати участь у проведенні процесуальних дій за участю підозрюваного. У цьому випадку слідчий повинен мати обов’язок повідомляти захисника про проведення цих дій. Однак у КПК України немає такої зобов’язувальної норми. На наше переконання, недостатньо лише надати право учаснику кримінального провадження, необхідно ще створити спеціальні нормативні й організаційні засоби, що гарантуватимуть як здійснення цих прав і реалізацію законних інтересів, так і захист їх від безпідставного ускладнення, а подеколи – і безпосереднього порушення. У зв’язку з викладеним, пропонуємо доповнити частину 5 статті 46 КПК України третім реченням такого змісту: *«За наявності клопотання підозрюваного чи його захисника слідчий зобов’язаний завчасно повідомляти захисника про всі подальші процесуальні дії за участю підозрюваного».* У цьому випадку захисник підозрюваного матиме реальну можливість самостійно вирішувати потребу прибуття для участі в проведенні процесуальних дій з підзахисною особою [51, с. 98–99].

Захисник–адвокат, так само як і його підзахисний, наразі не є обов'язковими учасниками проведення обшуку. Однак видається, що у випадку, якщо слідчий планує присутність підозрюваного під час проведення цієї процесуальної дії, він повинен, перебуваючи на місці проведення обшуку, після пред'явлення ухвали суду з'ясувати його думку щодо того, чи потрібен йому виклик захисника. Оскільки ініціатива такого виклику має належати обшукуваному, а спрогнозувати її неможливо, слідчий повинен постійно бути готовим до відповідного клопотання. Забезпечення підозрюваному права на захист передбачає обов'язок слідчого надати можливість цій особі захищатися встановленими законом засобами та способами від порушення її особистих і майнових прав. Тож відмова від участі захисника під час проведення обшуку, на нашу думку, має бути заявлена підозрюваним добровільно, у зрозумілій для всіх присутніх учасників обшуку формі. Засвідчує добровільність такої відмови й обов'язкова фіксація проведення обшуку на підставі ухвали слідчого судді за допомогою звуко- та відеозаписувальних технічних засобів. Бажано було б також власноручно зафіксувати відмову в протоколі обшуку, хоча таке положення в статті 236 КПК України безпосередньо не передбачено. У частині 8 зазначеної статті регламентовано, що особи, у присутності яких здійснюють обшук, під час проведення цієї СРД мають право робити заяви, що підлягають занесенню до протоколу обшуку. Саме такою заявою, на наш погляд, має бути відмова обшукуваного від участі захисника під час проведення обшуку.

За загальними правилами, передбаченими абзацом другим частини 2 статті 46 КПК України, якщо підозрюваний заперечує проти проведення процесуальної дії за відсутності захисника, проведення процесуальної дії відкладають або для її проведення залучають захисника в порядку, передбаченому статтею 53 цього Кодексу. З огляду на специфіку діяльності сторони обвинувачення та потребу швидкого, повного і неупередженого розслідування, дотримання положень раптовості, динамічності й оперативності, постає низка питань. Зокрема, якщо захисник, викликаний для участі в проведенні обшуку, не прибув вчасно, або обшукуваний не заявив клопотання щодо його участі, зазначена

норма загального характеру не повинна поширюватися на порядок проведення обшуку, й у цьому разі навряд чи може йтися про порушення прав і законних інтересів обшукуваної особи. Натомість для адвоката є суттєвий стимул якомога швидше прибути на місце обшуку для участі в його проведенні та надання кваліфікованої правової допомоги.

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 необхідність невідкладно з'явитися на місце проведення обшуку. Водночас неврегульованим лишається питання щодо часу, протягом якого захисник має прибути на місце проведення обшуку. В абзаці другому частини 5 статті 236 КПК України безпосередньо зазначено, що неявка адвоката протягом трьох годин не перешкоджає проведенню обшуку особи, однак час, необхідний для прибуття захисника–адвоката для участі в проведенні обшуку житла чи іншого володіння особи, у цьому Кодексі досі не визначено. Ця обставина не сприяє раптовості й оперативності проведення обшуку слідчим, однак не є підставою для порушення прав і законних інтересів обшукуваної особи [51, с. 99–100].

Серед проанкетованих слідчих та адвокатів немає єдиної позиції із цього приводу. Зокрема, на переконання 40,58 % слідчих, захисник для участі в проведенні обшуку має прибути в час, призначений йому стороною обвинувачення; 35,65 % слідчих – протягом 3 годин, 23,77 % – негайно (додаток А). Натомість понад половина адвокатів – 52,02 % – вважають за необхідне прибуття на місце проведення обшуку протягом 3 годин, 32,63 % – негайно, а 15,35 % – коли адвокат буде мати вільний час (додаток Б). Багаторічний досвід адвокатської діяльності засвідчує наявність ще одного актуального питання, що періодично постає під час проведення обшуку, – наявність об'єктивних причин (значна віддаленість від місця проведення обшуку, участь у судовому засіданні за іншим кримінальним провадженням, хвороба, відрядження, відпустка тощо), коли

захисник не може вчасно прибути за викликом. Проанкетовані практичні працівники одностайні лише щодо питання, що в цьому разі слід визначити реальний час, достатній для прибуття захисника на місце проведення обшуку (таку позицію обстоюють 36,63 % слідчих і 59,16 % адвокатів). Щодо інших варіантів відповідей погляди різняться. На думку 33,66 % слідчих, доцільно повідомити про це обшукувану особу для запрошення іншого захисника, а 29,71 % вважають за необхідне залучити захисника через центр з надання безоплатної вторинної правової допомоги для проведення обшуку. Натомість 24,47 % адвокатів направили б свого колегу для участі в обшуку, а 16,37 % – повідомили б підзахисну особу про неможливість прибуття на місце проведення обшуку (додатки А, Б).

На наш погляд, у цьому випадку слід керуватися засадою розумності строків, відповідно до якої розумними вважають строки, що є об'єктивно необхідними для виконання процесуальних дій та прийняття процесуальних рішень. Тож у цьому конкретному випадку строки для прибуття захисника на місце проведення обшуку житла чи іншого володіння особи має бути визначено залежно від низки обставин – місцевості та часу, необхідного для прибуття на місце проведення обшуку, можливості захисника невідкладно приїхати для участі в його проведенні тощо.

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 й обов'язкової його фіксації за допомогою звуко- та відеозаписувальних технічних засобів [51, с. 99–100].

З огляду на зазначене, цілком поділяємо думку авторів, які вважають, що можливо й доцільно було б додати в КПК України пряму норму про обов'язок правоохоронних органів забезпечувати доступ адвоката до будь-якого клієнта, зокрема й не сторони кримінального провадження, під час проведення обшуку належного йому приміщення [145] через центр з надання безоплатної вторинної правової допомоги.

Своєю чергою, згідно з пунктом 3 частини 2 статті 87 КПК України, порушення права підозрюваного на захист шляхом недопущення адвоката до проведення обшуку є безумовною підставою визнання одержаних доказів недопустимими. Факт недопущення до участі в проведенні обшуку зобов'язаний довести саме адвокат у суді під час судового провадження.

*Адвокат–адвокат*. Природне право особи на недоторканність, зокрема житла чи іншого володіння, зумовлює важливість юридичних гарантій у механізмі його забезпечення. Юридичні гарантії мінімізують можливість безпідставного обмеження або порушення зазначеного права з боку сторони обвинувачення, а саме під час проведення СРД. Однією з таких гарантій є участь адвоката під час проведення обшуку.

У практичній діяльності адвоката є два проблемні аспекти участі його під час проведення обшуку. Перший наявний у разі, якщо йдеться про допуск до участі в проведенні обшуку житла чи іншого володіння особи адвоката як захисника підозрюваного, який уже має в кримінальному провадженні визначений процесуальний статус і потребує кваліфікованої юридичної допомоги та захисту від підозри. Другий аспект виникає під час надання правової допомоги особі, яка до певного часу не має процесуального статусу в кримінальному провадженні. Непоодинокими є випадки, коли постає потреба проведення обшуку житла чи іншого володіння особи в членів сім'ї, співмешканців підозрюваного чи осіб, які є власниками вилученого під час обшуку майна.

Процесуальний статус цієї особи, як й інших учасників кримінального провадження, виникає з моменту залучення до сфери кримінальних процесуальних відносин, що врегульовані нормами чинного законодавства України, зокрема КПК України, законами України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», «Про безоплатну правову допомогу» тощо [51, с. 95–96].

З метою захисту прав учасників кримінального провадження до КПК України було внесено низку змін, серед яких – обов'язок допустити до обшуку захисника чи адвоката на будь-якій стадії його проведення (частина 1 статті 236 КПК України) та право сторони захисту проводити безперешкодну

відеофіксацію обшуку (абзац третій частини 1 статті 107 цього Кодексу). Законодавець пропонує додати адвоката до переліку учасників обшуку як представника особи, інтереси якої обмежують або порушують під час обшуку, висунувши до адвоката такі самі вимоги, як і до захисника (стаття 50 КПК України).

На нашу думку, адвоката необхідно вважати окремим учасником кримінального провадження. Водночас, на відміну від захисника, він має бути наділений чітко окресленим колом прав та обов'язків. До прикладу, адвокат–адвокат, залучений для надання правової допомоги свідкові або особі, яка ще не має процесуального статусу, не може скористатися процесуальними правами й дотримуватися процесуальних обов'язків, визначених виключно для захисника в статтях 46, 47 КПК України. Натомість, відповідно до пунктів 19, 25 частини 1 статті 3, частини 1, абзацу третього частини 3, абзацу другого частини 5 статті 236 цього Кодексу, законодавець розрізняє діяльність захисника й адвоката, проте не визначає його процесуальних повноважень. Вирішенням цієї неврегульованої ситуації, на наш погляд, є доповнення статті 45 КПК України частиною 3 в такій редакції: *«Адвокат надає правову допомогу свідкові й іншим особам, чиї права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені, крім випадків, передбачених частиною першою цієї статті, і статтею 58 цього Кодексу».* Урахування такої пропозиції передбачає зміну назви статті 45 КПК України, що нині має назву «Захисник», іншою назвою – *«Захисник, адвокат»,* а також доповнення пункту 25 частини 1 статті 3 КПК України після слова «свідок» словами: *«особа, чиї права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені»* і далі за текстом. У цьому разі для надання правової допомоги до адвоката може звернутися як свідок, що нині передбачено в законодавстві, так й особа, яка ще не має процесуального статусу, однак бажає отримати таку допомогу у зв'язку з проведенням обшуку щодо неї, її житла чи іншого володіння. Залучення адвоката до участі в кримінальному провадженні в цьому разі безпосередньо сприятиме забезпеченню прав і законних інтересів таких осіб під час проведення обшуку.

Розгляд цього питання буде неповним без дослідження такої категорії, як компетентність адвоката, наявності в нього спеціальних знань у всіх сферах правовідносин, передусім – у специфічних. У практичній діяльності з розслідування кримінальних правопорушень відомі випадки певної спеціалізації адвокатів, зокрема у справах про дорожньо-транспортні події, порушення податкового, митного законодавства тощо. Також робота адвоката пов'язана з певною специфікою у військових справах: по-перше, зі збереженням військової таємниці; по-друге, з регулюванням проходження військової служби статутами Збройних сил України; по-третє, територіальною відокремленістю військових частин і воєнних об'єктів. У зв'язку із цим учені виокремлюють ще два критерії можливої спеціалізації адвокатів: щодо військових кримінальних правопорушень, а саме пов'язаних із ситуацією на Сході країни, а також щодо проваджень, які містять державну таємницю. Такий досвід може бути запозичено з китайського законодавства [78, с. 26].

З огляду на зазначене, доцільним було б створення спеціальних адвокатських об'єднань, у яких працюватимуть спеціально підготовлені адвокати з відповідними допусками до державної, зокрема й військової, таємниці.

*Адвокат–представник* – це особа, яка, відповідно до частини 1 статті 58 КПК України, має право бути захисником і представляти інтереси потерпілого, у якого також може бути проведено обшук. Згідно з конституційними нормами та засадами кримінального провадження, адвокат, що не був запрошений, але фактично прибув, так само має право на доступ до клієнта в будь-якому випадку – як під час проведення обшуку, так і під час інших слідчих чи процесуальних дій (затримання клієнта, допиту, пред'явлення особи чи речей для впізнання тощо) (статті 46, 208, 224, 228, 229 КПК України). Адже КПК України не передбачає наявності в слідчого права не допускати адвоката для участі в проведенні обшуку. Наявність права особи запросити (викликати) адвоката не означає наявність права стороною обвинувачення його не допускати в разі, якщо він з'явився без особистого запрошення для участі в процесуальній дії. Слідчий

зобов'язаний не перешкоджати реалізації конституційного обов'язку – наданню, а також конституційного права – отриманню правової допомоги [216, с. 896].

Наявна конституційна норма прямої дії визначає право на правову допомогу кожної особи незалежно від її процесуального статусу в конкретному кримінальному провадженні. Слідчий має право *запрошувати* адвоката для участі в проведенні обшуку, що, напевно, і спричиняє відповідні зловживання. Однак це право він зобов'язаний реалізовувати, керуючись завданнями та засадами кримінального провадження. Водночас недопустимими є зловживання своїми правами та відсутність будь-якого правового контролю, ризик потенційного порушення з боку органів досудового розслідування прав будь-яких осіб через відсутність їхнього адвоката. Саме ці особи повинні мати можливість повноцінно здійснювати свій конституційний обов'язок – надавати правову допомогу [145].

Зазначене засвідчує і рішення КСУ у справі за конституційним зверненням громадянина І. В. Голованя щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу № 1-23/2009 від 30 вересня 2009 року № 23-рп/2009). КСУ надав тлумачення на користь існування такого права свідка, з огляду на конституційне право на надання правової допомоги й необхідність забезпечення реалізації цього права правоохоронними органами. Відповідно до зазначеного рішення КСУ, реалізація кожним права на правову допомогу не може залежати від статусу особи та характеру її правовідносин з іншими суб'єктами права. Конституційне право кожного на правову допомогу є гарантією реалізації, захисту й охорони інших прав і свобод людини та громадянина, і в цьому полягає його соціальна значущість. Вибір форми та суб'єкта надання такої допомоги залежить від волі особи, яка прагне її отримати. КСУ також зазначив, що гарантування кожному права на правову допомогу в контексті частини другої статті 3, статті 59 Конституції України передбачає для держави відповідні обов'язки щодо забезпечення особи правовою допомогою належного рівня. Відповідно до Основного Закону, визначив КСУ, положення «кожен має право на правову допомогу» (частина перша статті 59) є

нормою прямої дії (частина третя статті 8), і навіть за умови, якщо це право не передбачене відповідними законами України чи іншими правовими актами, особу не може бути обмежено в його реалізації. Це стосується, зокрема, і права свідка на отримання правової допомоги під час допиту в кримінальному процесі та в разі надання особою пояснень у державних органах [189].

Тож дії адвоката та його залучення для проведення обшуку за ініціативою сторони обвинувачення визначено в КПК України, хоча й урегульовано не цілком конкретно, тому потребують законодавчого врегулювання. Не претендуючи на остаточність, раніше ми окреслили можливі напрями вирішення цього питання.

Під час розслідування кримінальних правопорушень інколи постає необхідність проведення обшуку житла адвоката чи приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність, під час якого непоодинокими є випадки порушення професійних прав адвоката. Відповідно до абзацу другого частини 2 статті 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 5 липня 2012 року № 5076-VI, під час проведення обшуку чи огляду житла, іншого володіння адвоката, приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність, тимчасового доступу до речей і документів адвоката має бути присутній *представник ради адвокатів регіону* [165]. Про випадки проведення обшуку в захисників і законних представників підозрюваного зазначають 31,68 % слідчих та 29,6 % адвокатів (додатки А, Б).

Ця проблема, слушно зауважують дослідники, настільки складна, що її висвітлено навіть у рішеннях ЄСПЛ. Суд перевіряє, як діяли гарантії здійснення адвокатської діяльності в конкретних розглянутих справах відповідно до ефективних дій проти зловживань або свавілля, закріплених національним законодавством. Елементами, прийнятими до уваги ЄСПЛ, є тяжкість злочину, у зв’язку з яким проводять обшук і вилучення, наявність отриманого рішення судді або особи, наділеної судовими повноваженнями, дослідження факту, чи проводять згодом судову перевірку, чи ґрунтується постанова на розумній підозрі, чи є межі втручання розумно обмеженими. Зокрема, ЄСПЛ перевіряє

спосіб проведення обшуку, якщо йдеться про адвокатську контору – чи проводять його в присутності незалежного спостерігача з юридичною освітою, який забезпечує недоторканність документів, предметів тощо, що належать до професійної таємниці адвоката. ЄСПЛ бере також до уваги масштаби наслідків для роботи й репутації осіб, щодо яких проводили обшук. Суд перевіряє відповідність КЗПЛ процедур, встановлених національними законодавствами. Згідно з прецедентною практикою, ЄСПЛ акцентує увагу на тому, що постанови про обшук повинні, наскільки це можливо, забезпечувати обмеження їхніх наслідків розумними межами [151, с. 84].

Здебільшого обшуки в адвоката проводять з метою відшукання та вилучення доказів, які можуть довести вину клієнта адвоката, а не адвоката [51, с. 101]. Наприклад, в ухвалі слідчого судді, що надає дозвіл на проведення обшуку, зазначають ім’я або назву певної фізичної чи юридичної особи і, відповідно, надають дозвіл на відшукання та вилучення документації, пов’язаної із цією особою. Однак працівники правоохоронних органів, виконуючи таку ухвалу, ретельно вивчають абсолютно всі документи, які знаходяться в розпорядженні адвоката й становлять адвокатську таємницю. Найпоширенішою відповіддю на зауваження стосовно того, що ці документи не зазначені в ухвалі слідчого судді й не підлягають ознайомленню з ними, є пояснення, за яким шукані документи можуть знаходитися в інших папках на місці проведення обшуку.

У зв’язку із цим представники Комітету із захисту прав адвокатів Ради адвокатів Київської області розробили алгоритм дій під час проведення обшуку в адвоката. Зокрема, запропоновано, що документи, які становлять адвокатську таємницю, має оглядати виключно представник Комітету із захисту прав адвокатів відповідної ради адвокатів на предмет наявності документів, зазначених в ухвалі слідчого судді. Саме з метою контролю дотримання гарантій адвокатської діяльності, зокрема під час проведення обшуку, і було створено відповідні комітети із захисту прав адвокатів. Для максимального дотримання гарантій адвокатської діяльності в адвоката має бути договір про оренду, користування відповідним приміщенням, у якому він здійснює свою адвокатську

діяльність. Надання правоохоронцям копії такого договору або іншого документа, що підтверджує право адвоката на приміщення, перед початком проведення обшуку надто звужує їм «поле для маневрів» [149].

Однак такий алгоритм, на жаль, не підтримало керівництво НААУ, у зв'язку із чим означена проблема лишилася нерозв'язаною.

Якщо правоохоронці не повідомили або відмовляють у повідомленні ради адвокатів регіону про проведення обшуку в адвоката, ніхто не позбавляє його можливості зробити це самостійно. Тому адвокатам необхідно зберігати в телефонній книзі мобільного телефону номер «гарячої лінії» Комітету із захисту прав адвокатів, а в разі відсутності такого Комітету – безпосередньо ради адвокатів відповідного регіону, розміщений на її офіційному сайті. Водночас усі докази, які було вилучено під час проведення обшуку в адвоката без участі представника ради адвокатів відповідного регіону або належного підтвердження того, що правоохоронці завчасно її повідомили про проведення обшуку, надалі може бути визнано недопустимими [51, с. 101–102].

Питанням проведення обшуку в приміщенні адвоката присвячено увагу в рішеннях ЄСПЛ. Наприклад, у рішенні у справі «Роумен та Шміт проти Люксембургу» (Roemen and Schmit v. Luxembourg) (заява № 51772/99) Суд одноголосно постановив: «Суд взяв до уваги, що обшук, який проводився в офісі заявниці, та конфіскація листа становили втручання в її право на повагу до приватного життя. Це втручання було здійснено згідно зі статтями 65 та 66 Кримінально-процесуального кодексу, які регулюють загальні питання обшуків і конфіскації, а також згідно зі статтею 35(3) Закону від 10 серпня 1991 року, яка передбачає процедуру проведення обшуків та/або конфіскації в офісі адвоката. Крім цього, втручання мало законну мету підтримання громадського порядку та запобігання злочинам [187].

Стосовно необхідності такого втручання Суд зазначив, що під час проведення цього обшуку було дотримано спеціальних процедурних гарантій. Водночас Суд зауважив, що наказ про обшук було сформульовано в загальних

термінах, а це надавало широкі повноваження особам, які проводили розслідування.

Проте найважливішим фактом, на думку Суду, є те, що кінцевою метою цього обшуку було виявлення, через посередництво адвоката, журналістського джерела інформації. Отже, обшук, проведений в офісі пані Шміт, мав наслідки для прав п. Роумена, гарантованих статтею 10 КЗПЛ. Суд також визнав, що обшук офісу заявниці був заходом, не пропорційним до поставленої мети, насамперед з огляду на оперативність його проведення. Отже, Суд постановив, що було допущено порушення статті 8 КЗПЛ [128].

Обшук можуть проводити в житлі або іншому володінні особи, яка в конкретному кримінальному провадженні може мати визначений процесуальний статус, зокрема підозрюваного, або не мати його. З огляду на специфіку проведення цієї СРД, під час якої відбувається істотне втручання у сферу особистих прав і законних інтересів людини. Враховуючи специфічність цієї СРД, пов’язану з проведенням пошукових дій, а отже, істотним втручанням у сферу особистих прав і законних інтересів людини, надзвичайно актуальним є питання визначення правового статусу особи, у житлі чи іншому володінні якої проводять обшук, чи особи під час її особистого обшуку. Адже однією з найважливіших засад процесуальної діяльності під час досудового розслідування є забезпечення дотримання прав і законних інтересів учасників проведення обшуку, що дає змогу підозрюваному як особисто, так і за допомогою захисника доводити свою невинуватість або встановлювати обставини, які її пом’якшують.

Чинний КПК України наділив широкими правами сторону захисту в частині збирання доказів, які є обов’язковими для долучення до кримінального провадження. Тому слідчий не поспішає повідомляти особу про підозру, формально залишаючи її в статусі свідка, водночас, проводить усі можливі процесуальні дії та здійснює заходи забезпечення кримінального провадження щодо цього свідка: обшук у житлі чи іншому володінні цієї особи, призначення експертизи, тимчасове вилучення майна тощо. У зв’язку із цим для підготовки майбутньої системи доказів з метою активного захисту підозрюваного або для

того, щоб не допустити надання свідкові статусу підозрюваного, ця особа має в повному обсязі використовувати всі можливі законні засоби захисту, надані чинним законодавством відповідно до його правового статусу.

Дієвим механізмом захисту своїх прав є інститут оскарження. Оскільки чинний КПК України не передбачає право свідка оскаржувати дії чи бездіяльність слідчого до суду, у нього залишається можливість звернутися лише до прокурора як процесуального керівника в кримінальному провадженні. Проте досвід адвокатської діяльності засвідчує наявність загрози формальних відписок, на підставі яких свідка спрямують до слідчого судді в порядку статті 303 КПК України. У цьому випадку доречним буде звернення до прокурорів вищого рівня відповідно до абзацу другого частини 3 статті 17 Закону України «Про прокуратуру» від 14 жовтня 2014 року № 1697-VII [174].

Таку ситуацію зумовлює чинний КПК України новим визначенням статусу підозрюваного. Якщо особу не затримано, їй не обрано запобіжних заходів, то повідомлення про підозру може бути вручено їй фактично перед закінченням досудового розслідування. Визнання наявності достатніх доказів для підозри особи в учиненні кримінального правопорушення, відповідно до пункту 3 частини 1 статті 276 КПК України, є поняттям оцінним, що може бути застосовано в кожному конкретному випадку. Цілком слушно зазначає Н. В. Титова, що майже в половині випадків повідомлення про підозру й надалі будуть вручати особі перед закінченням досудового розслідування [214, с. 371].

Особи, в житлі або іншому володінні яких проводять обшук, можуть бути не лише підозрюваними, а й *особами, чиї права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені*. Як стверджує Т. В. Корчева, в житлі чи іншому володінні можуть мешкати або перебувати інші особи, які не мають відношення до кримінального провадження, проте у зв’язку з проведенням обшуку їхні права та законні інтереси також істотно обмежують. Ці особи стають учасниками кримінального судочинства, їхні права та свободи обмежують, що зумовлює необхідність передбачити їх право на отримання правової допомоги й участь у цій слідчій дії адвоката [91, с. 105].

Відповідно до пункту $16^1$ частини 1 статті 3 КПК України, інша особа, права чи законні інтереси якої обмежують під час досудового розслідування, – особа, стосовно якої (зокрема щодо її майна) здійснюють процесуальні дії, визначені цим Кодексом. Водночас привертає увагу та обставина, що в частині 3 статті 223 та в частині 1 статті 236 КПК України йдеться про осіб, чиї права та законні інтереси може бути обмежено або порушено. Беззаперечним є те, що в обох випадках зазначено про осіб, які, по-перше, є учасниками кримінального провадження; по-друге, їхніх інтересів стосується проведення окремих СРД; по-третє, вони до певного часу не набули конкретного процесуального статусу; по-четверте, попри зазначені обставини, їхніх прав і законних інтересів має бути дотримано, як і будь-якого іншого учасника кримінального провадження. Тож термінологічна неузгодженість, коли в одному випадку вжито термін «інша особа, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування», а в другому – «особи, чиї права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені», спричиняє розбіжності в застосуванні процесуальних норм під час кримінального провадження. З огляду на зазначене, пропонуємо внести зміни до пункту $16^1$ частини 1 статті 3 КПК України, виклавши його в такій редакції: *«Особа, чиї права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені»* і далі за текстом.

За результатами анкетування практичних працівників встановлено низку відмінностей під час визначення, хто саме є особою, чиї права та законні інтереси може бути обмежено або порушено. На думку 36,63 % слідчих, нею є особа, якій належить житло чи інше володіння; 24,75 % вважають такою особою одного чи декількох повнолітніх членів сім'ї; 19,8 % – особу, майно якої знаходиться в житлі чи іншому володінні; а 18,82 % – усіх перелічених осіб (додаток А). Натомість 27,6 % адвокатів такими особами вважають насамперед особу, майно якої знаходиться в житлі чи іншому володінні; 19,4 % – особу, якій належить житло чи інше володіння; 16,3 % – одного чи декількох повнолітніх членів сім'ї, а 36,7 % адвокатів відносять до них усіх перелічених вище осіб (додаток Б).

Право на правову допомогу під час проведення обшуку є необхідною передумовою попередження можливих порушень як з боку особи, у якої проводять СРД, так і з боку посадової особи, яка її проводить. З норм КПК України вбачається, що особа, яка є власником або володільцем житла (іншого володіння), не завжди є стороною і навіть учасником кримінального провадження (підозрюваним, потерпілим), а тому не має повного спектру відповідних процесуальних повноважень у межах конкретного кримінального провадження, наприклад, оскаржувати низку дій (бездіяльності), рішень слідчого до слідчого судді, заявляти клопотання тощо. Проте право на професійну правничу допомогу виникає в будь-якої особи, зокрема тієї, що не має статусу сторони кримінального провадження, і є беззаперечним на підставі частини першої статті 59 Конституції України.

Доволі часто слідчі під час проведення обшуку житла чи іншого володіння особи взагалі не надають можливості власникам й іншим володільцям житла запросити адвоката до участі в цій СРД саме з посиланням на частину 1 статті 236 КПК України з причини відсутності в них такого обов'язку. Водночас у цій процесуальній нормі передбачено, що слідчий вживає належних заходів для забезпечення присутності осіб, чиї права та законні інтереси може бути обмежено або порушено. Саме така конструкція цієї норми засвідчує, що в ній ідеться не про обов'язок слідчого, а про напрям його дій, спрямований на залучення таких осіб. Участь їх у проведенні обшуку надає їм реальну можливість добровільно видати розшукувані предмети й запобігти примусовому обстеженню житла, а під час обшуку здійснювати захист власних інтересів. Однак випадки невстановлення чи неприбуття їх на місце обшуку жодною мірою не є перешкодою для його проведення.

Аналізуючи положення кримінального процесуального законодавства та практики ЄСПЛ, Є. Морозов доходить висновку, який видається цілком слушним, про можливість проведення обшуку як у сторони та/або учасника кримінального провадження, так і, навпаки, третьої особи, однак за умов цілковитого обґрунтування цих підстав в ухвалі слідчого судді [128].

До третіх осіб належать, зокрема, особи, у яких можуть знаходитися шукані предмети та які не причетні до злочину, але є родичами, знайомими підозрюваного, і є конкретні підстави вважати, що в них перебувають шукані об'єкти. До цієї групи, на наш погляд, можуть входити й особи, які зайняли приміщення, що обшукують, після його початку.

До прикладу, надано рекомендацію слідчим суддям під час розгляду відповідних клопотань ураховувати правові позиції ЄСПЛ, сформульовані судом, зокрема, у рішенні «Ратушна проти України» [186].

Оцінюючи, чи було втручання з боку держави пропорційним, Суд має розглядати особливі обставини кожної справи (наприклад, рішення від 16 грудня 1997 року у справі «Камензінд проти Швейцарії» (Camenzind v. Switzerland), пункт 45, Reports of Judgments and Decisions 1997-VIII). Водночас у пункті 74 Суд чітко констатує таке: «Суд визнає, що завдання виявлення доказів злочину може потребувати проведення обшуку в приміщеннях третьої сторони. Однак цей фактор слід ураховувати під час застосування оцінки пропорційності» [185].

Таким чином, третя сторона, якою може бути визначена в КПК України інша особа, права чи законні інтереси якої обмежують під час досудового розслідування (відповідно до нашої пропозиції – особа, чиї права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені), є учасником кримінального провадження, тобто особою, щодо якої (зокрема її майна) вчиняють процесуальні дії. Це, насамперед, надає їм можливість захищати від порушення їхні права через передбачені законом процедури. Ці особи можуть оскаржити бездіяльність слідчого, що полягає в неповерненні тимчасово вилученого майна відповідно до пункту 1 частини 1 статті 303 КПК України. Інші випадки захисту своїх прав для цих осіб у зазначеному Кодексі, на жаль, не передбачено, що надало можливість низці науковців вказати про невизначеність засобів забезпечення їхніх прав і законних інтересів [59, с. 199].

*Законний представник*, відповідно до пункту 19 частини 1 статті 3 КПК України, є стороною захисту. Законний представник особи, яку обшукують, – це особа, під опікою або на піклуванні якої перебуває неповнолітній або

особа, яка не в змозі захищати свої права й законні інтереси через наявність у неї психічних або фізичних вад. Якщо підозрюваним є неповнолітній або особа, визнана у встановленому законом порядку недієздатною чи обмежено дієздатною, до участі в процесуальній дії разом з ним залучають його законного представника – батьків (усиновлювачів), а в разі відсутності їх – опікунів чи піклувальників особи, інших повнолітніх близьких родичів або членів сім'ї, а також представників органів опіки й піклування, установ та організацій, під опікою чи піклуванням яких перебуває неповнолітній, недієздатний чи обмежено дієздатний. У разі якщо дії чи інтереси законного представника суперечать інтересам особи, яку він представляє, за рішенням слідчого, прокурора, слідчого судді, суду такого законного представника, відповідно до частини 4 статті 44 КПК України, замінюють на іншого з числа уповноважених на це осіб. Законний представник користується процесуальними правами особи, інтереси якої він представляє, крім прав, реалізацію яких здійснює безпосередньо підозрюваний і не може бути доручено представнику (частина 5 цієї статті). Слід зазначити, що це положення є малоінформативним навіть для осіб, які мають юридичну освіту, а для законних представників, чиї знання права переважно є вкрай обмеженими, – і поготів. Крім цього, у КПК України не деталізовано, реалізацію яких саме процесуальних прав не може бути доручено представникові.

Участь законного представника під час проведення обшуку є однією з важливих процесуальних гарантій забезпечення інтересів осіб, яких вони представляють. Під час цієї СРД участь законного представника спрямована на те, щоб представляти інтереси неповнолітніх або осіб, визнаних у встановленому законом порядку недієздатними чи обмежено дієздатними. З огляду на те, що в практичній діяльності з розслідування кримінальних правопорушень найчастіше є потреба представляти інтереси неповнолітніх, докладніше розглянемо саме цей аспект. Зокрема, необхідність участі законного представника неповнолітнього в кримінальному провадженні зумовлена двома обставинами: неповнотою процесуальної дієздатності неповнолітнього та відповідальністю законних представників за виховання й поведінку неповнолітнього [123, с. 86].

Також слід акцентувати увагу на тому, що, оскільки в статті 44 КПК України йдеться про законного представника підозрюваного, то такий представник допускається до участі в кримінальному провадженні з моменту, коли неповнолітньому повідомлено про підозру або затримано за підозрою в учиненні кримінального правопорушення. Особа, яка бажає бути законним представником, повинна надати слідчому чи прокурору документи, що підтверджують факт родинних стосунків з неповнолітнім підозрюваним, або той факт, що вона працює в установі чи організації, під опікою чи піклуванням яких перебуває неповнолітній, і компетентна представляти його інтереси в правоохоронних та судових органах [234, с. 47].

Під час кримінального провадження щодо неповнолітнього законні представники зобов'язані використовувати всі не заборонені законом засоби та способи з метою захисту законних інтересів неповнолітнього, якого вони представляють, а саме: з'являтися за викликом слідчого, прокурора, слідчого судді, суду (статті 135, 489 КПК України); брати участь у допиті малолітньої або неповнолітньої особи (статті 226, 490, 491 КПК України) та в разі проведення СРД за участю малолітньої або неповнолітньої особи (стаття 227 КПК України).

Як під час обшуку, так і під час проведення інших СРД законному представникові роз'яснюють його обов'язок бути присутнім під час обшуку.

Водночас участь законного представника в кримінальному провадженні не обмежена лише представництвом законних інтересів неповнолітнього, який унаслідок недостатнього рівня розвитку, інтелекту, обмеженої процесуальної дієздатності цього потребує.

Законодавець передбачає обмеження участі законного представника у виконанні окремих процесуальних дій або взагалі його усунення від участі в кримінальному провадженні, якщо це може завдати шкоди інтересам неповнолітнього підозрюваного, і залучення замість нього іншого законного представника (частина 3 статті 488 КПК України). Зокрема, законний представник підлягає заміні, якщо він є підозрюваним або обвинуваченим у вчиненні кримінального правопорушення, яким неповнолітньому заподіяно шкоду; якщо він є захисни-

ком або надає правову допомогу підозрюваному, обвинуваченому неповнолітньому; якщо він своїми діями шкодить інтересам неповнолітнього або зловживає наданими йому повноваженнями; якщо він унаслідок своєї бездіяльності не реалізує повноважень, наданих йому законом, тощо [234, с. 48–49].

У зв'язку із цим слушною є пропозиція суб'єктам кримінального провадження, до обов'язків яких належить призначення законного представника, активніше виявляти наявність або відсутність причин, що перешкоджають участі законного представника в провадженні у справі на різних стадіях. Нині це питання вирішують слідчий або суддя на власний розсуд [7, с. 84].

Отже, під час вирішення питання про участь законних представників у проведенні обшуку потрібно, по-перше, спрямовувати зусилля сторони обвинувачення на виконання вимог процесуального закону; по-друге, взяти до уваги, що ці законні представники нададуть реальну допомогу під час проведення обшуку, зокрема у випадках його проведення в особи, щодо якої вирішують питання про застосування до неї примусових заходів медичного характеру; по-третє, урахувати почуття, які відчувають неповнолітні до цих осіб, рівень довіри до них і можливість їхнього негативного впливу на неповнолітнього під час цієї СРД.

## 2.3. Правове регулювання діяльності сторони обвинувачення, захисту й інших осіб, присутність яких під час обшуку забезпечує слідчий, прокурор

Виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи безпосередньо покладено на *слідчого* чи *прокурора* (частина 1 статті 236 КПК України). Здійснювати досудове розслідування може також керівник органу досудового розслідування, користуючись повноваженнями слідчого (пункт 6 частини 2 статті 39 цього Кодексу). Головним їхнім завданням є швидке, повне, усебічне й неупереджене розслідування в кримінальному провадженні, встановлення всіх обставин, які підлягають доказуванню, збір і перевірка з цією метою

всіх необхідних доказів. Їхня роль під час проведення обшуку не зводиться лише до участі чи загального керівництва перебігом пошукових дій і спостереження за їх проведенням. Вони повинні особисто обшукати найважливіші об'єкти й застосувати найскладніші тактичні прийоми та засоби пошуку, зокрема технічні.

Загальною правовою підставою, яка надає стороні обвинувачення повноваження для проведення обшуку, слід вважати розпочате досудове розслідування. Про це зазначено в частині 3 статті 214 КПК України, відповідно до якої заборонено здійснювати досудове розслідування до внесення відомостей про кримінальне правопорушення до ЄРДР. Винятком із цього правила є виявлення ознак кримінального правопорушення на морському чи річковому судні, що знаходиться за межами України. У такому разі досудове розслідування розпочинають негайно, відомості про нього вносять до ЄРДР за першої можливості, а капітан судна, відповідно до частини 2 статті 520 КПК України, уповноважений здійснювати обшук житла чи іншого володіння особи й особистий обшук без ухвали слідчого судді [242].

Слідчий, прокурор, що провадять обшук, повинні провести його так, щоб не було допущено жодних порушень прав і законних інтересів особи. Лише ці посадові особи мають право в межах своєї компетенції ухвалювати процесуальні рішення по суті проведення обшуку та зобов'язані забезпечувати права й законні інтереси особи. Особлива значущість цих обов'язків визначена тим, що реалізацію особою процесуального права здійснюють саме через відповідну дію слідчого, що й становить його обов'язки.

Поза сумнівом, правоохоронна діяльність слідчого безпосередньо спрямована на забезпечення прав і законних інтересів особи. Ці посадові особи мають відповідні права й обов'язки щодо захисту прав і законних інтересів особи під час проведення обшуку й зобов'язані діяти згідно з ними для гарантування їх дотримання [32, с. 156]. Такі обов'язки слідчого безпосередньо пов'язані з правами й законними інтересами особи. Схема цього зв'язку така: право особи – обов'язок слідчого. Кожному праву особи відповідає спрямований на його забезпечення обов'язок слідчого.

Зокрема, одним з обов'язків сторони обвинувачення під час проведення обшуку є забезпечення присутності таких осіб: понятих, спеціалістів, перекладачів, свідків, представників підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності тощо. Присутність особи, яка займає приміщення, представників житлово-експлуатаційної організації чи місцевої ради народних депутатів за чинним КПК України вже не є обов'язковою. Замість цього законодавець зобов'язує слідчого вжити належних заходів для забезпечення присутності під час проведення обшуку осіб, чиї права та законні інтереси може бути обмежено або порушено. Проте відсутність цих осіб за чинним законодавством України не є перешкодою для проведення обшуку [32, с. 156].

Водночас постає низка питань, пов'язаних із забезпеченням прав і законних інтересів *осіб, які займають певні приміщення*, проте через низку причин *відсутні* на місці проведення обшуку. Наявність двох понятих і безперервний відеозапис, що здійснюють в імперативному порядку відповідно до частини 10 статті 236 КПК України, цілком не захищають обшукувану особу від можливих фактів зловживання з боку сторони обвинувачення, не виключають можливості фальсифікації доказів. Оптимальним шляхом вирішення цього питання вважаємо залучення захисника, адвоката чи представника особи, залежно від того, у кого саме і яке житло чи інше володіння має бути обшукане.

Обшук належить до заходів процесуального примусу, тож його проведення має відповідати засадам кримінального провадження та гарантіям їх дотримання. На нашу думку, законодавчий дозвіл на проведення обшуку в житлі чи іншому володінні особи без присутності власників або осіб, які займають ці приміщення, ставить під сумнів об'єктивність проведення зазначеної СРД і можливість подальшого беззастережного використання отриманих доказів. З іншого боку, ця особа, по-перше, може бути протягом тривалого часу відсутньою (перебування за межами місця мешкання, хвороба або відрядження); по-друге, особа може не мати договору з адвокатом про надання їй правової допомоги, а його укладення за допомогою членів сім'ї чи близьких родичів неминуче призведе до затягування проведення обшуку. На наш погляд, у цих випадках із метою

дотримання прав і законних інтересів відсутньої під час обшуку особи обов'язковою має бути участь захисника, адвоката або представника цієї особи. За наявності договору такі особи мають бути запрошені стороною обвинувачення, в іншому випадку – через центр з надання вторинної правової допомоги. З метою мінімізації розголосу захисника можуть викликати не безпосередньо на місце проведення обшуку, а, наприклад, у прокуратуру або орган досудового розслідування. У цьому разі група в повному складі вирушить на обшук, тож захисникові, адвокатові або представникові завчасно не буде відомо про місце його проведення.

З огляду на зазначене, пропонуємо перше речення частини 4 статті 236 КПК України викласти в такій редакції: «У разі відсутності осіб у житлі чи іншому володінні *обов'язковим учасником проведення обшуку є захисник, адвокат чи представник*. Копію ухвали *в цьому випадку повинна бути вручена зазначеним особам, а також залишена* на видному місці в житлі чи іншому володінні особи». Урахування висловленої пропозиції передбачає внесення доповнення до пункту 7 частини першої статті 14 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» від 2 червня 2011 року № 3460-VI [166]. Необхідність такого доповнення пов'язана з тим, що для проведення окремої процесуальної дії може бути залучено не лише захисника (для захисту підозрюваного), а й адвоката (свідка чи особи, чиї права та законні інтереси може бути обмежено або порушено) чи як представника (потерпілого). Запропоновані нами доповнення до частини 4 статті 236 КПК України й пункту 7 частини першої статті 14 зазначеного Закону передбачають законодавче врегулювання участі їх під час проведення обшуку й гарантування ними забезпечення прав і законних інтересів осіб, які через різні причини відсутні на місці проведення обшуку [32, с. 157–158].

Постає ще одне питання: якщо обшук проводить лише слідчий у присутності двох понятих, як він може одночасно проводити цю СРД, а також здійснювати вимірювання, фотографування, аудіо- чи відеозапис, складати плани, схеми, виготовляти графічні зображення, відбитки та зліпки, оглядати й вилучати речі та документи, які мають значення для кримінального провад-

ження, забезпечуючи схоронність речей на місці проведення обшуку. Напевно, ідеться про залучення інших осіб для проведення обшуку, проте цього законодавець не уточнює. На нашу думку, слідчий під час підготовки й проведення обшуку може прийняти одне з двох тактичних рішень: 1) безпосередньо застосовувати зазначені додаткові засоби фіксації (вимірювання, фотографування, аудіо- чи відеозапи, складати плани, схеми тощо). Однак дотримуватися процесуального порядку й тактичних рекомендацій проведення обшуку й одночасно виконувати його фіксацію за допомогою технічних засобів одній особі досить складно з огляду на різноплановість цих дій, хоча цілком можливо; 2) запросити спеціаліста для технічної фіксації ходу й результатів обшуку, а слідчому – забезпечувати дотримання процесуального порядку й тактичних рекомендацій проведення цієї СРД.

Широкі повноваження покладено на оперативні підрозділи, які надають суттєву допомогу слідчому, зокрема під час проведення обшуку, з огляду на значну завантаженість і необхідність значних витрат сил, засобів та часу для його проведення. Однак така практика не має ставати нормою, її може бути застосовано лише в обмежених випадках, наприклад, під час проведення декількох одночасних обшуків. В інших випадках така важлива й складна СРД, у проведенні якої слідчий не бере участі, майже виходить з-під його контролю, що нерідко призводить до порушень як процесуальних, так і моральних норм, негативно позначається на ефективності обшуків за недостатнього рівня кваліфікованості співробітників оперативних підрозділів.

У частинах 1, 2 статті 71 КПК України закріплено норми, що дають змогу слідчому залучати спеціаліста для консультування та надання допомоги під час досудового розслідування. У частині 1 статті 236 і частині 3 статті 237 КПК України передбачено право слідчого й прокурора запрошувати спеціалістів та інших учасників кримінального провадження для участі в обшуку й огляді. Однак у КПК України чітко не визначено, чи має оперативний працівник спеціальні знання та чи може бути залучений до СРД під час огляду й обшуку житла чи іншого володіння особи, як інші учасники кримінального провад-

ження [215, с. 102]. Вважаємо, що в цих випадках залучення працівників оперативних підрозділів до участі в проведенні зазначених СРД здійснюють у межах процесуальної взаємодії між ними – для надання допомоги під час підготовки та проведення їх, організації оперативної перевірки одержаних доказів тощо. Слідчий, прокурор не повинні допускати під час обшуку активних дій з боку оперативних працівників, крім консультативних й охоронних. Звісно, залучені слідчим співробітники оперативних підрозділів як учасники проведення цих СРД мають, відповідно до частини 5 статті 104 КПК України, підписати протокол. За процесуальним статусом вони належать до інших учасників кримінального провадження, залучених для участі в проведенні обшуку, відповідно до частини 1 статті 236 цього Кодексу.

У частині 7 статті 223 КПК України зазначено, що обшук житла чи іншого володіння особи, обшук особи здійснюють за обов'язковою участю не менше ніж двох *понятих* незалежно від застосування технічних засобів фіксування відповідної СРД. Не деталізуючи питання щодо ролі понятих під час проведення процесуальних дій, адже це не є предметом нашого дослідження, проаналізуємо низку аспектів, пов'язаних із залученням їх під час проведення обшуку.

На наше переконання, присутність понятих у більшості випадків є одним із засобів контролю за законністю дій слідчого, що створює перешкоду для можливого свавілля з його боку та є гарантією для сторони захисту припинити такі дії, звернувшись до понятих із поясненнями, що саме було порушено під час проведення обшуку. Водночас слід зазначити, що в КПК України не визначено обсяг прав та обов'язків понятих як учасників кримінального провадження та їхньої відповідальності в разі неналежного виконання обов'язків.

Поняті – це незаінтересовані особи, запрошені для участі під час проведення обшуку та присутні під час усіх дій слідчого, що мають право робити зауваження, які заносять до протоколу обшуку. Обов'язок забезпечити присутність понятих для посвідчення факту законного проведення цієї СРД цілком належить стороні обвинувачення. Кількість понятих залежить від особливостей об'єктів, які обшукують.

З огляду на норми КПК України, запрошення незаінтересованих у справі осіб, наприклад, сусідів обшукуваного, колег, не суперечить чинному законодавству. Однак їм можуть стати відомими 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 наш погляд, на вибір понятих для участі в проведенні обшуку можуть також впливати національний і релігійний фактори. Тож найкращим рішенням сторони обвинувачення є запрошення понятих, не інформованих щодо осіб, у яких мають проводити обшук, водночас, добре обізнаних із місцевою обстановкою, звичаями тощо [32, с. 159–160].

Досліджуючи питання інституту понятих, І. В. Вегера-Іжевська за результатами анкетування практичних працівників встановила, що абсолютна їх більшість обстоює доцільність його існування. Зокрема, участь понятих у кримінальному провадженні визнали необхідною 108 проанкетованих нею респондентів (що становить 72 % опитаних), серед них 36 адвокатів, 34 прокурори, 17 слідчих і 21 суддя [24, с. 75].

Проте неоднозначно оцінюють інститут понятих деякі науковці та практичні працівники, які зауважують про його архаїчність та використання всупереч вимогам закону. Інститут понятих, на їхню думку, є «мертвим», оскільки незалежних понятих майже не існує. Справедливість цього твердження засвідчують аргументом, що складно уявити особу, яка готова витрачати декілька годин власного часу, аби бути присутньою під час обшуку. За кордоном, зазначають дослідники, правоохоронцям складно навіть зрозуміти значення слова «понятий». В Україні також варто відмовлятися від понятих, а якщо є необхідність у контролі – замінити їх відеофіксацією слідчої дії [94; 95].

Така позиція є не цілком слушною. Адже присутність понятих під час проведення обшуку нині є одним з основних засобів громадського контролю за законністю дій слідчого, що створює перешкоду для свавілля з боку недоброчесного або недосвідченого представника сторони обвинувачення. Найактуальнішою є участь понятих під час проведення СРД у житлі чи іншому

володінні особи, коли максимальною є небезпека порушення конституційних прав і законних інтересів особи. Тому саме в цих випадках відмовлятися від участі понятих не слід навіть тоді, коли здійснюють безперервний відеозапис проведення зазначених СРД [50, с. 131].

У спеціальній літературі висловлено цілком аргументовані позиції, згідно з якими інститут понятих має бути факультативним, тобто в певних випадках слідчий, залежно від тяжкості вчиненого злочину, шуканих об'єктів, прогнозованої поведінки особи, яку обшукують, тощо, вирішує, чи потрібно йому запрошувати до обшуку понятих. Такий підхід зумовлений тим, що процесуальна, а тим більше фактична роль понятих незначна, поняті переважно не мають жодного уявлення про порядок і правила (процесуальні й фактичні) проведення обшуку. Крім цього, присутність зайвих осіб під час обшуку небажана як з етичних, так і з тактичних міркувань. Слідчий не завжди контролює їхню поведінку під час і після проведення обшуку. Тому може виникнути ситуація, коли виявлені під час проведення обшуку обставини інтимного життя громадян або інформацію, що становить слідчу таємницю, буде розголошено [244, с. 76].

Інші науковці вважають, що недоцільно залучати понятих до участі в проведенні обшуку в деяких випадках. Наприклад, В. М. Фастовець стверджує, що необхідність участі в обшуку залежить передусім від того, чи має його проведення примусовий характер. За добровільної згоди на проведення обшуку залучення понятих є зайвим, адже протокол цієї дії з переліком вилучених предметів і документів підписують слідчий та особа, у якої їх вилучено. Проте в разі примусового проведення обшуку питання участі понятих, на переконання цього автора, залишається актуальним [234, с. 81]. Своєю чергою І. В. Вегера-Іжевська акцентує увагу на доцільності надання особі, у житлі чи іншому володінні якої проводять обшук, права заявити клопотання про його проведення без участі понятих, що сприятиме забезпеченню права цієї особи, а також інших осіб, які мешкають у цьому приміщенні, на приватність, а отже – захисту їхніх законних інтересів. Із цією метою частину 7 статті 223 КПК України слід доповнити положенням, згідно з яким як виняток передбачити можливість

проведення обшуку або огляду житла чи іншого володіння особи за її клопотанням без участі понятих (за умови застосування безперервного відеозапису перебігу проведення відповідної СРД). Таке клопотання може бути письмовим або усним (у цьому випадку занесеним до протоколу) [24, с. 52].

За будь-яких обставин використання понятими своїх прав і виконання ними обов'язків забезпечує дотримання слідчим законності під час обшуку, підвищує якісний рівень складеного за підсумками цієї СРД протоколу як джерела доказів у кримінальному провадженні, забезпечує об'єктивність і повноту відображення одержаних фактичних даних у протоколі.

Важливу роль під час проведення обшуку за участю осіб, що не володіють мовою, якою ведеться кримінальне провадження, відіграє *перекладач.* Зокрема, підозрюваний, як й інші особи, у яких проводять обшук, мають право користуватися рідною мовою, отримувати копії процесуальних документів рідною або іншою мовою, якою вони володіють, і в разі необхідності користуватися послугами перекладача за рахунок держави. Участь перекладача є важливою гарантією забезпечення засади мови, якою здійснюють кримінальне провадження, охорони прав і законних інтересів осіб, яких обшукують. Перекладач допомагає встановити психологічний контакт із цією особою, забезпечує можливість спілкування між нею і слідчим, роз'яснює особі, у якої проводять обшук, або особам, присутнім під час обшуку, якщо вони також не володіють мовою судочинства, сутність події, що відбувається, встановлені для них права й обов'язки, зміст процесуальних документів тощо [32, с. 161].

Потреба запросити перекладача може виникнути у випадках, коли, по-перше, особа не володіє мовою кримінального провадження, у цьому разі їй однозначно має бути надано перекладача; по-друге, особа може володіти мовою на базовому рівні, але такого володіння недостатньо, щоб не запрошувати їй перекладача. На цій обставині акцентував ЄСПЛ у рішенні у справі «Візгірда проти Словенії». Суд встановив, що заявник народився в Литві, однак мешкає в Любляні (Словенія) з 2 березня 2002 року, а 13 березня 2002 року о 10.43 заявника було заарештовано за підозрою в участі в пограбуванні Радовлицького

відділення Gorenjska Bank. Під час судового розгляду було здійснено переклад з російської мови на словенську й навпаки. Згодом заявник надіслав у Краньський районний суд заяву за назвою «апеляція до Верховного суду». Заяву було складено литовською мовою, крім вступного пояснення словенською, у якому заявник повідомив суд про те, що він не володіє ні російською, ні словенською, дещо розуміє російською, однак не може нею писати. За цим фактом ЄСПЛ визнав одноголосно допустимою скаргу щодо відмови заявнику в його праві користуватися під час кримінального процесу мовою, якою він достатньо володіє, відповідно до §§ 1 та 3 статті 6, у сукупності зі статтями 13 та 14 КЗПЛ [181]. Тож, приймаючи рішення щодо залучення перекладача, слід вирішити два питання: 1) якою мовою володіє особа та чи бажає її використовувати для дачі показань; 2) який рівень знань цієї мови – базовий чи вільне володіння. За наявності в особи базового рівня слід приймати рішення про залучення перекладача.

Пошук кваліфікованого перекладача має здійснювати сторона обвинувачення. Кримінальний процесуальний закон не забороняє запрошувати з різних фірм, компаній та інших структур перекладачів, що виконують роботи з перекладу. В окремих випадках певну допомогу в доборі кандидатури перекладача можуть надати пенсіонери, що мешкають на території місця проведення досудового розслідування, студенти закладів вищої освіти, співробітники інших установ, які володіють необхідними мовами та державною мовою [32, с. 161]. Здійснений О. В. Мархевкою аналіз результатів опитування слідчих засвідчив, що вони здебільшого звертаються за наданням перекладацьких послуг до вишів й освітніх установ (42 %), рідше – до професійних перекладачів (18,5 %). Непоодинокими є факти залучення як перекладачів будь-яких випадкових осіб, які володіють необхідною мовою (9,5 %) [120, с. 259–277].

Відповідно до частини 3 статті 29 КПК України, слідчий суддя, суд, прокурор, слідчий забезпечують учасникам кримінального провадження, які не володіють чи недостатньо володіють державною мовою, право давати показання, заявляти клопотання і подавати скарги, виступати в суді рідною або іншою

мовою, якою вони володіють, користуючись у разі необхідності послугами перекладача в порядку, передбаченому цим Кодексом.

Водночас у частині 1 статті 68 КПК України зазначено, що в разі необхідності перекладу пояснень, показань або документів сторони кримінального провадження або слідчий суддя чи суд залучають відповідного перекладача (сурдоперекладача). Попри відсутність конкретної норми щодо запрошення перекладача стороною захисту для участі в проведенні обшуку, на наше переконання, такі дії можуть бути виконані захисником, оскільки під час проведення обшуку його учасники дають пояснення, а на місці його проведення може бути вилучено документи. Про потребу перекладу пояснень і документів зазначено в частині 1 статті 68 цього Кодексу. Натомість необхідність перекладу показань може виникнути під час або після проведення допиту та/чи одночасного допиту двох чи більше вже допитаних осіб, однак ці випадки виходять за межі нашого дослідження. З огляду на зазначене, захиснику немає потреби звертатися до слідчого з клопотанням щодо залучення перекладача для його підзахисного, оскільки ці дії захисника охоплюють ці норми частини 1 статті 68 КПК України [32, с. 161].

Відповідно до частини 1 статті 236 КПК України, сторона обвинувачення наділена правом залучати до проведення обшуку спеціалістів різних галузей науки і техніки для одержання допомоги з питань, що потребують спеціальних знань.

Спеціалістом вважають особу, яка володіє спеціальними знаннями, уміннями та навичками застосування техніко-криміналістичних або інших засобів і може надавати консультації під час обшуку. Залучення спеціаліста відбувається на договірних засадах і може бути здійснене як стороною обвинувачення, так і стороною захисту. Важливою є проблематика залучення до проведення обшуку спеціалістів з метою відеофіксації його ходу та результатів, оскільки проведення відеофіксації цієї СРД потребує фахових знань не лише в аспекті володіння навичками роботи з технікою, а й тактичних і методичних особливостей фіксації результатів обшуку.

Норми абзацу першого частини 1 статті 107 КПК України покладають на особу, яка проводить відповідну процесуальну дію, прийняття рішення про її фіксацію за допомогою технічних засобів під час досудового розслідування. Із цієї загальної норми вбачається, що такими технічними засобами насамперед є засоби відеозапису, що найчастіше використовують під час проведення обшуку. Водночас деякі норми КПК України не цілком узгоджені між собою. Зокрема, в абзаці другому частини 1 статті 107 цього Кодексу йдеться про обов'язкову фіксацію проведення обшуку за допомогою звуко- та відеозаписувальних технічних засобів. У частині 10 статті 236 КПК України зазначено про обов'язкову фіксацію проведення обшуку житла чи іншого володіння особи за допомогою аудіо- та відеозапису. Системний аналіз цих процесуальних норм і використання в них сполучника «та» в обох випадках засвідчує необхідність комплексного застосування стороною обвинувачення як звукозапису, так і відеозапису. Водночас під час відеозапису здійснюють як аудіо-, так і відеофіксацію ходу й результатів проведення обшуку. Наочність відеофіксації є необхідною насамперед у випадках виявлення та вилучення речей і документів під час обшуку, однак звуко- чи аудіозапис такої наочності не забезпечує.

Натомість, відповідно до абзацу третього частини 1 статті 107 цього Кодексу, право безперешкодного фіксування проведення обшуку за допомогою відеозапису надано стороні захисту. Тож сторони кримінального провадження перебувають у нерівних умовах: стороні обвинувачення слід фіксувати проведення обшуку за допомогою звуко- (аудіо-) та відеозапису, а стороні захисту – лише за допомогою відеозапису.

З огляду на зазначене та у зв'язку з тим, що технічні можливості відеозаписувальних технічних засобів охоплюють фіксацію і відтворення звуку, з метою однакового унормування використання технічних засобів пропонуємо з абзацу другого частини 1 статті 107 КПК України вилучити слова: «звуко- та», а з частини 10 статті 236 цього Кодексу – слова «аудіо- та».

На підставі власного досвіду практичної діяльності можна стверджувати, під час відеофіксації проведення процесуальних дій і забезпечення якісного

збирання доказів особі, на яку покладено цей обов'язок, важливо володіти як спеціальними знаннями застосування технічних засобів, так і знаннями процесуальних аспектів їх проведення, оскільки саме в цьому разі буде забезпечено професійну відеофіксацію ходу й результатів обшуку.

Для збирання, перевірки й оцінки доказів у кримінальному провадженні використовують спеціальні знання, допомогу спеціалістів та експертів. Ці дії цілком відповідають спрямуванню діяльності захисника та реалізації засади змагальності в кримінальному провадженні.

Питання використання спеціальних знань адвокатом залишаються недостатньо дослідженими, тож потребують подальшого теоретичного розроблення для надання практичних рекомендацій. Розв'язання цієї проблеми безпосередньо стосується забезпечення засади змагальності сторін і надання стороні захисту реальних можливостей у збиранні й наданні суду якісних доказів для прийняття правильного процесуального рішення.

Зокрема, з аналізу норм КПК України вбачається, що з метою надання консультативної допомоги під час проведення обшуку сторона захисту може заявляти клопотання щодо залучення *спеціаліста* певного профілю. У частині 1 статті 71 КПК України закріплено відповідне положення, що дає змогу обом сторонам кримінального провадження залучати спеціаліста – особу, яка володіє спеціальними знаннями й навичками застосування технічних або інших засобів і може надавати консультації під час досудового розслідування з питань, що потребують відповідних спеціальних знань і навичок. Допомога спеціаліста, слушно зазначає М. Й. Кулик, полягає в: а) застосуванні пошукових приладів; б) виконанні доручень, що потребують спеціальних знань і навичок (технік-будівельник, слюсар, водолаз); в) наданні консультацій з питань дотримання правил безпеки; г) наданні рекомендацій щодо перевірки місць можливого зберігання предметів, які відшукують; д) наданні порад щодо вилучення знайдених предметів і порядку поводження з ними (під час відбору медикаментів, вибухових речовин та інших об'єктів, їх фіксації, упакування і транспортування) [107, с. 187].

Водночас у законодавстві не визначено, як захисник може залучати спеціаліста до проведення слідчих (розшукових) дій, зокрема обшуку. Натомість серед обов'язків слідчого не йдеться про рішення щодо задоволення клопотання захисника про залучення спеціаліста для участі в проведенні обшуку. У практичній діяльності з розслідування кримінальних правопорушень відомі поодинокі випадки запрошення спеціаліста захисником, зокрема, з дозволу слідчого.

Виконання ухвали слідчого судді про проведення обшуку, про що було зазначено раніше, в обов'язковому порядку фіксують за допомогою аудіо- та відеозапису. Водночас така фіксація належить не лише до обов'язків сторони обвинувачення. Стороні захисту також, відповідно до абзацу третього частини 1 статті 107 КПК України, надано право безперешкодного фіксування проведення обшуку за допомогою відеозапису. Оскільки проведення відеофіксації обшуку не лише потребує фахових знань в аспекті володіння навичками роботи з технікою, а й передбачає низку тактичних і методичних особливостей фіксації результатів його проведення, постає питання щодо механізму залучення спеціаліста стороною захисту та вимог щодо його фаховості. Адже в частині 1 статті 236 КПК України закріплено право лише слідчого, прокурора запросити спеціалістів з метою одержання допомоги з питань, що потребують спеціальних знань. Натомість про таке право сторони захисту ні в зазначеній, ні в інших нормах цього Кодексу не йдеться. Тому виникає суперечність між загальною нормою абзацу третього частини 1 статті 107 та спеціальною нормою частини 1 статті 236 КПК України в частині законодавчого врегулювання права сторони захисту запросити спеціаліста для участі в проведенні обшуку. Для усунення цієї суперечності пропонуємо третє речення частини 1 статті 236 цього Кодексу викласти в такій редакції: «З метою одержання допомоги з питань, що потребують спеціальних знань, *сторони кримінального провадження* для участі в обшуку *мають* право запросити спеціалістів». Вирішення цього питання саме в такий спосіб надасть реальну можливість захисникові як стороні захисту залучати не лише фахівців для здійснення відеофіксації проведення обшуку, а й інших спеціалістів. Вони можуть надати дієву допомогу захисникові щодо

виконання ним процесуальних обов'язків, спрямованих на збирання доказів і з'ясування обставин, що спростовують підозру, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підозрюваного [32, с. 158–159].

У законі не передбачено необхідності подання спеціалістом документів або копій паспорта, диплома чи свідоцтва про закінчення відповідних сертифікованих курсів, виписки з трудової книжки тощо. До особи, залученої як спеціаліст, цілком слушно зазначає В. М. Тертишник, ставлять дві основні вимоги: бути не зацікавленою в результаті справи та мати необхідні для участі в СРД спеціальні знання [211, с. 149]. Отже, якщо спеціаліст, запрошений захисником, прибув на місце проведення обшуку разом з ним, відповідає цим вимогам, він також має право стати учасником обшуку. Його головним завданням, згідно з частиною 2 статті 71 КПК України, є надання безпосередньої технічної допомоги (фотографування, складання схем, планів, креслень, відбір зразків для проведення експертизи тощо) сторонам кримінального провадження. Водночас у випадку, коли спеціаліст неналежно використовує свої права чи виконує покладені на нього обов'язки, слідчий, прокурор має право, відповідно до абзацу другого частини 3 статті 236 КПК України, заборонити йому вчиняти будь-які дії, що заважають проведенню обшуку.

Допомога спеціаліста необхідна також у випадках переховування наркотиків і деяких інших об'єктів у шлунку людини, наприклад, коли особа, яку обшукують, проковтнула шуканий об'єкт. Пошук таких об'єктів повинні здійснювати медичні працівники за дорученням слідчого в присутності понятих, за наявності можливості – із числа медичного персоналу, а в окремих випадках – й оперативних працівників.

На нашу думку, такі діагностичні й медичні дослідження, спрямовані на виявлення та вилучення предметів, захованих у порожнинах тіла людини (фіброскопія, рентгеноскопія або рентгенографія шлунково-кишкового тракту, промивання шлунка), може бути проведено під час особистого обшуку. Зазначені дослідження можуть здійснювати лише за згодою особи, яку обшукують, оскільки, відповідно до частини третьої статті 28 Конституції України, жодна

людина без її вільної згоди не може бути піддана медичним, науковим чи іншим дослідам. Примусове ж обстеження в цій ситуації буде, на наш погляд, неприпустимим.

Практика ЄСПЛ також засвідчує на користь цієї позиції. Зокрема, у справі «Яплох проти Німеччини», де заявник оскаржував дії органів досудового розслідування, які полягали в примусовому вилученні зі шлунка підозрюваного наркотичних засобів, які той переховував, ЄСПЛ постановив: «Хоча право не свідчити проти себе стосується передусім права обвинуваченого зберігати мовчання на допиті та не бути примушеним до давання показів, ЄСПЛ уже надавав цьому принципу більш широкого значення, що охоплює випадки, коли йшлося про передачу органам влади фактичних доказів. З огляду на це, заборона примушування до давання показань застосовується і до цієї справи». Далі Суд зазначає: «Використання у справі заявника доказів, отриманих з метою примусового застосування засобів, які викликають блювотний рефлекс, порушило його право не свідчити проти себе, тому зробило розслідування повністю несправедливим» [188]. Тож Суд фактично визнав недопустимими докази, які було отримано із застосуванням певних медичних препаратів, хоча шкоди здоров'ю, честі чи гідності особи вони не завдали.

У ситуаціях, коли особа зазнає повного особистого обшуку, наприклад, якщо є достатні підстави вважати, що шукані об'єкти заховано в природних отворах людського тіла, проведення обшуку також краще доручити медичному працівникові. Пластирні наклейки, гіпсові й інші пов'язки в усіх випадках необхідно перевіряти разом з медичними працівниками за умови, якщо ці дії не загрожують життю і здоров'ю особи, яку обшукують.

У низці випадків, залежно від мети, виду обшуку або обстановки його проведення, обов'язковою є участь *інших осіб, присутність яких забезпечує слідчий, прокурор.* До прикладу, якщо обшукують неповнолітнього, який мешкає в інтернаті, гуртожитку, училищі тощо, обов'язковою є присутність педагога, у разі перебування під час обшуку в житлі важкохворого – лікаря, а під час проведення обшуку в приміщенні підприємства, установи, організації – їхніх

представників. Участь цих осіб хоча б частково можна спрогнозувати під час підготовки до проведення обшуку, коли слідчий, вивчаючи особу, житло чи інше володіння якої слід обшукати, з'ясовує спосіб її життя, розпорядок дня, стан здоров'я, риси характеру, а також членів її родини, відносини з рідними, близькими, родичами, сусідами й колегами, чи має особа транспортні засоби, собаку або іншу тварину, зброю і чи здатна чинити опір, накласти на себе руки тощо [32, с. 162].

Під час проведення обшуку в приміщенні підприємства, установи, організації обов'язковою є присутність їхніх представників, оскільки після проведення такого обшуку другий примірник протоколу обшуку, відповідно до абзацу другого частини 9 статті 236 КПК України, вручають керівникові або представникові підприємства, установи чи організації.

З метою полегшення розпізнавання об'єктів, що відшукують, сторона обвинувачення до участі в проведенні обшуку може залучити *потерпілих* і *свідків*.

Відповідно до частини 2 статті 166 КПК України, обшук за клопотанням сторони захисту, потерпілого проводять за участю особи, яка його ініціювала, та (або) її захисника чи представника. За загальним правилом, визначеним у частині 8 статті 236 цього Кодексу, під час проведення обшуку присутні особи, що її ініціювали, мають право висловлювати свої пропозиції та зауваження щодо порядку проведення обшуку, а також вимагати від слідчого, прокурора дотримання вимог КПК України, які регулюють його проведення. Пропозиції та зауваження особи, що ініціювала проведення обшуку, є обов'язковими для врахування слідчим, прокурором, крім випадків, коли вони суперечать вимогам закону або явно не відповідають меті його проведення.

Участь потерпілого під час проведення обшуку не є обов'язковою. Про це зазначає законодавець у частині 1 статті 236 КПК України, регламентуючи, що слідчий або прокурор може запросити потерпілого. Також потерпілий може бути запрошений до проведення обшуку й за власною ініціативою, тобто на підставі відповідного клопотання. Однак доцільність і можливість його участі під час обшуку мають бути заздалегідь вирішені особами, уповноваженими його

проводити. Потерпілий, якщо він особисто ініціював запрошення, має бути проінформований слідчим про дії та несприятливі події, які можуть відбутися під час проведення обшуку за його участю. Насамперед це стосується випадків проведення обшуку за одночасної присутності потерпілого й підозрюваного, у якого проводять обшук (залякування, погрози тощо); тяжкості та характеру кримінального правопорушення; наслідків проведеної СРД (виявлення трупа та його частин, встановлення фактів щодо приватного життя особи тощо). Звісно, слідчий, готуючись до проведення обшуку, має з'ясувати всі зазначені обставини й визначити можливість і доцільність запрошення інших осіб, зокрема потерпілого й свідків, до участі в проведенні обшуку.

Отже, тактично й процесуально грамотне використання присутності під час проведення обшуку потерпілих і свідків надає можливість суттєво підвищити ефективність його проведення й оптимізувати весь процес розслідування. Однак, на наш погляд, про пред'явлення для впізнання об'єктів безпосередньо під час обшуку може йтися лише у випадку дотримання вимог статей 228, 229 КПК України, чого не завжди можна досягти.

Закон не лише проголошує вимогу дотримання прав і законних інтересів учасників проведення обшуку, а й вимагає від слідчого, прокурора та суду забезпечення можливості скористатися своїми правами, створення умов для їх реалізації. Якщо потерпілий з цією метою може звернутися до адвоката як до представника, відповідно до частини 1 статті 58 КПК України, то свідок – як до адвоката, відомості про якого внесено до Єдиного реєстру адвокатів України, що має свідоцтво на право заняття адвокатською діяльністю в Україні, для надання йому кваліфікованої правової допомоги.

Зазначений напрям діяльності адвоката слід здійснювати в межах представницьких функцій. Водночас аналіз Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 5 липня 2012 року № 5076-VI засвідчує намагання законодавця, поряд із традиційними провідними векторами діяльності адвоката у вигляді захисту (пункт 5 частини 1 статті 1 цього Закону) або представництва (пункт 9 частини 1 статті 1), окреслити й такий узагальнювальний напрям його

діяльності, як «інші види правової допомоги» (пункт 6 частини 1 статті 1 Закону). Слід визнати, що за своїми зовнішніми ознаками діяльність адвоката з надання правової допомоги свідку тяжіє саме до цього функціонального напряму. Натомість у пункті 4 частини 1 статті 19 зазначеного Закону до видів адвокатської діяльності безпосередньо віднесено надання правової допомоги свідкові в кримінальному провадженні.

## Висновки до розділу 2

Учасників обшуку можна класифікувати за різними критеріями залежно від їхнього статусу як сторони кримінального провадження, виду обшуку, наявності можливості ініціювати його проведення, обов'язковості або факультативності залучення, місця та ролі в доказуванні, здійснюваних функцій. Такі критерії надають можливість з'ясувати особливості процесу забезпечення дотримання прав і законних інтересів осіб, залучених до сфери кримінального провадження, зокрема, під час проведення обшуку.

По-перше, учасників обшуку залежно від правового становища можна розподілити на три групи. Перша група – службові особи, що здійснюють розслідування за кримінальним провадженням, або особи, які мають за законом право проведення цієї СРД (слідчий, прокурор, керівник органу досудового розслідування). Друга група – особи, що мають власний інтерес, або ті з них, які зацікавлені в результатах обшуку (підозрюваний, захисник, законний представник; потерпілий, його представник). Третя група – особи, які не є суб'єктами доказування, проте вони також мають певні права й обов'язки (спеціаліст, перекладач, свідки, поняті, представники підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності, представник ради адвокатів регіону, які залучені для виконання покладених на них обов'язків).

По-друге, обшук можуть проводити стосовно широкого кола осіб, серед яких виокремлюють групи обшукуваних осіб, яких розрізняють залежно від

їхнього відношення до події кримінального правопорушення. До першої групи входить підозрюваний, а другу групу формують особи, щодо яких немає достатніх підстав для затримання або обрання запобіжного заходу, проте є відомості, що дозволяють підозрювати в учиненні кримінального правопорушення, співучасті, пособництві, приховуванні. До третьої групи входять особи, у яких можуть знаходитися шукані предмети і які не причетні до події, але є родичами й знайомими підозрюваного, а також наявні конкретні підстави вважати, що в них знаходяться шукані об'єкти. До цієї групи, на наш погляд, можна віднести й осіб, які зайняли обшукуване приміщення після початку досудового розслідування.

Незалежно від того, яке відношення має особа, яку обшукують, до розслідуваної події, слідчий має (за можливості) забезпечити її присутність під час проведення цієї СРД. В іншому випадку особа, у якої проводять обшук, з вини слідчого втрачає можливості добровільно видати розшукувані предмети й запобігти в такий спосіб примусовому обстеженню свого житла, а під час обшуку – реально здійснювати захист своїх інтересів.

Учасників обшуку умовно можна поділити на декілька груп залежно від обов'язковості або факультативності залучення їх до обшуку.

У випадку проведення обшуку за ініціативою сторони обвинувачення обов'язковими учасниками є: слідчий, прокурор, не менше ніж двоє понятих. Факультативними учасниками є: потерпілий, підозрюваний, захисник, представник, адвокат та інші учасники кримінального провадження, перелічені в пункті 25 частини 1 статті 3 КПК України, представник ради адвокатів регіону (у випадках проведення обшуку в адвоката), а також співробітники оперативного підрозділу. Захисник–адвокат як факультативний учасник цієї СРД своєю чергою може запросити для участі в її проведенні спеціаліста й перекладача.

Обов'язковими учасниками проведення обшуку за клопотанням сторони захисту є слідчий, прокурор або орган Національної поліції України за місцем проведення цієї дії, не менше ніж двоє понятих, а також особа, за клопотанням якої надано дозвіл на її проведення, зокрема підозрюваний.

Як факультативні учасники в цьому випадку можуть бути залучені потерпілий, підозрюваний (якщо ініціатором проведення цього обшуку був захисник, представник чи адвокат), визначені в законі учасники кримінального провадження, співробітники оперативного підрозділу, а також особи, чиї права та законні інтереси може бути обмежено або порушено.

# РОЗДІЛ 3
# ПРОЦЕСУАЛЬНА ДІЯЛЬНІСТЬ СТОРОНИ ЗАХИСТУ ЩОДО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОТРИМАННЯ ПРАВ ТА ЗАКОННИХ ІНТЕРЕСІВ УЧАСНИКІВ ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ

## 3.1. Реалізація окремих повноважень захисником перед початком виконання ухвали слідчого судді

Метою обшуку, як і будь-якої СРД, є отримання та перевірка доказів на досудовому розслідуванні. У зв'язку із цим, реалізація основних засад кримінального провадження, серед яких: змагальність сторін, свобода подання ними суду своїх доказів і доведення перед судом їх переконливості, презумпція невинуватості та забезпечення доведеності вини, забезпечення права на захист, – потребують надання стороні захисту можливостей для активного відстоювання власної позиції, зокрема шляхом її участі в процесі доказування. Проте КПК України в цій частині містить певні неузгодженості, прогалини, що тягне за собою неоднозначність тлумачення та застосування відповідних норм у практичній діяльності з розслідування кримінальних правопорушень, що стосується і проведення обшуку.

КПК України істотно розширив можливості участі сторони захисту в доказуванні під час досудового розслідування та розширив тим самим дію засади змагальності в кримінальному провадженні. Норми цього Кодексу, що регламентують участь сторони захисту під час проведення обшуку, визначають процесуальне становище суб'єктів, які належать до сторони захисту, встановлюють порядок проведення СРД, зокрема обшуку, оскарження дій та рішень слідчого, прокурора тощо.

Доказування в кримінальному провадженні розглядають як основу всієї процесуальної діяльності. Це є цілком закономірним, оскільки сутність кримінального провадження полягає в тому, щоб забезпечити правильне й

ефективне застосування норм матеріального права, насамперед – кримінального, а в разі вирішення цивільного позову – ще й цивільного. Поняття «доказування» використовують у двох значеннях: як діяльність зі збирання, перевірки й оцінки доказів для встановлення фактичних обставин (саме ця діяльність спрямована забезпечити таке встановлення фактичних обставин провадження, яке даватиме змогу правильно застосувати норми матеріального права); як діяльність, спрямована на обґрунтування власної вимоги, адресованої до суб'єкта, що вповноважений ухвалювати певне рішення [103, с. 237].

Розмежування цих двох значень (двох аспектів) аналізованого поняття дало б змогу вирішити низку дискусій у науці щодо покладання обов'язку доказування на певних суб'єктів, надання права на участь у доказуванні та, зокрема, питання про обов'язок і тягар доказування. Проте в частині 2 статті 91 КПК України визначено лише одне значення поняття доказування – як діяльності зі збирання, перевірки та оцінки доказів, що, на нашу думку, є суттєвим недоліком законодавства й спричиняє складнощі в його тлумаченні та застосуванні.

Сторона захисту бере участь у доказуванні, що здійснює сторона обвинувачення, шляхом звернення до неї з клопотаннями про проведення СРД, інших процесуальних дій (ініціювання їх проведення, що визначено в частині 3 статті 93 КПК України) й участі в таких діях. Під час їх проведення сторона захисту має право ставити питання, висловлювати свої пропозиції, зауваження та заперечення, які заносять до протоколу (частина 6 статті 223 КПК України).

Сторона захисту може брати участь у тих СРД, які проводять за ініціативою слідчого, прокурора. Насамперед ідеться про ті з них, у яких бере участь підозрюваний (його допит чи одночасний допит двох чи більше вже допитаних осіб; пред'явлення для впізнання, слідчий експеримент тощо), а також інші дії, під час проведення яких, згідно з частиною 3 статті 223 КПК України, права та законні інтереси особи може бути обмежено або порушено (у цьому випадку – права підозрюваного).

Право сторони захисту на збирання доказів визначено в частині 1 статті 93 КПК України, відповідно до якої збирання доказів здійснюють сторони криміна-

льного провадження, потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюють провадження, у порядку, передбаченому цим Кодексом. Зазначене надає реальні (проте не рівні зі стороною обвинувачення) можливості стороні захисту для збирання доказів під час досудового розслідування, посилює елементи змагальності, створюючи підґрунтя для змагальності під час судового розгляду матеріалів кримінального провадження. Надання стороні захисту права на активну участь у доказуванні, самостійне збирання доказів, безумовно, сприяє об'єктивному з'ясуванню фактичних обставин під час кримінального провадження, захищає права й інтереси підозрюваного, обвинуваченого, особи, стосовно якої здійснюють провадження щодо застосування примусових заходів медичного або виховного характеру. Щоправда, подеколи в науковій літературі обстоюють іншу позицію, за якою на захисника покладають обов'язок доказування певних обставин – відсутності події кримінального правопорушення, відсутності винуватості підозрюваного тощо [109, с. 7]. Однак такий підхід суперечить засаді презумпції невинуватості, тож залишається лише ґрунтований на законі варіант участі сторони захисту в доказуванні під час збирання, перевірки й оцінки доказів стороною обвинувачення. Право сторони захисту на участь у такому доказуванні вбачається зі змісту різних статей КПК України. Визначаючи процесуальне становище суб'єктів зі сторони захисту, законодавець передбачає їхні права на участь у доказуванні, зокрема, права підозрюваного (частина 3 статті 42 КПК України) давати пояснення, показання з приводу підозри; збирати й подавати слідчому, прокурору, слідчому судді докази; брати участь у проведенні процесуальних дій; під час проведення процесуальних дій ставити запитання, подавати свої зауваження та заперечення щодо порядку проведення дій, які заносять до протоколу; заявляти клопотання про проведення процесуальних дій тощо.

Відповідно до частини 1 статті 236 КПК України, слідчий, прокурор уживає належних заходів для забезпечення присутності під час проведення обшуку цих осіб; крім них, для участі в проведенні обшуку може бути запрошено підозрюваного, захисника, представника й інших учасників кримінального провадження, осіб, у присутності яких здійснюють обшук і які під час його

проведення мають право робити заяви, що підлягають занесенню до протоколу обшуку (частини 1, 8 статті 236 цього Кодексу).

Про проблеми, пов'язані з участю сторони захисту, а саме захисника під час проведення СРД, неодноразово й небезпідставно зазначали науковці, пропонуючи, наприклад, закріпити обов'язок слідчого забезпечити присутність захисника під час проведення обшуку [5, с. 5–7]. Обов'язком слідчого є також забезпечити участь законного представника неповнолітнього чи недієздатного або обмежено дієздатного підозрюваного під час обшуку за участю підозрюваного. Недотримання зазначених правил розглядають як порушення права на захист, і, відповідно до пункту 3 частини 2 статті 87 КПК України, це може потягнути за собою визнання недопустимими доказів, одержаних з таким порушенням.

Аналіз КПК України надає підстави для виокремлення двох форм участі сторони захисту в доказуванні під час проведення процесуальних дій: 1) самостійне збирання доказів (речей, документів, висновків експерта), які сторона захисту може використати під час досудового розслідування та в судовому розгляді); 2) участь у доказуванні, яке здійснює сторона обвинувачення, шляхом аналізу й оцінки зібраних нею доказів.

Обшук як СРД, що передбачає втручання у сферу особистих прав людини, має складний порядок проведення, а його результати використовують у кримінальному провадженні лише за умови відповідності вимогам закону [54, с. 156]. Обшук умовно передбачає певні етапи, що в сукупності утворюють комплекс дій та рішень сторони обвинувачення, захисту й інших учасників, спрямованих, зокрема, на захист прав і законних інтересів учасників проведення обшуку. На кожному із цих етапів законодавець передбачив особливості правового регулювання, а саме надав можливість активної участі для сторони захисту під час проведення обшуку.

Водночас викликає заперечення використання в статті 236 КПК України різних за змістом термінів у значенні синонімів. Відповідно до частини 1 цієї статті, захисника чи адвоката зобов'язані допустити на місце проведення обшуку незалежно від *стадії* цієї слідчої дії. В абзаці третьому частини 3 статті 236 КПК

України зазначено, що слідчий, прокурор зобов'язаний допустити адвоката або представника до обшуку на будь-якому *етапі* його проведення. У законодавстві України й теорії кримінального процесуального права термін «стадія» визначено досить конкретно й детально: це порівняно самостійні частини, що характеризуються притаманними їм особливостями та слугують досягненню цілей і вирішенню завдань кримінального провадження [101, с. 23]; взаємопов'язані, однак порівняно самостійні етапи кримінальної процесуальної діяльності, що характеризуються безпосередніми завданнями, специфічним колом суб'єктів, властивою їм процесуальною формою та підсумковими рішеннями [100, с. 27]. Свого часу про те, що поняття «стадія» та «етап» співвідносяться між собою як загальне й окреме, цілком слушно зауважував А. Я. Дубинський. Цей науковець стверджував, що в процесуальній та криміналістичній літературі є різні погляди на періодизацію попереднього розслідування. Не всі автори одностайні щодо визначення змісту й меж цих етапів: науковці визначають структуру розслідування у вигляді трьох, чотирьох чи шести етапів, а на думку А. Я. Дубинського, слід виокремлювати п'ять етапів розслідування, починаючи з проведення початкових невідкладних слідчих дій і закінчуючи комплексом процесуальних дій, пов'язаних із підготовкою підсумкового рішення, його оформленням і направленням справи [47, с. 186–187].

Натомість учені-криміналісти обстоюють іншу позицію щодо розглядуваного питання. Зокрема, одні з них не розрізняють стадії та етапи й використовують ці поняття як синоніми [99, с. 281, 330–349; 194, с. 350–357], інші – виокремлюють лише етапи як певні частини проведення слідчої дії, до яких вони зазвичай відносять підготовчий, робочий та заключний етапи [106, с. 209–220; 229, с. 148–151].

На наш погляд, для вирішення питання щодо співвідношення цих понять доцільно керуватися їхнім змістовим навантаженням. У Великому тлумачному словнику сучасної української мови поняття «стадія» визначено як певний момент, період, етап у житті, розвитку, які мають якісні особливості [26, с. 1382]. Одне зі значень терміна «етап» – це окрема частина чого-небудь [26, с. 357].

Отже, вважаємо, що стадію доречно визначати як окремий період кримінального провадження, до якого належать досудове розслідування, судовий розгляд, провадження в апеляційній, касаційній інстанціях тощо. Натомість на етапи поділяють СРД, НСРД, інші процесуальні дії, оскільки їх якісне проведення передбачає підготовчі дії, безпосереднє проведення та фіксацію їх ходу й результатів.

Враховуючи викладене, вважаємо недоречним застосування в частині 1 статті 236 КПК України терміна «стадія» стосовно обшуку. Адже, по-перше, цю СРД проводять на стадії досудового розслідування, оскільки її унормовано в розділі ІІІ з однойменною назвою, а використовувати цей термін в одній процесуальній нормі в різних значеннях – як стадії та як окремого етапу – не є логічним; по-друге, оскільки в аналізованій нормі йдеться про конкретну СРД, то окремою його частиною є саме будь-який етап обшуку, коли уповноважені службові особи зобов'язані допустити захисника для участі в його проведенні, незалежно від того, це початковий етап, робочий чи заключний.

З огляду на зазначене, пропонуємо в п'ятому реченні частини 1 статті 236 КПК України слова «Незалежно від стадії» замінити словами «*Незалежно від етапу*» і далі за текстом. Урахування цієї пропозиції сприятиме узгодженню цієї норми не лише з абзацом третім частини 3 зазначеної статті, а й з усталеним тлумаченням термінів «стадія» та «етап» у науці кримінального процесуального права.

Обшук є однією з тих СРД, під час якої найвиразніше виявляються позиції сторін обвинувачення та захисту. Кожна з них намагається вибудувати свою тактику дій, підкріпити її доказами, оскільки в змагальному процесі допущені помилки стають надто вагомими. Тож істотне значення мають не лише особливості правового регулювання участі сторони захисту в доказуванні, а й забезпечення під час її процесуальної діяльності прав і законних інтересів учасників кримінального провадження на окремих етапах проведення обшуку. Ця діяльність спрямована на недопущення навмисних чи ненавмисних порушень і помилок з боку сторони обвинувачення під час обшуку й тих негативних

наслідків, які позначаються на інших учасниках кримінального провадження під час проведення обшуку як заходу процесуального примусу [54, с. 157].

Дослідження та аналіз процесуальних прав особи, у житлі чи іншому володінні якої проводять обшук, потребує аналізу питання участі в цій СРД не лише адвоката, а й представника цієї особи. Передусім це стосується випадків проведення обшуку приміщень, які є багатоповерховими або утворюють комплекси споруд. У таких випадках забезпечення ефективного контролю за діями слідчого та співробітників оперативних підрозділів (часто такі СРД проводять спільні їх групи) є неможливим без залучення осіб, яким власник житла чи іншого володіння делегує виконання цього завдання з метою захисту його законних інтересів. Така практика залучення до участі в обшуку зазначених осіб, які представляють законні інтереси обшукуваної особи, шляхом здійснення неупередженого контролю за дотриманням вимог закону під час проведення обшуку вже наявна. Тому виправданість законодавчої новели, передбаченої в абзаці третьому частини 3 статті 236 КПК України, не викликає сумніву – слідчий, прокурор не має права заборонити учасникам обшуку користуватися правовою допомогою адвоката або представника. Слідчий, прокурор зобов'язаний допустити такого адвоката або представника до обшуку на будь-якому етапі його проведення [54, с. 157–158].

Аналізована СРД передбачає особливий порядок залучення захисника. Це питання є важливим ще й тому, що обшукувана особа може наполягати на присутності захисника з метою відтягування початку проведення обшуку й використання можливості знищення відшукуваних слідів, предметів, знарядь учинення кримінального правопорушення, а також учинення інших дій, що спричиняють негативні наслідки для сторони обвинувачення. Обшук може бути результативним лише тоді, коли його проведено раптово, інакше він втрачає будь-який сенс. На підставі системного тлумачення статей 207–211, 213, 223, 234, 236 КПК України можна стверджувати, що уповноважена особа має право на проведення обшуку без захисника виключно під час обшуку особи на момент її затримання в порядку статті 208 цього Кодексу. В інших випадках слідчий пови-

нен задовольнити клопотання обшукуваної особи на залучення захисника, а ще краще – на підготовчому етапі проведення обшуку передбачити такі ситуації та вжити необхідних заходів для попередження тактичних помилок. 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 факторів, оскільки законодавчо його поки що не унормовано.

Проблемне питання проведення обшуку полягає в тому, що має робити слідчий після заявлення клопотання про участь під час обшуку захисника, його виклику на місце проведення цієї СРД і до моменту його прибуття. На нашу думку, слідчий має чекати захисника, забезпечивши неможливість пересування осіб, які перебувають у приміщенні, або обмеживши такі дії. Цей підхід до вирішення питання постає внаслідок системного тлумачення частини 2 статті 236 КПК України. У цій процесуальній нормі йдеться про те, що обшук житла чи іншого володіння особи має відбуватися в час, коли завдають найменшої шкоди звичайним заняттям особи, яка ним володіє, якщо слідчий, прокурор не вважатиме, що виконання такої умови може суттєво зашкодити меті обшуку, а також частини 5 цієї статті, у якій визначено, що обшук слід проводити в обсязі, необхідному для досягнення мети обшуку. Якщо ж є підстави вважати, що затягування особистого обшуку становить небезпеку для інших осіб (наприклад, застосування зброї, дистанційної вибухівки тощо), такий обшук осіб слід проводити невідкладно [54, с. 158].

Участь адвоката під час проведення обшуку необхідна й потрібна насамперед для реалізації права на захист підозрюваного, надання кваліфікованої юридичної допомоги іншим учасникам цієї СРД, зокрема тим із них, які ще не мають визначеного процесуального статусу. Коли адвокат присутній на місці проведення обшуку, поведінка правоохоронців стає стриманішою, їхня увага переключається на правника, у присутності якого припуститися порушення

значно складніше. Зазначене засвідчує, що нехтувати можливістю скористатися його професійною допомогою не варто.

На підготовчому етапі проведення обшуку перед адвокатом постають три завдання: 1) оперативне прибуття на місце проведення обшуку; 2) ознайомлення з ухвалою слідчого судді; 3) перевірка компетентності службових осіб, які прибули для проведення обшуку, й інших присутніх осіб, зокрема понятих [54, с. 158].

Оскільки максимально можливий час прибуття адвоката на місце проведення обшуку житла чи іншого володіння особи в законі не визначено, слід керуватися засадою розумності строків, що є об'єктивно необхідними для виконання процесуальних дій та прийняття процесуальних рішень. Однак навіть вчасне прибуття адвоката ще не гарантує йому допуск до місця проведення обшуку. У зазначених випадках слід здійснити такі дії: 1) одразу зафіксувати факт порушення прав адвоката, а після закінчення обшуку – їхати до лікаря, фіксувати факт наявності тілесних ушкоджень, збирати всі потрібні довідки й направляти зібрані документи, що підтверджують цю подію, до відповідного правоохоронного органу; 2) якщо викликали поліцію – першочергово слід подати повідомлення про вчинений злочин саме до цього органу, потім подати клопотання про можливе передання справи за підслідністю. Крім цього, на часі рекомендація про направлення списків адвокатів до всіх суддів, щоб вони знали прізвища адвокатів і мали посилання на реєстр, оскільки не всі слідчі мають належний рівень фахової підготовки, деякі навіть не знають про наявність Єдиного реєстру адвокатів України [45]. Доказами фактів перешкоджання діяльності адвоката, на нашу думку, можна вважати й персонографічні дані особи, яка здійснила такі протиправні дії (її прізвище, ім'я, по батькові, спеціальне звання та/або номер жетону (за наявності), підрозділ, який вона представляє; причини дій щодо недопуску адвоката); відео- чи аудіозапис, зроблений адвокатом на підтвердження неможливості його своєчасного прибуття на місце проведення обшуку; показання, надані в суді свідками, викликаними за клопотанням захисника, тощо. Крім цього, фізична перешкода адвокату в

наданні ним правової допомоги своєму клієнту, зокрема під час проведення обшуку, є кримінальним правопорушенням, передбаченим статтею 397 КК України (втручання в діяльність захисника чи представника особи) або статтею 398 КК України (заподіяння захиснику чи представнику особи тілесних ушкоджень у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги). Органи досудового розслідування не повинні допускати створення штучних перешкод у професійній діяльності захисника, оскільки такі дії можуть призвести до притягнення винних до кримінальної відповідальності [51, с. 100].

Питання про те, як має діяти захисник, якщо його не пускають на місце проведення обшуку, було досліджено під час проведення анкетування практичних працівників. Абсолютна більшість слідчих – 69,33 % – зазначила, що потрібно записати прізвище особи, яка не дозволяє виконувати адвокатові його обов'язки; 19,8 % вважають, що слід залишити місце проведення обшуку, а 10,87 % – зафіксувати факт недопуску адвоката до участі в обшуку за допомогою звуко- чи відеозапису (додаток А). Різняться відповіді адвокатів на це саме питання: 65,3 % з них вважають, що слід зафіксувати факт недопуску до участі в обшуку за допомогою звуко- чи відеозапису; 19,4 % – записати прізвище особи, яка не дозволяє йому виконувати свої обов'язки, лише 15,3 % з них – залишити місце проведення обшуку (додаток Б).

У практичній діяльності подеколи наявні факти обмеження адвоката в можливостях пересування. Ідеться про те, що в частині 3 статті 236 КПК України зафіксовано право слідчого заборонити будь-якій особі залишити місце обшуку до його закінчення та вчиняти будь-які дії, що заважають проведенню обшуку. Невиконання цих вимог тягне за собою відповідальність. Адвокати фіксують значну кількість зловживань цим положенням, тож норму, з огляду на статус захисника, варто було б переглянути, забезпечивши непорушення процесуальних прав адвокатів, а саме їхню фізичну недоторканність. Адже слідчі під час проведення обшуку приміщень по-різному трактують нововведення щодо присутності захисника (адвоката). Деякі з них вважають, пише М. В. Комарова, що допуск захисника неможливий, якщо особі, у якої проводять обшук, не

вручено підозру, оскільки в такому випадку адвокат не має статусу «сторони захисту». Інші стверджують: якщо перед початком обшуку немає договору між адвокатом і клієнтом, то допуск захисника в обшукуване приміщення є сумнівним. Проте, продовжує зазначена авторка, закон не забороняє підписати договір на місці проведення обшуку. Існує правова позиція, згідно з якою договір може бути укладено й в усній формі у порядку, передбаченому пунктом 2 частини 2 статті 27 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Також усна заява, зафіксована під час відеозапису, про бажання запрошення конкретного адвоката матиме значення під час оскарження недопуску захисника в суді. За наявності згоди клієнта та договору між ним і захисником слідчі переважно не заперечують проти присутності адвоката. Однак КПК України не зобов'язує слідчих очікувати на приїзд захисника [83, с. 86–87]. Це твердження навряд чи можна вважати цілком слушним. 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 юридичною 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 [54, с. 158].

Зазначене питання було досліджено під час анкетування слідчих й адвокатів з метою визначення, чи є захисник обов'язковим учасником проведення обшуку. Відповіді на це питання прогнозовано різнилися. Зокрема, на думку 44,55 % слідчих, захисник може бути викликаний за бажанням обшукуваної особи; 28,72 % з них вважають, що захисника можуть не викликати, якщо немає договору про надання юридичної допомоги обшукуваній особі, ще 26,73 % – що захисника мають викликати в будь-якому випадку проведення обшуку. Натомість, відповідаючи на аналогічне питання, більшість адвокатів –

58,2 % – зазначила, що захисника мають викликати в будь-якому випадку проведення обшуку; 25,5 % – що захисник може бути викликаний за бажанням обшукуваної особи, лише 16,3 % – що захисника можуть не викликати, якщо немає договору про надання юридичної допомоги обшукуваній особі. Деталізуючи це питання, слідчі й адвокати висловили свою позицію, чи повинен захисник без договору про надання юридичної допомоги прибувати на місце проведення обшуку на прохання обшукуваної особи. На переконання 48,52 % слідчих, спочатку необхідно укласти договір, після чого брати участь у проведенні обшуку; 33,66 % з них вказали, що у цьому разі сторона обвинувачення має забезпечити захисника відповідно до Закону України «Про безоплатну правову допомогу»; лише 17,82 % слідчих вважають, що відсутність договору не є перешкодою для надання захисником юридичної допомоги під час проведення обшуку (додаток А). На думку 47,93 % адвокатів, у цьому разі сторона обвинувачення має забезпечити захисника відповідно до Закону України «Про безоплатну правову допомогу»; 35,76 % не вважають відсутність договору перешкодою для надання захисником юридичної допомоги під час проведення обшуку; лише 16,31 % адвокатів вважають, що спочатку слід укласти договір, після чого брати участь у проведенні обшуку (додаток Б).

Обґрунтованість обшуку є однією з обов’язкових умов забезпечення права на недоторканність житла чи іншого володіння особи, на чому ЄСПЛ акцентує увагу, оцінюючи дотримання статті 8 КЗПЛ. Показовою в цьому сенсі є справа «Володимир Поліщук та Світлана Поліщук 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 [183].

Завданням обшуку є виявлення та фіксація відомостей про обставини вчинення конкретного кримінального правопорушення. Тож ухвала слідчого судді, відповідно до частини 3 статті 234 КПК України, з-поміж інших зазначених у цій нормі обставин має містити перелік речей і документів, для відшукання та вилучення яких власне й проводять цю СРД. Проте достатньо поширеною практикою є намагання сторони обвинувачення вилучити предмети, не пов’язані зі збиранням доказів. На зміст ухвали в цій частині слід акцентувати увагу захисникові, а якщо аргументація не діє – фіксувати порушення з метою подальшого оскарження цих дій слідчого [54, с. 159].

З огляду на зазначене, обов’язковою складовою обґрунтування клопотання слідчого має бути опис індивідуальних або родових ознак речей, документів, іншого майна або осіб, яких планують відшукати, а також їхнього зв’язку з учиненим кримінальним правопорушенням. Це дасть змогу слідчому судді переконатися в необхідності проведення обшуку в конкретному місці й у конкретної особи, щоб прийняти обґрунтоване процесуальне рішення. Важливе значення ця обставина має в кримінальних провадженнях, коли обшук проводять у житлі чи іншому володінні особи, якій не повідомлено про підозру. Проведення обшуку не в конкретно визначеного учасника кримінального провадження, а в третьої особи у практиці ЄСПЛ визнано допустимим. Проте особливої актуальності набуває обґрунтування в судовому рішенні, яке є правовою підставою для його проведення, необхідності обмеження права людини на недоторканність житла саме в такий спосіб.

До того як у КПК України Законом України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 3 жовтня 2017 року № 2147-VIII було внесено зміни, на підставі чого статтю 234 КПК України викладено в новій редакції, слідчі судді під час вирішення питання про надання дозволу на обшук вимагали доведення зв'язку речей і документів, які планують відшукати, зі злочином. Під час відмови в наданні дозволу на проведення обшуку однією з найпоширеніших причин, згідно зі результатами узагальнення практики щодо цього питання, був брак у клопотанні слідчого відомостей про зв'язок речей і документів, які планують відшукати, з конкретним кримінальним провадженням [231].

Відповідно до практики ЄСПЛ, у рішенні про проведення обшуку має бути максимально конкретизовано перелік речей і документів, на відшукання яких спрямовано цю СРД. Зокрема, у рішенні в справі «Бук проти Німеччини» ЄСПЛ зазначив: «...Аналізуючи зміст та обсяг постанови про проведення обшуку та виїмки, Суд вважає, що це судове рішення було неконкретним. Констатуючи, що зміст постанови про обшук можна було встановити з тієї її частини, що стосувалася виїмки, і конкретизувала документи, які необхідно було розшукати у відповідних приміщеннях, Суд усе-таки звертає увагу, що в цьому рішенні не наведено жодних причин, чому документи, що стосуються справ компанії, повинні були знаходитися в приватному житлі заявника. Таким чином, зміст постанови виходив за межі того, що було необхідним за конкретних обставин справи... Суд зауважує, що публічність обшуку житла та офісних приміщень заявника і виїмки з них у місті чисельністю приблизно 10 тис. мешканців, цілком імовірно, могла негативно позначитися на репутації заявника та його компанії. У зв'язку із цим необхідно нагадати, що сам заявник не був підозрюваним у вчиненні будь-якого правопорушення чи злочину» [180].

Щодо зазначення в клопотанні слідчого індивідуальних або родових ознак речей, документів, іншого майна або осіб, яких планують відшукати, конкретиза-ція цих положень спрямована на правову визначеність у питанні щодо мети й

меж СРД і відіграє роль гарантії від зловживань з боку органів державної влади. Проте використання в чинному законі категорії «родові ознаки речей» призведе до надмірного розширення дискреційних повноважень як суду, так і процесуальних опонентів (ідеться про сторону обвинувачення). Такий підхід суперечить практиці ЄСПЛ [70]. Зокрема, Т. Алексик зауважує, що поняття родових ознак охоплює широке коло речей і документів, що надасть можливість вилучити їх під час обшуку як такі, що належать до переліку, зазначеного в ухвалі. Звісно, що їх повернення законним володільцям буде значно ускладнено [4].

У клопотанні слідчого про проведення обшуку має бути зазначено обґрунтування того, що доступ до речей, документів або відомостей, які можуть у них міститися, не може отримати орган досудового розслідування в добровільному порядку шляхом витребування речей, документів, відомостей відповідно до частини 2 статті 93 КПК України або за допомогою інших СРД, передбачених цим Кодексом, а доступ до осіб, яких планують відшукати, – за допомогою інших СРД. Це положення цілком відповідає практиці ЄСПЛ, сприятиме забезпеченню пропорційності втручання у сферу прав людини й перешкоджатиме зловживанню повноваженнями з боку органів досудового розслідування. Зокрема, у рішенні у справі «Рьомен і Шміт проти Люксембургу», стверджує Д. МакБрайд, ЄСПЛ зауважив, що, розшукуючи виконавців правопорушень, зазначених у поданнях прокурора, слідчий суддя міг скористатися й іншими заходами, не лише проведенням обшуків у помешканні та на робочому місці заявника (таких, наприклад, як допит службовців Управління у справах реєстрації й державного майна). Слід, однак, зазначити, що уряд не зміг довести, що без здійснення обшуків у житлі й на робочому місці заявника національні органи влади не змогли б установити, чи було порушення професійної таємниці, а отже, використати отриману в такий спосіб інформацію [114, с. 163; 187].

Доцільність упровадження такої законодавчої новели засвідчують дані Звіту щодо оцінки впровадження КПК України, здійсненого в межах проекту «Підтримка реформи кримінальної юстиції в Україні». У пунктах 100–102 цього Звіту зазначено: «…Видається, що замість використання положень глави 15 та 16

КПК України органи досудового розслідування та прокуратура використовують обшук, щоб легше отримати ухвалу суду, що дозволятиме їм потім отримати тимчасовий доступ до речей і документів та можливість тимчасового вилучення майна. Однак зазначене не є недоліком цих глав, а спричинене неправильним використанням глави 20 цього Кодексу. Крім цього, необґрунтоване проведення обшуку замість отримання тимчасового доступу до речей і документів та інших схожих заходів суперечить принципу пропорційності, викладеному в статті 8 КЗПЛ, у випадках, коли такий обшук суперечить праву на повагу до приватної власності, сімейного життя та іншим правам на невтручання в приватне життя» [64, с. 27].

З огляду на зазначене, адвокат повинен ретельно ознайомитися з ухвалою слідчого судді – документом, що є юридичною (правовою) підставою для проведення обшуку та має важливе значення під час визначення законності й обґрунтованості прийняття рішення щодо надання дозволу на проведення цієї СРД. Водночас ознайомлення з ним і власний досвід багаторічної адвокатської діяльності дають підстави для певних узагальнень, пов’язаних із помилками, яких припускається слідчий суддя під час розгляду клопотання та постановлення ухвали. Про більшість із них, що пов’язані з прийняттям слідчим суддею процесуального рішення, ми зазначали в підрозділі 2.1. Натомість перед початком проведення обшуку під час ознайомлення з цією ухвалою слідчого судді захисник має акцентувати увагу на наявності в ухвалі точної адреси проведення обшуку (номер квартири, офісу тощо) або її помилковості, що своєю чергою призводить до порушення прав інших осіб, які можуть бути залучені до цієї СРД, не маючи жодного відношення до кримінального провадження; на визначення речей чи документів, що підлягають вилученню, з метою вирішення питання з обшукуваним щодо добровільної їх видачі й уникнення надалі проведення стороною обвинувачення примусових пошукових дій [54, с. 160].

Крім цього, під час здійснення обшуку найпоширенішими порушеннями адвокати визначають, зокрема, такі: проведення обшуку без ухвали слідчого судді (порушення вимоги частини 2 статті 234 КПК України); в ухвалі про дозвіл

на проведення обшуку як порушення частини 2 статті 235 цього Кодексу не зазначено строк дії ухвали, який не може перевищувати одного місяця з дня її постановлення (пункт 1); немає відомостей про прокурора, слідчого, який подав клопотання про проведення обшуку (пункт 2); не визначено положення закону, на підставі якого постановлено ухвалу (пункт 3); бракує відомостей щодо житла чи володіння особи або частини житла чи іншого володіння особи, які має бути піддано обшуку (пункт 4); не зазначено відомості щодо особи, якій належить житло чи інше володіння, й особу, у фактичному володінні якої воно знаходиться (пункт 5); зазначено неправильну адресу, кабінет місця проведення обшуку; у дорученні на проведення обшуку співробітникам оперативних підрозділів не вказують конкретні прізвища виконавців; у дорученні використовують печатку для пакетів замість печатки для довідок [139].

Ухвалу слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи має бути виконано не пізніше, ніж у передбачені в ній строки. Перед початком її виконання та під час безпосереднього проведення обшуку до найпоширеніших порушень, про які адвокати зазначають у своїх зауваженнях до протоколів обшуку, належать такі: непред'явлення ухвали про дозвіл на проведення обшуку; ненадання копії ухвали про дозвіл на проведення обшуку; непред'явлення ухвали й надання її копії перед початком виконання ухвали слідчого судді особі, яка володіє житлом чи іншим володінням, а за її відсутності – іншій присутній особі; здійснення обшуку особою, яка не зазначена в ухвалі про дозвіл на проведення обшуку; проведення обшуку оперативними співробітниками, доручення на що не було надано; проведення більше ніж одного обшуку за однією ухвалою про дозвіл на проведення обшуку; проведення обшуку в нічний час (з 22 до 6 год), а не тоді, коли, згідно з частиною 2 статті 236 КПК України, особі завдають найменшої шкоди, якщо тільки слідчий, прокурор не вважатиме, що виконання такої умови може суттєво зашкодити меті обшуку; порушення частини 2 статті 27 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» – недопуск адвоката за усним договором до укладення письмового; особа, яка проводить обшук, не назвала себе, що унеможливило

з’ясування, чи ця особа є в ухвалі про дозвіл на обшук та чи має повноваження його проводити; під час обшуку проігноровано частину 2 статті 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», відповідно до якої під час проведення обшуку чи огляду житла, іншого володіння адвоката, приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність, тимчасового доступу до речей і документів адвоката має бути присутній представник ради адвокатів регіону; у порушення частини 1 статті 236 КПК України не було вжито заходів для забезпечення присутності під час проведення обшуку осіб, чиї права та законні інтереси може бути обмежено або порушено; як порушення частини 6 статті 236 КПК України закрито приміщення, сховище, речі відкривав не слідчий, а сторонні особи після того, як особа, присутня під час обшуку, відмовилася їх відкривати; у порушення частини 6 статті 236 КПК України залучали так званих спеціалістів для відкриття приміщення без відповідного доручення слідчого; у порушення частини 5 статті 236 КПК України обшук на підставі ухвали слідчого судді проводили в обсязі, більшому ніж необхідно для досягнення мети обшуку [139].

Про важливість ознайомлення з ухвалою слідчого судді як початкової дії захисника після його допуску до участі в проведенні обшуку під час анкетування практичних працівників зауважили 65,35 % слідчих і 71,43 % адвокатів (додатки А, Б).

Після ознайомлення з ухвалою слідчого судді, однак перед початком обшуку варто перевірити службові посвідчення правоохоронців, що прибули з обшуком, на їх відповідність даним ухвали та з’ясувати, чи мають вони повноваження на проведення обшуку, чи збігається зазначена в ухвалі адреса із фактичним місцем розташування приміщення, якщо так, то яка частина приміщення підлягає обшуку, чи містить документ перелік речей і документів, які планують виявити й вилучити під час цієї СРД [46].

Перед початком виконання ухвали слідчого судді до найпоширеніших порушень, про які зазначають адвокати у своїх зауваженнях до протоколів обшуку, належать відсутність понятих (їх обов’язкову участь передбачено в частині 7 статті 223 КПК України незалежно від застосування технічних засобів

фіксування) або відмова слідчого задовольнити клопотання адвоката про залучення запропонованого ним понятого. У чинному КПК України не визначено, хто саме обирає понятих, а тому прохання адвоката щодо залучення такого понятого у випадку їхньої відсутності мало б бути задоволено. Крім цього, поширеними є випадки, коли в порушення частини 3 статті 223 КПК України перед проведенням обшуку не роз'яснюють понятим їхні права; на прохання (заяву) адвоката (особи, у присутності якої проводили обшук) у порушення частини 8 статті 236 КПК України; не перевіряють документи, що встановлюють особу понятих, попри те, що, згідно з частиною 7 статті 46 КПК України, органи державної влади й органи місцевого самоврядування, їхні службові особи зобов'язані виконувати законні вимоги захисника [139].

Багаторічний власний досвід адвокатської діяльності засвідчує, що часто трапляються випадки залучення стороною обвинувачення як понятих осіб, які так чи інакше залежать від правоохоронних органів (наприклад, умовно-достроково звільнені особи). Це не є порушенням, але користь від свідчень таких осіб у суді сумнівна. Наявні випадки, коли правоохоронці як понятих на обшук залучають своїх колег. Якщо згодом цей факт вдасться встановити й довести, такі дії буде розцінено як пряме порушення норм процесуального законодавства, що стане вагомою підставою для оскарження законності проведення обшуку й отриманих результатів.

У зв'язку із зазначеним, доречно схвалити запропоноване в літературі нормативне закріплення права осіб, щодо яких проводять слідчі дії, заявляти відвід понятим, якщо є підстави побоюватися розголошення таємниці, пов'язаної з особистим життям громадян (якщо понятими є сусіди, колеги та ін.) [118, с. 11]. Такі пропозиції, висловлені ще декілька десятків років тому [129, с. 6–8], наразі є цілком логічними та доцільними в умовах чинного законодавства й не втратили актуальності. Обшук житла чи іншого володіння особи, обшук особи здійснюють за обов'язковою участю не менше ніж двох понятих незалежно від застосування технічних засобів фіксування відповідної СРД. Коли як понятих під час проведення обшуку в житлі запрошують незацікавлених у справі сусідів тих осіб,

у яких його проводять, такі дії не суперечать чинному законодавству України. Однак їм можуть стати відомі обставини особистого, зокрема інтимного, життя особи, що займає обшукуване приміщення, або інших осіб. Серед них також можуть виявитися люди, які недоброзичливо налаштовані до особи, яку обшукують [54, с. 161].

З огляду на зазначене, доцільним видається закріплення в законі права сторони захисту заявляти клопотання про заміну (відвід) понятих, якщо вони є знайомими за місцем мешкання або роботи особи, у якої проводять обшук. У цьому разі пріоритетним буде запрошення як понятих сторонніх незацікавлених осіб, не поінформованих про осіб, яких обшукують.

У контексті вимог сучасного законодавства виправданою для дотримання прав учасників цієї СРД є унормування в окремій нормі частини 5 статті 223 КПК України можливості відводу понятого в такій редакції: «*Особа, у якої проводять обшук, її захисник, представник чи законний представник мають право заявити відвід понятим за наявності підстав, що виключають можливість присутності цих осіб під час проведення слідчої (розшукової) дії, про що роблять відповідну відмітку в протоколі. Питання про відвід вирішують у порядку, визначеному в частині 2 статті 81 цього Кодексу*». Запропонована норма була б гарантією запобігання однобічності й тенденційності відображення ходу та результатів обшуку, а також безумовно сприяла б розширенню демократичних засад кримінального провадження [54, с. 162].

Наразі в частині 1 статті 79 КПК України передбачено підстави для відводу спеціаліста, представника персоналу органу пробації, перекладача, експерта та секретаря судового засідання. Натомість у цій нормі не визначено підстав і процесуального порядку відводу понятих, розгляду відповідної заяви. За загальним правилом частини 2 статті 81 цього Кодексу відводи під час досудового розслідування розглядає слідчий суддя. Однак, на нашу думку, зупинення проведення обшуку для того, щоб звернутися до слідчого судді для розгляду заяви про відвід понятого, не видається доцільним. У цьому випадку таке зупинення не сприяє виконанню завдань кримінального провадження,

зокрема забезпеченню швидкого, повного й неупередженого розслідування, а зволікання з проведенням обшуку може призвести до втрати чи пошкодження доказів. Крім цього, якщо керуватися необхідністю дотримуватися загального правила, є небезпека використання цієї обставини стороною захисту з метою затягування проведення обшуку [54, с. 162].

Тож вважаємо за доцільне закріпити в КПК України право сторони захисту заявляти клопотання про відвід понятих та їх заміну, якщо вони є знайомими за місцем мешкання або роботи особи, у якої проводять обшук, є зацікавленими особами, з іншого боку – визначити відмінний від загального порядок вирішення питання про такий відвід. Тож пропонуємо частину 1 статті 79 КПК України після слова «Спеціаліст, » доповнити словом «*поняті*, », а після словосполучення «як спеціаліста, » доповнити речення словом «*понятого,* » і далі за текстом. Відповідно частину 2 статті 81 цього Кодексу слід доповнити першим реченням такого змісту: «*Відводи понятого/понятих, заявлені стороною захисту під час проведення передбачених цим Кодексом слідчих (розшукових) дій, розглядає слідчий, прокурор, зазначивши в протоколі підстави, що виключають можливість участі цих осіб. У цьому разі запрошують інших понятих»* [54, с. 162].

Урахування цих пропозицій надасть можливість, по-перше, завчасно визначити підстави, що перешкоджають участі понятого під час проведення СРД, зокрема обшуку; по-друге, оперативно вирішити по суті заявлене клопотання про відвід понятого; по-третє, продовжувати без суттєвої затримки проведення цієї процесуальної дії [32, с. 160].

Виклик захисника на місце проведення обшуку не забороняє йому прибути зі спеціалістом для застосування відеозапису відповідно до абзацу третього частини 1 статті 107 КПК України. Оскільки одному учаснику кримінального провадження вкрай складно дотримуватися належної правової процедури під час проведення СРД та здійснювати її відеофіксацію, дотримуючись рекомендованих криміналістикою тактичних прийомів використання технічних засобів, тож захисникові не заборонено залучати фахівців для відеофіксації проведення

обшуку [32, с. 158–159]. На ці питання слід зважати захисникові, який отримав терміновий виклик і прибув на місце проведення обшуку з метою активної та цілеспрямованої участі в його проведенні.

Крім визначення процесуального статусу осіб, присутніх під час обшуку, на необхідності чого акцентують 20,79 % проанкетованих слідчих і 48,98 % адвокатів, практичні працівники засвідчують також важливість для сторони захисту весь час перебувати поряд зі стороною обвинувачення з метою недопущення фальсифікацій (40,59 % слідчих і 38,78 % адвокатів), привертати увагу сторони обвинувачення до наявних порушень КПК України (19,8 % слідчих і 34,69 % адвокатів), заявляти клопотання мати побачення з підзахисною особою (20,79 % слідчих і 28,57 % адвокатів) (додатки А, Б). Ці питання повинен контролювати адвокат, коли ще безпосередньо не розпочато обшук, щоб запобігти надалі порушенням процесуального закону на підготовчому етапі проведення цієї СРД.

### 3.2. Діяльність захисника під час проведення обшуку

Участь адвоката в досудовому розслідуванні, влучно зазначає Й. Л. Бронз, передусім є однією з найважливіших гарантій прав особи, інтереси якої він представляє. Водночас надзвичайно важливо, щоб адвокат був не лише присутнім на слідчій дії, а саме брав у ній участь [19, с. 10]. У цьому аспекті активна позиція захисника під час проведення обшуку відіграє визначальну роль. Загалом його діяльність під час проведення цієї СРД передбачає два напрями: 1) забезпечити дотримання належної правової процедури стороною обвинувачення та іншими особами, залученими до участі в проведенні обшуку; 2) надати кваліфіковану юридичну допомогу особі, за викликом якої адвокат прибув на місце проведення обшуку.

Можливість робити зауваження слідчому під час обшуку сприяє забезпеченню прав і законних інтересів особи, яку обшукують, під час

проведення зазначеної СРД. Доброчесний слідчий завжди прислухається до таких зауважень і намагатиметься внести їх до протоколу, оскільки і він, й адвокат не зацікавлені в порушеннях як навмисних, так і ненавмисних, що є поширеним явищем під час проведення обшуку.

Безсумнівно позитивним фактором участі захисника є й те, що він може сприяти встановленню психологічного контакту слідчого з особами, яких обшукують, і запобіганню конфліктних ситуацій. Зокрема, захисник, який має авторитет у підозрюваного, членів його родини, може роз'яснити їм зміст події, що відбувається, підтвердити законність дій слідчого. В окремих випадках під час проведення подальших дій слідчого адвокат, роз'ясняючи підозрюваному доказову значущість предметів (об'єктів), вилучених під час обшуку, може сприяти налагодженню нормальної психологічної обстановки, чим побічно сприяти досягненню мети розслідування за пом'якшувальних обставин його проведення [69, с. 87–93].

Дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи з підстав, зазначених у клопотанні слідчого, надає право проникнути на ці об'єкти лише раз, однак проблемним залишається питання тривалості обшуку. У практичній діяльності спостерігається тенденція до збільшення кількості тривалих обшуків. Переважно це стосується кримінальних правопорушень у сфері господарської діяльності, коли необхідно виявити продукцію, яку приховують від обліку на великій території складського приміщення, або коли потрібно обшукати значні за площею цехи, офіси, митні термінали, банківські сховища й депозитарії, продовольчі та речові ринки, магазини, транспортні засоби (потяги, автоколони, морські та річкові судна).

Наразі КПК України не обмежує проведення обшуку певним часовим періодом, на відміну від допиту. Крім того, у частині 5 статті 236 цього Кодексу міститься вказівка на те, що обшук слід проводити в обсязі, необхідному для досягнення його мети. На цій підставі можна дійти висновку, що така СРД залежно від різних чинників (площі території, де проводитимуть обшук, кількості речей, які необхідно відшукати, кількості співробітників, які будуть брати

участь у проведенні обшуку) може бути й тривалою [107, с. 185–186]. Тоді постає логічне запитання: як діяти слідчому та захиснику після настання нічного часу доби чи у випадках, коли учасники обшуку (поняті, спеціалісти, свідки) клопочуть про перерву в проведенні СРД для відпочинку чи прийому їжі. Однозначною є відповідь, що залишати місце обшуку на час перерви слідчий не може, оскільки продовжити його подальше проведення він матиме право лише за добровільної згоди володільця приміщення або на підставі повторно одержаної ухвали слідчого судді. Тож, на думку науковців, оптимальним розв'язанням цієї проблеми може стати проведення обшуку у вигляді спеціальної операції, сутність якої полягатиме в залученні до її проведення максимальної кількості уповноважених осіб шляхом створення слідчих і слідчо-оперативних груп [242, с. 7].

Невирішеними є й питання щодо діяльності захисника після безпосереднього початку проведення обшуку. Відповідно до листа Генерального прокурора України «Щодо недопущення порушень прав суб'єктів господарювання» від 5 жовтня 2017 року № 01/1/3/1-1180вн-17, «з метою неухильного додержання вимог кримінального процесуального законодавства слідчими центральних апаратів органів досудового розслідування під час здійснення слідчих і процесуальних дій, які можуть обмежити права та інтереси суб'єктів господарювання приватного сектору, відповідно до закріпленого напряму роботи вжити додаткових заходів задля: ...4) здійснення обшуку після пред'явлення ухвали про дозвіл на його проведення і надання її копії *та відмови добровільно видати предмети або документи, зазначені у рішенні суду* (курсив наш. – О. Д.)». [246].

Тому доцільно доповнити статтю 236 КПК України положенням, що передбачатиме обов'язок слідчого перед проведенням обшуку запропонувати особі та її захиснику видати предмети або документи. Цілком слушною видається висловлена в юридичній літературі позиція, згідно з якою процесуальний порядок проведення обшуку в законодавстві України фактично не визначено. Зокрема, у частині 3 статті 236 КПК України лише зазначено, що перед початком виконання ухвали слідчого судді особі, яка володіє житлом чи іншим володінням, а за її відсутності – іншій присутній особі має бути пред'явлено

ухвалу й надано її копія. Однак невирішеними залишилися питання щодо подальших дій слідчого: чи потрібно пропонувати обшукуваному добровільно видати речі й документи; як слід діяти у випадку відмови обшукуваного тощо. Зазначені норми КПК України мають містити алгоритм дій слідчого, що повинні бути усистемлені, тобто визначати, які саме дії та в якій черговості слід проводити [30, с. 77–78]. Саме так унормовано в цьому Кодексі процесуальний порядок проведення одночасного допиту двох чи більше вже допитаних осіб (частина 9 статті 224) чи пред'явлення особи для впізнання (стаття 228 КПК України) – чітко й недвозначно. Належне врегулювання процесуального порядку проведення СРД має важливе значення в механізмі забезпечення прав і законних інтересів особи під час проведення обшуку. Адже видача запитуваних предметів чи документів свідчить про досягнення мети обшуку, а отже – відсутність потреби проведення будь-яких інших, зокрема пошукових, дій, пов'язаних із проникненням до житла чи іншого володіння особи.

Чинне законодавство не передбачає такого правила, що, з огляду на його правозахисну спрямованість, слід вважати суттєвою прогалиною. Наявне в частині 5 статті 236 КПК України положення щодо того, що обшук на підставі ухвали слідчого судді слід проводити в обсязі, необхідному для досягнення його мети, не можна вважати достатнім для захисту інтересів особи, оскільки з нього не випливає обов'язок слідчого перед проведенням обшуку запропонувати особі видати об'єкт обшуку.

Отже, захисник як учасник обшуку може бути присутнім під час проведення обшуку за участю підозрюваного або без нього; ознайомлюватися з протоколом обшуку, документами, які були пред'явлені або повинні бути пред'явлені підозрюваному; оскаржувати дії та рішення слідчого й прокурора. Проте, на наш погляд, у законодавстві не врегульовано питання забезпечення участі захисника під час проведення одночасних обшуків у декількох підозрюваних осіб, функцію захисту яких здійснює один захисник-адвокат, хоча з позицій криміналістичної тактики такі обшуки є найдієвішими та найефективнішими.

Під час проведення обшуку особи, що нерідко супроводжується її оголенням, невирішеним є питання, як слід учинити, якщо захисник цієї особи іншої статі, ніж його підзахисний. В абзаці другому частини 5 статті 236 КПК України лише зазначено, що обшук особи здійснюють особи тієї самої статі в присутності адвоката, представника на вимогу такої особи. Конструкція цієї правової норми, а також відсутність імперативної вказівки про те, що захисник і його підзахисна особа мають бути однієї статі, дають підстави стверджувати, що їхня стать не має значення під час реалізації функції захисту від підозри. Засвідчує цю думку й наявна вимога особи перед її обшуком запросити захисника, стать якого їй добре відома, за наявності між ними договору про надання юридичних послуг [51, с. 97–98].

Окреслене питання було досліджено під час анкетування практичних працівників, і на нього отримано відповіді, що мають мінімальні розбіжності: 45,41 % слідчих та 49,96 % адвокатів, думку яких цілком поділяємо і ми, зазначили, що стать необов'язково має бути однією, адже цієї вимоги КПК України не містить; на переконання 26,78 % слідчих і 41,84 % адвокатів, вони мають бути однієї статі з особою, яку обшукують, а 27,81 % слідчих та 8,2 % адвокатів вважають, що захисник іншої статі не має права бути присутнім під час обшуку особи (додатки А, Б).

Водночас привертає увагу та обставина, що в частині 1 статті 236 КПК України йдеться про допуск захисника чи адвоката на місце проведення обшуку, а в частині 5 цієї процесуальної норми – лише про присутність адвоката під час обшуку особи. Однак обшук може бути проведено в осіб, які є підозрюваними, і тоді їх захист здійснює захисник-адвокат. Натомість якщо в житлі чи іншому володінні перебуває особа, яка не є підозрюваною, проте щодо якої є потреба проведення обшуку, юридичну допомогу їй надає саме адвокат, про якого йдеться в частині 5 статті 236 КПК України. З метою усунення такої невідповідності пропонуємо перше речення абзацу другого частини 5 цього Кодексу викласти в такій редакції: «Обшук особи здійснюється особами тієї самої статі в присутності *захисника,* адвоката *чи* представника на вимогу такої особи». Урахування цієї

пропозиції забезпечить узгодження зазначеної норми з положеннями частини 1 статті 236 КПК України та сприятиме однаковому тлумаченню випадків, коли на місце проведення обшуку має бути допущено захисника, а коли – адвоката.

Однак у КПК України не цілком закріплено права особи, у якої проводять обшук, якщо вона не є підозрюваним або законним представником (наприклад орендодавець). Такій особі надано право бути присутньою під час усіх дій слідчого й робити заяви із цього приводу. Проте необхідно в КПК України розширити права цієї особи для захисту своїх прав і законних інтересів (наприклад, заявляти відвід, подавати скаргу, клопотати про участь захисника тощо) [51, с. 97–98].

Під час обшуку в приміщенні подеколи постає необхідність здійснити особистий обшук, пов'язаний переважно з оголенням тіла людини. У цих випадках діють приписи частини 5 статті 236 КПК України, згідно з якими обшук особи здійснює особа тієї самої статі в присутності адвоката, представника на вимогу такої особи. Як понятих під час особистого обшуку важливо залучити як чоловіків, так і жінок. У зв'язку із цим частину 1 статті 236 КПК України після другого речення «Для участі в проведенні обшуку може бути запрошений потерпілий, підозрюваний, захисник, представник та інші учасники кримінального провадження» слід доповнити третім реченням такого змісту: «*Особам, у яких проводиться обшук, а за їхньої відсутності – повнолітнім членам сім'ї, понятим, представникам роз'ясняється їхнє право бути присутнім при всіх діях слідчого, крім випадків, передбачених частиною 5 цієї статті*». Частину 5 статті 236 КПК України варто було б доповнити нормою, у якій слід визначити, що під час особистого обшуку, який супроводжується оголенням особи, котру обшукують, не допускається присутність будь-яких інших осіб, крім тих, що здійснюють обшук, захисника й понятих та/або спеціаліста однієї статті з особою, яку обшукують, а в необхідних випадках – лікаря. Чимало дослідників обстоюють потребу законодавчого унормування в частині 7 статті 223 КПК України проведення обшуку особи, якщо він супроводжується оголенням, за участю понятих однієї статі з особою, яку обшукують [93, с. 104].

Однак, на наш погляд, ця загалом слушна пропозиція потребує уточнення: правило щодо однієї статі обшукуваного й понятих краще зафіксувати не в загальній, а в спеціальній нормі – у частині 5 статті 236 КПК України, де йдеться саме про проведення обшуку особи.

Крім цього, на наш погляд, статтю 236 КПК України доцільно доповнити положеннями, які свого часу містилися в статтях 181, 186 КПК України 1960 року, а саме: слідчий зобов'язаний роз'яснити понятим їхнє право бути присутнім під час усіх його дій; усі документи й предмети, які підлягають вилученню, слідчий повинен пред'явити понятим і перелічити в протоколі обшуку чи доданому до нього опису із зазначенням їх назви, кількості, міри, ваги, матеріалу, з якого вони виготовлені, й індивідуальних ознак.

З позицій криміналістичної тактики перед початком обшуку увагу понятих максимально концентрують на поставленому завданні, визначають їхнє розміщення в приміщенні, де проводять обшук, забезпечують належне спостереження їх за всіма пошуковими діями одразу після початку слідчої дії [241, с. 120–121]. Проте ефективність реалізації таких тактичних рекомендацій безпосередньо залежить від особистого ставлення понятого до покладеного на нього завдання, його психофізіологічної, моральної готовності реалізувати свої процесуальні права й обов'язки. У практичній діяльності досягти стовідсоткової уваги та віддачі понятого під час слідчої дії вкрай складно у зв'язку з низкою об'єктивних і суб'єктивних причин [20, с. 61].

Тактичні рекомендації щодо участі понятих під час проведення обшуку потребують деталізації. Зокрема, перед початком обшуку слідчий має роз'яснити понятим особливості їх пересування на місці його проведення. У юридичній літературі цілком слушно зазначено, що пересування на місці проведення обшуку й інших слідчих дій – це наука [117, с. 25]. Довільне, неграмотне пересування понятого під час проведення слідчих дій може призвести до пошкодження, знищення слідів злочину або інших небажаних наслідків [113, с. 141].

Закон не регламентує поведінку понятого під час СРД і не зобов'язує його слідкувати за кожним рухом осіб, які беруть у ній участь, оскільки поняті

здебільшого не спроможні це зробити. Місце, у якому провадять обшук, може бути великим і складним, а то й недосяжним для понятого. Крім того, не кожна людина вміє слідкувати за діями інших, тому законодавець не може зобов'язати понятих бути постійно поряд з особами, які проводять обшук. У зв'язку із цим судді повинні бути обережними у своїх висновках під час оцінки показань понятих і не поспішати звинувачувати слідчого чи інших осіб у тому, що вони нібито підкинули наркотики, зброю, боєприпаси чи вчинили інші незаконні дії лише тому, що факту знайдення і вилучення цих предметів поняті не бачили [116, с. 119–120]. Якщо поняті відволіклися і не помітили, коли й де було знайдено певний предмет чи річ, необхідно до безпосереднього їх вилучення привернути увагу понятих до місця, де ці речі знаходилися, акцентувати на їхньому стані, вигляді, щоб понятий, у разі його допиту в суді як свідка, міг усе підтвердити [83, с. 88].

Також слід зосередити увагу й на тому, що відеофіксація була та залишається дієвим засобом забезпечення прав і законних інтересів учасників обшуку, сприяє об'єктивності й неупередженості під час його проведення, зокрема під час встановлення та посвідчення особи понятого, його участі в проведенні СРД. Детальний аналіз відеозапису, безумовно, має важливе значення під час розслідування та судового розгляду.

Кількість понятих визначають залежно від особливостей об'єктів, що обшукують. Наприклад, під час обшуку великих ділянок місцевості або в окремих кімнатах до складу кількох груп може бути включено декількох слідчих, визначених в ухвалі слідчого судді, що провадять порізно пошукові дії на окремих ділянках місцевості або в ізольованих кімнатах (роздільний пошук). У таких випадках у кожному з приміщень (наприклад, у кожній з кімнат) повинні бути присутніми по двоє понятих, а перебіг обшуку мають безперервно фіксувати за допомогою відеозапису.

Аналогічно слід вирішувати питання щодо кількості представників підприємств, установ тощо. Під час підготовки до обшуку на підприємстві бажано добирати понятих, що знають особливості виробничої діяльності певної

ділянки, цеху. Вирішуючи питання про запрошення понятих, слідчий має враховувати, що проведення цієї СРД може виявити обставини інтимного життя громадян, у яких її проводять. Тому за змоги слід залучати до цієї дії осіб, присутність яких під час обшуку не спричинить розголошення факту його проведення й одержаних результатів.

Не рекомендовано запрошувати як понятих осіб, що перебувають у стані сп'яніння, страждають на психічні захворювання чи мають фізичні вади (знижену гостроту зору, слуху, дальтонізм тощо), які мешкають в інших населених пунктах або місцевості, учинили адміністративні правопорушення, відбувають покарання, не володіють мовою, якою ведеться провадження. На нашу думку, з етичних міркувань не можна як понятих запрошувати й осіб, що перебувають у напружених відносинах з особою, яку обшукують, сусідів, колег. З огляду на зазначене, із процесуальних, тактичних і моральних позицій доцільно запрошувати як понятих громадян, які не знають обшукувану особу, не є з нею сусідами, однак вони мають бути добре ознайомленими з місцевою обстановкою, звичаями тощо. Вважаємо, що на виборі понятих для участі в обшуку можуть також позначатися національний і релігійний фактори.

Серед проблемних аспектів слід виокремити й те, що слідчі та прокурори, усупереч положенням КПК України, подають, а слідчі судді – розглядають і вирішують по суті клопотання про обшук особи (тобто метою є не обшук житла або іншого володіння, а саме особистий обшук), попри те, що розгляд слідчим суддею клопотань про обшук особи не передбачено в КПК України [10, с. 37; 207, с. 96–99; 230]. Така ситуація, на перший погляд, є законною, однак суперечить меті проведення обшуку житла чи іншого володіння особи.

Ще одна проблема полягає в тому, що закон не містить жодних критеріїв, за наявності яких рішення щодо проведення обшуку особи під час проведення обшуку житла або іншого володіння особи може бути прийнято. Не встановлено також, яким має бути це рішення, як його слід оформлювати [232]. У практичній діяльності під час проведення обшуку це створює ситуацію, коли уповноважена особа на власний розсуд визначає необхідність обшуку особи й, користуючись

цим, нехтує засадами, закріпленими кримінальним процесуальним законодавством. Відповідно до частини 5 статті 236 КПК України, обшук осіб, які перебувають у житлі чи іншому володінні, може бути проведено за рішенням слідчого чи прокурора, якщо є достатні підстави вважати, що вони переховують при собі предмети або документи, що мають значення для кримінального провадження. Проблема тлумачення цієї процесуальної норми полягає в тому, що саме слід розуміти як рішення слідчого чи прокурора – його процесуальне чи тактичне рішення. Якщо йдеться про процесуальне рішення, то, відповідно до частини 3 статті 110 КПК України, рішення слідчого, прокурора приймають у формі постанови, яку виготовляє на офіційному бланку та підписує службова особа. Якщо йдеться про тактичне рішення слідчого, норма частини 5 статті 236 КПК України надає йому підстави оцінити ситуацію під час проведення обшуку житла чи іншого володіння особи та провести обшук осіб за наявності для того зазначених підстав. Це рішення слідчого є оцінним, тож, на наше переконання, порушує права та законні інтереси осіб, присутніх під час проведення обшуку.

Неоднозначною є позиція щодо цього питання і проанкетованих практичних працівників. На переконання 39,61 % слідчих, і ми цілком його поділяємо, у цьому випадку слід скласти постанову про обшук особи на місці проведення обшуку; 33,66 % з них наполягають на проведенні обшуку особи з подальшим складанням клопотання та зверненням із ним до слідчого судді; 26,73 % – зазначили про усне розпорядження слідчого чи прокурора (додаток А). Натомість більшість адвокатів – 56,07 % – заявили про потребу проведення обшуку особи з подальшим складанням клопотання та зверненням із ним до слідчого судді; 35,71 % – про складання постанови про обшук особи на місці проведення обшуку, лише 8,22 % адвокатів – про усне розпорядження слідчого чи прокурора (додаток Б).

З огляду на зазначене, вважаємо за доцільне запропонувати безальтернативність проведення особистого обшуку під час проведення обшуку житла чи іншого володіння особи на підставі процесуального рішення слідчого, яким є його постанова. Вимога частини 6 статті 110 КПК України щодо її складання на

офіційному бланку не є перепоною для її виготовлення на місці проведення обшуку як з використанням технічних засобів, так і в ручному режимі, а навпаки, є додатковою гарантією дотримання прав та законних інтересів осіб, яких він стосується. Адже, відповідно до частини 7 зазначеної статті цього Кодексу, постанова слідчого, прийнята в межах компетенції згідно із законом, є обов'язковою для виконання особами, прав, свобод чи інтересів яких вона стосується.

Тому пропонуємо такі доповнення до другого речення частини 5 статті 236 КПК України, а саме: після слів «За рішенням слідчого чи прокурора…» доповнити словами: *«, прийнятим у порядку, передбаченому статтею 110 цього Кодексу,»* і далі за текстом. Урахування цієї пропозиції унормує потребу складання постанови про проведення обшуку особи як юридичної підстави, оскільки фактичні підстави наразі визначено в КПК України.

Результати вивчення матеріалів практики розслідування злочинів щодо прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою засвідчують необхідність застосування саме обшуку особи для належного документування фактів її одержання. У частині 5 статті 236 КПК України зазначено про можливість проведення за рішенням слідчого чи прокурора обшуку особи, яка перебуває в житлі чи іншому володінні, дозвіл на обшук якого надано судом і стосовно якої є достатні підстави вважати, що ця особа переховує при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження. Ця норма зазначеного Кодексу не задовольняє потреби практичної діяльності з розслідування злочинів і реалізації функції захисту цієї особи, оскільки службова особа з метою уникнення можливості факту викриття може неодноразово змінювати місце передачі предмета неправомірної вигоди. За таких умов передбачити з цілковитою достовірністю місце її одержання майже неможливо, а отримання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи ще не є запорукою проведення вдалого спеціального слідчого експерименту як форми контролю за вчиненням злочину – НСРД, передбаченої статтею 271 КПК України. Особа може вийти із житла чи автомобіля та перебувати в публічно доступному місці, тому в цьому разі постає

потреба проведення інших процесуальних дій. Навіть за наявності ухвали про проведення обшуку житла чи іншого володіння особи немає підстав для проведення обшуку особи, яка перебуває за межами цього приміщення. У практичній діяльності це зумовлює ситуацію, за якої підстав для проведення обшуку такої особи немає, а отже, належно закріпити й вилучити сліди кримінального правопорушення, предмет неправомірної вигоди у слідчого немає змоги. Зрештою ця ситуація суттєво ускладнює весь процес доказування в кримінальних провадженнях щодо прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою.

Водночас непоодинокими є випадки порушення стороною обвинувачення прав, свобод і законних інтересів осіб, щодо яких слідчий проводить обшук особи. Ураховуючи те, що обшук особи супроводжується застосуванням примусу, що означає істотне обмеження прав особи, він має бути передбачений і детально врегульований у законі. Важливу роль у забезпеченні дотримання прав і законних інтересів особи під час такого обшуку відіграє захисник.

За результатами опитування, оприлюдненими в юридичній літературі, пропозицію стосовно доповнення чинного КПК України окремою статтею «Обшук особи» поділяють 86 % опитаних слідчих, 90 % прокурорів, 94 % суддів і 96 % адвокатів [150, с. 62–73].

У контексті розробленого науковцями концептуального підходу до розглянутої проблеми вважаємо зайвим надавати ще один варіант редакції нової статті. На нашу думку, доповнення чинного КПК України окремою нормою забезпечить належні гарантії для отримання доказів уповноваженими на те особами, які відповідали б вимогам допустимості, шляхом проведення обшуку особи під час досудового розслідування, а також підвищить ефективність здійснення доказування в кримінальних провадженнях, убезпечить від необґрунтованого порушення прав і свобод осіб під час проведення цієї СРД.

Чимало авторів обстоюють пропозицію щодо віднесення до правового режиму особистого обшуку також обшук транспортного засобу, якщо в ньому перебуває особа, обшук якої необхідно провести. Автори такої пропозиції

стверджують, що це забезпечить економію часу, уникнення спірних ситуацій щодо правомірності проведення обшуків автотранспортного засобу й інших приміщень [178, с. 185]. На нашу думку, таке «спрощення» процедури обшуку транспортного засобу справді сприяє економії часу, однак вважаємо правильною позицію, відповідно до якої транспортний засіб, згідно з частиною 2 статті 233 КПК України, належить до «іншого володіння особи», тож для його обшуку передбачено правовий режим обшуку житла чи іншого володіння особи.

На думку деяких науковців, потерпілих і свідків можуть залучати для полегшення розпізнавання об'єктів, які відшукують. Тоді в межах обшуку проводять іншу слідчу дію – пред'явлення особи або речей для впізнання, результати якої відображають в окремому протоколі [12, с. 84; 148, с. 92; 244, с. 87].

Інша позиція щодо цього питання полягає в тому, що не слід запрошувати для участі в обшуку потерпілих, оскільки у випадку виявлення яких-небудь підозрілих предметів втрачається можливість подальшого пред'явлення їх для впізнання [96, с. 266].

Вважаємо слушною думку про те, що під час обшуку потерпілий узнає, а не впізнає виявлені предмети. Узнавання не можна розцінювати як впізнання, тому що в таких ситуаціях не дотримано процесуальних вимог до пред'явлення для впізнання (зокрема, вимоги про пред'явлення речі в групі однорідних предметів). Попри аналогію у психологічному процесі узнавання об'єктів під час обшуку й пред'явлення для впізнання, процесуальний порядок проведення зазначених слідчих дій інший. Слідчий не може заздалегідь передбачити, чи є на місці проведення обшуку об'єкти, однорідні з тими, які відшукують, а також особи, схожі за зовнішністю з розшукуваною особою тощо. Тому з метою недопущення змішання обшуку й пред'явлення для впізнання законодавець установив різний процесуальний порядок їх проведення [76, с. 68].

Водночас у деяких випадках пред'явлення для впізнання об'єктів під час обшуку є можливим. Наприклад, можуть бути впізнаними виявлений під час обшуку труп або його частини. Рідкісні й унікальні предмети, картини, ікони й інші твори мистецтва, виявлені на місці проведення обшуку, також пред'являють

для впізнання в одному екземплярі [12, с. 157; 35, с. 63]. У цих випадках процесуальний порядок, встановлений для пред'явлення для впізнання, не порушують, причому потерпілих і свідків перед тим, як їх буде запрошено для участі в обшуку, докладно допитують про обставини, за яких вони спостерігали відповідну особу або річ, про прикмети й особливості, за якими вони можуть здійснити впізнання.

Якщо постає потреба пред'явлення для впізнання зазначених об'єктів, то обшук може бути завершено (якщо це можливо з тактичних міркувань) або припинено. Після цього, дотримуючись процесуальних вимог, проводять пред'явлення для впізнання, хід і результати якого фіксують у відповідному протоколі. За результатами цієї дії слідчий ухвалює рішення щодо завершення обшуку або поновлення пошукових дій. В іншій ситуації, коли потерпілий був присутній під час проведення обшуку та впізнав річ, яка належить йому, цей факт має бути відображено в протоколі обшуку [192, с. 29]. Доповнюючи цю рекомендацію, вважаємо за доцільне також зафіксувати факт такого узнавання під час додаткового допиту цієї особи, у якому має бути зафіксовано її пояснення щодо ідентифікації речі, яку вона впізнала.

Сторона захисту може самостійно збирати докази насамперед шляхом витребування від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових і фізичних осіб речей, копій документів, відомостей. Не конкретизуючи інші можливості сторони захисту щодо самостійного збирання доказів, законодавець регламентував здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів.

Вважаємо, що «інші дії», про які йдеться в частині 3 статті 93 КПК України, визначено в цьому Кодексі. У контексті предмета нашого дослідження потребує аналізу саме обшук. Однак спочатку сторона захисту має можливість ініціювати перед слідчим суддею питання щодо одержання дозволу на тимчасовий доступ до речей і документів. Якщо їх неможливо отримати шляхом витребування, оскільки особа, у розпорядженні якої вони знаходяться, не надає їх добровільно, сторона захисту має можливість звернутися до слідчого

судді з клопотанням про надання тимчасового доступу до речей і документів. Звісно, сторона захисту повинна буде переконати слідчого суддю в необхідності одержання речей і документів з метою ознайомлення з ними та виготовлення їхніх копій для доведення важливих обставин кримінального провадження, а також у неможливості одержати їх в інший спосіб.

Слідчий суддя в ухвалі може дати дозвіл на вилучення речей і документів, якщо сторона захисту доведе наявність достатніх підстав вважати, що без такого вилучення є реальна загроза їхньої зміни або знищення або таке вилучення необхідне для доказування важливих обставин кримінального провадження.

Відповідно до частини 1 статті 166 КПК України, у разі невиконання ухвали слідчого судді про тимчасовий доступ до речей і документів унаслідок низки причин (не допускають у приміщення, заявляють про відсутність речей і документів або небажання їх передавати для ознайомлення, зняття копій чи вилучення) сторона захисту матиме можливість звернутися з клопотанням про надання дозволу на проведення обшуку з метою відшукання та вилучення цих речей і документів, щодо яких було надано ухвалу слідчого судді, але не виконано її.

Обшук має бути проведено згідно з правилами, передбаченими КПК України, за участю сторони захисту для збирання доказів щодо меншого ступеня винуватості або невинуватості підзахисної особи, хоча цілком реалізувати своє право на участь у СРД захиснику вдається не завжди. Якщо слідчий суддя надає дозвіл на проведення обшуку, його проведення доручають слідчому або прокурору чи органу Національної поліції України згідно з правилами, передбаченими КПК України, за участю сторони захисту [55, с. 57].

На наш погляд, питання щодо проведення обшуку за ініціативою сторони захисту унормовано в КПК України поверхово й неконкретно. Зокрема, невирішеними залишилися питання:

1) як стороні захисту довести слідчому судді наявність об’єктивних обставин, що перешкоджали їй виконати ухвалу про тимчасовий доступ до речей і документів. У цьому разі адвокат має керуватися загальними нормами частин 1,

2 статті 107 КПК України, відповідно до яких рішення про фіксацію процесуальної дії за допомогою технічних засобів під час досудового розслідування приймає особа, яка проводить відповідну процесуальну дію. Цією особою може бути й адвокат, який отримав дозвіл слідчого судді на тимчасовий доступ до речей і документів, але під час його виконання він має заздалегідь повідомити інших учасників про застосування ним технічних засобів фіксування. Під час судового засідання саме адвокат повинен довести слідчому судді наявність обставин, які перешкодили йому виконати раніше надану ухвалу про тимчасовий доступ до речей і документів;

2) який процесуальний документ має подати адвокат слідчому судді для вирішення питання щодо надання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, яка його структура. На наш погляд, слід керуватися загальними положеннями абзацу першого частини 3 статті 234 КПК України, оскільки на момент звернення до суду адвокатові ці відомості вже відомі. Водночас унаслідок різних причин (не заявляв клопотання відповідно до частин 1, 2 статті 221 КПК України, отримав відмову від сторони обвинувачення тощо) адвокат може не мати необхідних копій документів, які згідно з абзацом другим цієї статті мають бути додані, а саме: оригінали або копії документів й інших матеріалів, якими прокурор, слідчий обґрунтовує доводи клопотання, а також витяг з ЄРДР щодо кримінального провадження, у межах якого подають клопотання. Ця норма, на наше переконання, не повинна стосуватися випадків подання адвокатом клопотання до слідчого судді на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи саме у зв’язку з його обмеженішою, порівняно зі стороною обвинувачення, діяльністю з доказування обставин учинення кримінального правопорушення;

3) у який спосіб ухвала слідчого судді надійде до органу Національної поліції України, який не брав участі в судовому засіданні, оскільки до суду звертався саме адвокат; якою має бути їхня взаємодія з метою виконання зазначеної ухвали та протягом якого строку її має бути виконано. Оскільки строк дії ухвали, відповідно до пункту 1 частини 2 статті 235 КПК України, не може

перевищувати одного місяця з дня її постановлення, саме протягом цього терміну сторона захисту має виконати такі дії: 1) отримати ухвалу та дві копії в слідчого судді; 2) доставити ці документи до органу досудового розслідування, прокуратури чи органу Національної поліції України за місцем проведення цієї дії та одночасно зі своїм клопотанням, складеним відповідно до частини 1 статті 220 цього Кодексу, зареєструвати їх у встановленому порядку. У такому разі посадові особи, зазначені в законі як виконавці ухвали слідчого судді про проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, будуть зобов'язані розглянути в строк не більше ніж протягом трьох днів відповідне клопотання адвоката з моменту його подання й виконати судове рішення. На жаль, невирішеним у цьому контексті є питання, протягом якого строку з моменту задоволення клопотання сторони захисту має бути проведено обшук. Ухвалу слідчого судді має бути виконано не пізніше ніж протягом одного місяця з дня її постановлення. Саме такою є відповідь 50,44 % слідчих і 64,27 % адвокатів (додатки А, Б). Щоправда, коли саме буде виконано ухвалу слідчого судді – безпосередньо залежить від взаємодії сторони захисту з виконавцями ухвали;

4) в ухвалі слідчого судді як її виконавець має бути зазначено слідчого, який розслідує кримінальне правопорушення, за яким має бути проведено цей обшук, будь-який інший слідчий органу Національної поліції України, взагалі не має бути зазначено посадову особу цього органу чи має бути зазначено прізвище адвоката, який звернувся з відповідним клопотанням. У частині 2 статті 166 КПК України лише передбачено, що слідчий суддя доручає забезпечення проведення обшуку за клопотанням сторони захисту слідчому, прокурору або органу Національної поліції за місцем проведення цих дій. Натомість невизначеним є питання, як тлумачити таке забезпечення: як виконання ухвали безпосередньо однією із зазначених осіб чи як доручення від них провести обшук іншим особам. На наш погляд, однозначно в ухвалі не варто зазначати прізвище адвоката, оскільки обшук належить до заходів процесуального примусу, а здійснювати їх адвокат не уповноважений з огляду на його процесуальний статус. Навряд чи доцільно таких випадках зазначати в ухвалі конкретні прізвища слідчого,

прокурора чи працівника органу Національної поліції за місцем проведення обшуку: по-перше, не вони зверталися з відповідним клопотанням; по-друге, на момент постановлення ухвали складно прогнозувати, хто саме буде виконувати ухвалу слідчого судді, з огляду на ступінь завантаженості, відрядження, відпустку, хворобу тощо. Тому вирішувати це питання й визначати конкретного слідчого для проведення обшуку за клопотанням сторони захисту має керівник органу досудового розслідування (у випадках доручення проведення цієї СРД підлеглому йому слідчому) чи начальник органу Національної поліції (якщо обшук буде доручено співробітнику оперативного підрозділу);

5) проведення обшуку здійснюють за участю особи, за клопотанням якої надано дозвіл на його проведення, згідно з положеннями цього Кодексу. Однак якщо сторона захисту лише бере участь у проведенні обшуку, чи передбачено в цих випадках заходи процесуального примусу з боку слідчого органу Національної поліції України (примусове проникнення в приміщення та його обстеження, зокрема в разі, якщо там немає особи, обшук особи під час проведення обшуку її житла або іншого володіння тощо). Тож під час цієї СРД за клопотанням сторони захисту посадова особа, якій доручено її проведення, уповноважена у випадках, коли постає така необхідність, застосувати заходи процесуального примусу, а в ситуації, коли в провадженні цієї посадової особи немає відповідних матеріалів і вона не цілком зацікавлена в отриманні позитивних результатів під час обшуку, вона буде уникати проведення дій, спрямованих на процесуальний примус;

6) де саме слід зберігати речі й документи, виявлені та вилучені під час проведення такого обшуку, де повинен знаходитися протокол обшуку. На наш погляд, речі й документи, вилучені під час обшуку за клопотанням сторони захисту, має бути передано саме їй відповідно до частини 2 статті 100 КПК України після їхнього детального описання в протоколі й опечатування відповідно до криміналістичних рекомендацій. У зазначеній нормі цього Кодексу передбачено, що речовий доказ або документ, наданий добровільно або на підставі судового рішення, зберігає сторона кримінального провадження, якій

його надано. Сторона кримінального провадження, якій надано речовий доказ або документ, зобов'язана зберігати їх у стані, придатному для використання в кримінальному провадженні. Вважаємо, що таке загальне правило прийнятне лише у випадку, якщо виявлені та вилучені речі й документи не є громіздкими та можуть бути збереженими стороною захисту для використання в суді. Натомість якщо вилучають громіздкі речі (великогабаритна побутова техніка, вузли чи агрегати транспортного засобу, будівельні матеріали тощо), у сторони захисту немає спеціально пристосованого місця для зберігання їх. Тож у цьому разі після їхнього огляду на місці виявлення, фотографування та докладного описання в протоколі огляду ці речі має бути направлено до камери зберігання органу досудового розслідування, посадова особа якого проводила обшук за клопотанням сторони захисту. Згодом сторона захисту вирішуватиме, чи подавати вилучені речі й документи суду та як саме їх використати під час доказування. Якщо сторона захисту запропонує долучити такі речі та документи до матеріалів кримінального провадження в суді, сторона обвинувачення повинна буде подати протокол обшуку для підтвердження законності одержання цих речей і документів, а також надати суду можливість їх оглянути.

Результати анкетування засвідчують, що в практичній діяльності з розслідування кримінальних правопорушень постають й інші питання. Зокрема, потребує визначення, хто саме має складати протокол обшуку, проведеного за клопотанням сторони захисту, і здійснювати безперервну відеофіксацію. На думку абсолютної більшості слідчих (84,15 %) й адвокатів (72,47 %), протокол має складати слідчий, прокурор чи орган Національної поліції, якому доручено проведення обшуку. Ці самі органи чи посадові особи мають здійснювати безперервну відеофіксацію, про що зазначили 66,34 % слідчих і 53,06 % адвокатів. Щоправда, проанкетовані практичні працівники (41,58 % слідчих і 47,96 % адвокатів) не заперечують щодо необхідності запрошення із цією метою спеціаліста (додатки А, Б).

З огляду на зазначене, сумнівним видається положення частини 2 статті 166 КПК України, відповідно до якої проведення обшуку здійснюють за

участю особи, за клопотанням якої надано дозвіл на його проведення, згідно з положеннями цього Кодексу. З аналізу цієї норми вбачається, що не всіх правил поведінки, які визначено для сторони обвинувачення, може бути дотримано під час проведення обшуку за клопотанням сторони захисту навіть за умови, коли обидва обшуки проводять за ухвалою слідчого судді. Для належного унормування цього питання, не претендуючи на остаточність, пропонуємо внести такі зміни й доповнення до низки статей КПК України, зокрема:

– частину 2 статті 166 КПК України слід доповнити другим реченням такого змісту: «*Отримавши ухвалу слідчого судді, керівник органу досудового розслідування, прокурор чи начальник територіального органу Національної поліції або його відокремлених підрозділів призначають службову особу для її виконання у встановлений цим Кодексом строк*». Відповідно друге речення цієї статті КПК України буде третім реченням;

– абзац другий частини 3 статті 234 КПК України викласти в такій редакції: «До клопотання також має бути додано оригінали або копії документів та інших матеріалів, якими прокурор, слідчий обґрунтовує доводи клопотання, а також витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань щодо кримінального провадження, у межах якого подається клопотання, *крім випадків звернення сторони захисту до слідчого судді з відповідним клопотанням*»;

– перше речення частини 1 статті 236 КПК України викласти в такій редакції: «Ухвала про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи може бути виконана слідчим чи прокурором, *а у випадках, визначених цим Кодексом, – іншою службовою особою*»;

– перше речення частини 2 статті 100 КПК України викласти в такій редакції: «Речовий доказ або документ, наданий добровільно або на підставі судового рішення, зберігається у сторони кримінального провадження, якій він наданий, *крім громіздких речей, які зберігаються в спеціально призначених для цього приміщеннях органу досудового розслідування*».

Крім можливості безпосереднього проведення тимчасового доступу до речей і документів та обшуку за ухвалою слідчого судді за клопотанням сторони

захисту, цей учасник кримінального провадження уповноважений без звернення з клопотанням до сторони обвинувачення залучити експерта, якщо для з'ясування обставин, що мають значення для кримінального провадження, необхідні спеціальні знання. Сторона захисту має право самостійно залучати експертів на договірних умовах для проведення експертизи, зокрема обов'язкової (частина 1 статті 242, частина 1 статті 243 КПК України). Це положення має насамперед практичне значення, оскільки надає захиснику як представнику сторони захисту зайняти активну позицію, спрямовану на дослідження важливих обставин розслідуваної події та використати їх для реалізації функції захисту або надання кваліфікованої юридичної допомоги.

Отже, сторона захисту за чинним КПК України наділена значними можливостями для участі в доказуванні (як діяльності, спрямованої на встановлення фактичних обставин провадження шляхом збирання, перевірки й оцінки доказів) під час досудового розслідування, зокрема під час проведення обшуку. Реалізацію прав сторони захисту на участь у доказуванні здійснюють шляхом самостійного збирання речей, документів, висновків експертів, а також шляхом участі в доказуванні, яке здійснює сторона обвинувачення. Фактичні дані, що містяться в процесуальних джерелах, самостійно одержаних стороною захисту, набувають статусу доказів з моменту, коли захисник, підозрюваний, його законний представник надають ці дані суду або слідчому судді, які не мають права відмовити в дослідженні таких доказів на тих самих підставах, що й доказів зі сторони обвинувачення.

### 3.3. Реалізація окремих повноважень захисником під час фіксації ходу й результатів обшуку

Усі дії, проведені під час обшуку стороною обвинувачення, стороною захисту й іншими учасниками кримінального провадження, залученими до участі в зазначеній СРД, має бути належно зафіксовано в протоколі. Фіксування ходу й

результатів обшуку є однією з гарантій забезпечення реалізації прав стороною захисту під час проведення обшуку. Фіксування (від франц. fixation – закріплення) – діяльність, що полягає в здійсненні встановленої законодавством процедури надання юридичному факту прав, значення [248, с. 272].

Відповідно до частини 2 статті 84 КПК України, серед вичерпного переліку джерел доказів ідеться і про документи, до яких належать також складені в порядку, передбаченому цим Кодексом, протоколи процесуальних дій та додатки до них (пункт 3 частини 2 статті 99 КПК України). Відповідний порядок складання протоколів визначено в частині 3 статті 104 цього Кодексу. Згідно із цією нормою, у вступній частині зазначають відомості про місце, час проведення та назву процесуальної дії; особу, яка проводить процесуальну дію (прізвище, ім'я, по батькові, посада); усіх осіб, які присутні під час проведення процесуальної дії (прізвища, імена, по батькові, дати народження, місця проживання); інформацію про те, що осіб, які беруть участь у процесуальній дії, заздалегідь повідомлено про застосування технічних засобів фіксації, характеристики технічних засобів фіксації та носіїв інформації, які застосовують під час проведення процесуальної дії, умови та порядок їх використання. Натомість в описовій частині зазначають відомості про послідовність проведених дій; отримані внаслідок процесуальної дії відомості, важливі для кримінального провадження, зокрема виявлені та/або надані речі й документи. У заключній частині фіксують відомості про вилучені речі та документи, спосіб їх ідентифікації; спосіб ознайомлення учасників зі змістом протоколу; зауваження і доповнення до письмового протоколу з боку учасників процесуальної дії.

Такий загальний порядок складання протоколу процесуальної дії як джерела доказів – документів цілком поширюється і на протокол обшуку житла чи іншого володіння особи, обшук особи. Під час складання цього документа захисник має засвідчити правильне й об'єктивне відображення в ньому тих дій, які фактично було проведено, а також не допустити фіксацію в протоколі дій, які фактично не проводили або які викривляють зміст проведених дій. Якщо ж зауваження ігнорують і не вносять до протоколу, то особа, яку обшукують, може

відмовитися від підпису протоколу або оскаржити незаконні дії слідчого відповідно до пункту 16 частини 3 статті 42 КПК України. Щоправда, ці дії передбачено лише для підозрюваного.

Натомість адвокати переважно є скаржниками на незаконні дії чи бездіяльність правоохоронців під час проведення обшуків, саме вони мають оцінювати дії слідчого і стежити, щоб сторона обвинувачення не порушувала закон під час проведення обшуку, не допускала вчинення активних дій під час обшуку з боку оперативних працівників, крім консультативних й охоронних.

Намагаючись уникнути потенційних зауважень з боку адвоката, власника приміщення, де проводять обшук, чи інших осіб, правоохоронці можуть вдаватися до різноманітних хитрощів. Наприклад, начебто для пришвидшення роботи група слідчих ділиться на дві частини й починає одночасно порпатися в речах і документах у різних кімнатах. Однак така «оптимізація» роботи є сумнівною з позиції закону. По-перше, втрачається можливість контролювати правомірність дій, зокрема, понятими. По-друге, не забезпечено вимогу частини 10 статті 236 КПК України щодо обов'язкової фіксації СРД за допомогою аудіо- та відеозапису (слідчі приходять здебільшого лише з одним відеозаписувальним пристроєм). На думку О. Дроздової, для визнання результату фіксації технічним засобом допустимим доказом запис мають вести безперервно й відображати всю процедуру обшуку буквально з моменту, коли правоохоронці переступили поріг [46].

Порядок фіксування обшуку передбачає обов'язковий спосіб фіксації – складання протоколу. Відповідно до частини 8 статті 236 КПК України, особи, у присутності яких здійснюють обшук, під час проведення цієї СРД мають право робити заяви, що підлягають занесенню до протоколу. Тож наразі в цій процесуальній нормі немає відповіді на питання, як повинен діяти слідчий, якщо поняті й інші особи, присутні під час проведення обшуку, висловили зауваження. Така норма містилася в статті 189 КПК України 1960 року. У ній було зазначено, що за наявності в протоколі зауважень щодо неправильних дій, яких припустилися під час обшуку, слідчий не пізніше ніж за два дні мав повідомити про це прокурора, який здійснює нагляд за слідством.

Під час підписання протоколу обшуку понятих можуть залучати до засвідчення деяких фактів. Зокрема, поняті повинні засвідчити своїми підписами відповідність записів у протоколі виконаним діям, які фактично було проведено. Ідеться про такі дії слідчого: перед початком обшуку він пред'явив особі, яка володіє житлом чи іншим володінням, а за її відсутності – іншій присутній особі ухвалу слідчого судді про проведення обшуку й надав її копію; слідчий відчиняв зачинені приміщення, сховища, речі, якщо особа, присутня під час обшуку, відмовлялася їх відчинити; слідчий оглядав і вилучав речі й документи, які мають значення для кримінального провадження, тощо [42]. Натомість особа, яка брала участь у проведенні цієї СРД, може відмовитися підписати протокол. Відповідно до частини 6 статті 104 КПК України, такій особі надано право дати письмові пояснення щодо причин відмови. Факт відмови особи від підписання протоколу, а також факт надання нею таких письмових пояснень засвідчують поняті, якщо відсутній захисник (законний представник) цієї особи.

До найпоширеніших порушень під час фіксації ходу й результатів обшуку, які зазначають у своїх зауваженнях адвокати, належать: невручення другого примірника протоколу обшуку разом із доданим до нього описом вилучених документів і тимчасово вилучених речей особі, у якої було проведено обшук, а в разі її відсутності – повнолітньому членові її сім'ї або його представникові (відповідно до частини 9 статті 236 КПК України); як порушення частини 9 статті 236 КПК України під час проведення обшуку на підприємстві, в установі або організації другий примірник протоколу не було вручено керівнику або представникові підприємства, установи чи організації; у протоколі обшуку не містяться відомості про всіх осіб, які були присутні під час проведення цієї процесуальної дії (відповідно до пункту 1 частини 3 статті 104 КПК України); учасникам процесуальної дії не було надано можливості ознайомитися з текстом протоколу обшуку перед його підписанням (частина 4 статті 104 КПК України); як порушення частини 1 статті 107 КПК України клопотання адвоката про фіксацію процесуальної дії за допомогою технічних засобів не було задоволено; ненадання письмових пояснень стосовно відмови підписувати протокол (частина 6

статті 104 КПК України визначає: якщо особа, яка брала участь у проведенні процесуальної дії, відмовилася підписати протокол, про це зазначають у протоколі. Такій особі надають право письмово пояснити причини відмови його підписувати, що заносять до протоколу); додатки до протоколу (стенограма, аудіо-, відеозапис процесуальної дії) належно не упаковано, не засвідчено підписами учасників, немає підпису адвоката на упаковках (частини 2, 3 статті 105 КПК України); особі, у якої було проведено обшук (адвокату), як порушення частини 9 статті 236 КПК України не було залишено примірник протоколу й опису вилучених документів і тимчасово вилучених речей; як порушення пункту 9 статті 9 Закону України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність» копії та/або оригінали первинних документів і регістри бухгалтерського обліку було вилучено без складання реєстру вилучених документів; виконання ухвали слідчого судді, суду про проведення обшуку не було в обов'язковому порядку зафіксовано за допомогою звуко- та відеозаписувальних технічних засобів (частина 1 статті 107 КПК України); як порушення частини 4 статті 236 КПК України слідчий не забезпечив схоронність майна, що знаходиться в житлі чи іншому володінні особи, і неможливість доступу до нього сторонніх осіб; як порушення частини 5 статті 235 КПК України обшук осіб, які перебували в житлі чи іншому приміщенні, проведено за рішенням слідчого без достатніх підстав вважати, що вони переховують при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження, без складання відповідного протоколу слідчої дії; як порушення частини 8 статті 236 КПК України заяви осіб, у присутності яких здійснено обшук під час проведення цієї слідчої дії, не було занесено до протоколу [139].

Подеколи трапляються випадки, коли слідчий чи прокурор перед початком обшуку передає особі копію ухвали, що й повинен робити згідно з КПК України, однак після завершення обшуку, не завжди надає копію протоколу, мотивуючи свої дії тим, що норми цього Кодексу не зобов'язують його це робити. Унаслідок цього особа дізнається про реально вилучені й оформлені в протоколі речі

значно пізніше після проведення обшуку, отримавши відповідь від правоохоронців на запит адвоката [11].

Стосовно обшуку законодавець передбачив вимогу щодо його повної фіксації за допомогою аудіо- та відеозапису (частина 10 статті 236 КПК України). Ця законодавча новела є втіленням пропозицій науковців і практичних працівників, спрямованих на створення механізму контролю за діями слідчого під час обшуку й дисциплінування учасників цієї СРД, яка за своєю сутністю є гостро конфліктною. Водночас необхідно акцентувати увагу на непослідовності позиції законодавця щодо цього питання. Адже, згідно з частиною 7 статті 236 КПК України, під час обшуку слідчий має право проводити звуко- чи відеозапис, а частина 10 цієї статті містить положення про те, що обшук житла чи іншого володіння особи на підставі ухвали слідчого судді в обов'язковому порядку фіксують за допомогою аудіо- та відеозапису. Колізію цих нормативних положень необхідно усунути, у зв'язку з чим пропонуємо виключити з частини 7 статті 236 КПК України слова «звуко- чи відеозапис».

Траплялися випадки проведення обшуку в межах нормативних вимог, однак раптово, саме в «потрібний» момент, «сідала батарея». Про це роблять відповідний запис у протоколі, проте в КПК України чітко не зазначено, що за таких умов потрібно зупинити власне проведення обшуку. Лише в абзаці другому частини 2 статті 107 цього Кодексу зазначено про безперервну відеофіксацію. Вирішення питання про те, як її виконати, безпосередньо належить до обов'язків сторони обвинувачення.

Слід урахувати також положення частини 4 статті 236 КПК України, у якій встановлено, що обшук може бути проведено за відсутності особи в житлі чи іншому володінні. У цьому разі слідчий зобов'язаний залишити на видному місці копію ухвали слідчого судді про проведення обшуку, а також забезпечити схоронність майна, що знаходиться в житлі чи іншому володінні особи, і неможливість доступу до нього сторонніх осіб. Водночас дослідники стверджують, що в КПК України лише закріплено можливість провести обшук за відсутності осіб у житлі чи іншому її володінні, однак поза увагою залишилися

інші принципові питання проведення цієї процесуальної дії. Зокрема, щодо проведення обшуку в невідкладних випадках не визначено, який процесуальний документ має бути складено і яка посадова особа його складає. Якщо обшук проведено без ухвали слідчого судді, то не зрозуміло, чи це постанова слідчого, його клопотання про проведення обшуку, погоджене з прокурором, чи інший документ; чи потрібно залишати цей документ на видному місці, як це визначено в законі щодо копії ухвали слідчого судді; чи залишено копію протоколу на місці проведення обшуку в невідкладних випадках [31, с. 17].

Таким чином, як учасник обшуку захисник не обмежений пасивним спостереженням за діями слідчого, понятих, спеціаліста, інших учасників СРД. Він зосереджує увагу слідчого й понятих на істотних, на його погляд, фактичних даних, стежить, щоб під час проведення обшуку було вилучено не лише об'єкти, що підтверджують винуватість підзахисного, а й ті, що його виправдовують, пом'якшують покарання. Під час обшуку захисник уживає заходів щодо усунення порушень норм кримінально-процесуального законодавства, заявляючи відводи, клопотання, або оскаржує дії слідчого після завершення обшуку. Захисник може вимагати внесення до протоколу необхідних уточнень і доповнень, засвідчує правильність, повноту фіксації в протоколі результатів обшуку [68, с. 24–26; 235, с. 7–10].

Питання про найефективніші дії захисника у випадку виявлення ним фактів порушення процесуальних норм досліджено під час анкетування практичних працівників. На думку слідчих, захисник: ставить до відома понятих і всіх присутніх – 52,48 %; закликає учасників обшуку не підписувати протокол – 47,52 %; фіксує свою заяву за допомогою відеозйомки, що проводять під час обшуку, – 26,73 % (за умовами анкетування, на це питання можливі декілька варіантів відповіді) (додаток А). Позиція адвокатів у цьому питанні суттєво відрізняється від позиції слідчих. Адже 64,29 % адвокатів стверджують, що слід зафіксувати свою заяву за допомогою відеозйомки, яку проводять під час обшуку, 53,06 % – поставити до відома понятих і всіх присутніх, лише

10,2 % адвокатів вважали за потрібне закликати учасників обшуку не підписувати протокол (додаток Б).

Якщо захисник не згоден зі складеним протоколом, він, на думку 41,59 % слідчих, повинен зазначити в протоколі свої зауваження та не підписувати його; 35,65 % слідчих вважають, що захисник все одно має його підписати, попередньо занотувавши в протоколі причини незгоди, а 22,76 % зазначили, що захисник повинен відмовитися підписувати протокол без зазначення причин. У цих випадках сторона обвинувачення, на думку слідчих, має прийняти одне з таких рішень: повідомити, що захисник не має права цього робити, тому він завжди підписує протокол обшуку – 39,62 %; у протоколі зафіксувати факт відмови захисника від підпису – 33,66 %; факт відмови захисника від підпису засвідчити підписами понятих – 26,72 % (додаток А).

По-іншому на ці питання відповіли адвокати. На думку 45,87 % з них, якщо захисник не згоден зі складеним протоколом, він повинен все одно його підписати, попередньо занотувавши в протоколі причини незгоди; зазначити в протоколі свої зауваження та не підписувати його – 37,78 %; відмовитися підписувати протокол без зазначення причин – 16,35 %. Відповіддю сторони обвинувачення на таке рішення захисника мають бути такі дії: засвідчення факту відмови від підпису підписами понятих – 40,8 %; фіксація в протоколі факту відмови захисника підписувати – 38,73 %; роз'яснення захиснику, що він не має права цього робити, тому він завжди підписує протокол обшуку – 20,47 % (додаток Б).

Під час проведення обшуку захисник може користуватися власними відеозаписувальними засобами й надалі використовувати отримані матеріали в інтересах клієнта. Про те, що захисники починають відеофіксацію з моменту прибуття на місце обшуку з метою об'єктивної фіксації його перебігу, зазначають 42,56 % проанкетованих слідчих і 49,37 % адвокатів. Водночас, на думку 39,61 % слідчих, адвокати обмежуються відеозаписом, який здійснює сторона обвинувачення. Натомість 31,34 % адвокатів скаржаться, що застосовувати відеозапис складно через заборону сторони обвинувачення. Про те, що відеофік-

сація ще не стала достатньо поширеною, зазначили 17,83 % слідчих і 19,29 % адвокатів (додатки А, Б). Утім для посилення гарантій захисту було б доцільно на законодавчому рівні закріпити пряму заборону слідчому й іншим особам, що беруть участь в обшуку, перешкоджати адвокату здійснювати фіксацію ходу СРД. У разі наявності факту перешкоджання всі отримані докази має бути визнано недопустимими. Як класичний приклад О. Дроздова наводить непоодинокі випадки намагання під приводом збереження таємниці слідства відібрати (іноді із застосуванням фізичної сили) в захисника смартфон. Це є порушенням принципу рівності сторін кримінального процесу та профільного закону про адвокатуру. Необхідно враховувати, що права адвоката передбачено не лише в КПК України, а й у Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [46].

Дискусійним і до кінця не вирішеним є питання щодо визначення моменту, з якого починається обов'язкова відеофіксація обшуку. Вивчаючи матеріали кримінальних проваджень, А. О. Нечваль встановила, що відеозапис обшуку житла й іншого володіння особи розпочинався: 1) за місцем розташування органу досудового розслідування, де збирається слідчо-оперативна група (39,7 % кримінальних проваджень); 2) за адресою, що визначена в ухвалі слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи (31,7 % кримінальних проваджень); 3) з моменту контакту з особою, що є власником житла чи іншого володіння, або особою, що її представляє (28,6 % кримінальних проваджень). Ця авторка проаналізувала кожну із зазначених ситуацій і дійшла таких висновків. По-перше, початок відеозапису з місця розташування органу досудового розслідування дає змогу учасникам слідчо-оперативної групи розпочати відеозапис у спокійній та робочій обстановці, зазначаючи всі необхідні дані. Після оголошення про початок обов'язкової відеофіксації проведення обшуку відеозапис зупиняють у зв'язку з необхідністю дістатися до адреси житла й іншого володіння особи, де будуть проводити обшук. Також значною перевагою цього варіанту є забезпечення раптовості під час проникнення до житла чи іншого володіння особи, адже не потрібно витрачати час на фіксацію вимог процесуальної форми. Недолік другої ситуації – початку відеозапису за адресою, що визначена в ухвалі

слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи, – полягає в загрозі втратити раптовість проведення цієї СРД. Обов'язковий відеозапис обшуку зобов'язує дотримуватися процесуальної форми здійснення відеозапису: фіксування способу проникнення до житла чи іншого володіння особи, представлення учасників слідчо-оперативної групи, понятих, зазначення підстав проведення обшуку, фіксування на записі місця розташування, адреси обшукуваного житла чи іншого володіння особи тощо. Третя ситуація, пов'язана з початком фіксації відеозапису з моменту контакту з особою, яка є власником житла чи іншого володіння, або особою, що її представляє, є недосконалою з позицій дотримання процесуальної форми. Адже підготовчий етап обшуку в житлі й іншому володінні особи залишається незафіксованим, а він своєю чергою є важливим елементом тактики слідчої (розшукової) дії. З огляду на зазначене, А. О. Нечваль висловила думку, що найефективнішим є початок відеозапису обшуку в житлі й іншому володінні особи саме за місцем розташування органу досудового розслідування, місця збору слідчо-оперативної групи. Це забезпечить раптовість проникнення та дотримання процесуальної форми порядку відеозапису обшуку в житлі й іншому володінні особи [132, с. 87–90]. Зазначена позиція не є безспірною. Зокрема, викликає заперечення пропозиція авторки після початку відеозапису за місцем розташування органу досудового розслідування зупиняти його з метою дістатися до місця проведення обшуку. На наш погляд, фіксацію обшуку доцільно починати з моменту прибуття на місце його проведення. Потім фіксують проникнення в приміщення, вручення ухвали слідчого судді власнику майна або особі, яка перебуває в приміщенні, і подальші дії сторони обвинувачення, а також склад учасників, які прибули на місце проведення обшуку. Така відеофіксація є додатковою гарантією законності дій слідчого й обшукуваного та інших осіб, присутніх під час обшуку.

У матеріалах кримінального провадження зберігають оригінальні примірники технічних носіїв інформації зафіксованої процесуальної дії, резервні копії яких зберігають окремо (частина 3 статті 107 КПК України). Із цієї норми вбачається, що до протоколу обшуку має бути долучено саме оригінали технічних

носіїв інформації, а не їх копії. Якщо під час судового розгляду прокурор надає до суду протокол обшуку та відеозапис обшуку, який було скопійовано на інший технічний носій, захисник має право заявити клопотання про відсутність у матеріалах кримінального провадження оригіналу відеозапису, як наслідок – про недопустимість використання протоколу обшуку як джерела доказів [57, с. 16].

Закон безпосередньо не зазначає про вручення відеозапису особі, у якої проведено обшук, і в практичній діяльності ці особи отримують лише протокол СРД. Водночас за наявності клопотання сторони захисту вона може безперешкодно отримати копію такого відеозапису. З огляду на зазначене, пропонуємо частину 3 статті 107 КПК України після слова «окремо» доповнити словами: «*і можуть бути надані за клопотанням сторони захисту*». Таке клопотання має бути розглянуто відповідно до загальних правил статті 220 цього Кодексу.

Відповідно до частини 1 статті 107 КПК України, право безперешкодного фіксування проведення обшуку за допомогою відеозапису надано стороні захисту. Таке формулювання суперечить частині 3 статті 236 цього Кодексу, відповідно до якої особа, у житлі чи іншому володінні якої проводять обшук, має право користуватися правовою допомогою адвоката на будь-якій стадії проведення обшуку. Отже, якщо буквально тлумачити положення пункту 19 частини 1 статті 3 та частини 1 статті 107 КПК України, то в разі, коли адвокат не є захисником, він вже не має права безперешкодного фіксування проведення обшуку за допомогою відеозапису. Це є обмеженням професійних прав адвоката, оскільки пункт 8 статті 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» передбачає, що під час здійснення адвокатської діяльності адвокат має право вчиняти будь-які дії, не заборонені законом, правилами адвокатської етики та договором про надання правової допомоги, необхідні для належного виконання договору про надання правової допомоги, зокрема застосовувати технічні засоби для копіювання матеріалів справи, у якій адвокат здійснює захист, представництво або надає інші види правової допомоги, фіксувати процесуальні дії, у яких він бере участь, а також хід судового засідання в порядку, передбаченому законом.

У зв’язку з викладеним, цілком схвалюємо пропозицію М. В. Комарової щодо необхідності внесення доповнень до абзацу третього частини 1 статті 107 КПК України. У цій нормі слід зафіксувати право безперешкодного фіксування проведення обшуку за допомогою відеозапису не лише сторони захисту, а й особи, у якої проводять обшук, та її адвоката [83, с. 86–87]. Ці доповнення сприятимуть вирішенню проблемних питань, що виникають у кримінальному провадженні під час проведення обшуку, коли підозру ще не оголошено, а обшук необхідно провести. У будь-якому разі ці зміни посилять гарантії захисту осіб, яких залучають до проведення обшуку, а адвокатам нададуть можливість обрати правильну позицію захисту інтересів клієнта в конкретній ситуації: або погоджуватися з недосконалістю процедури обшуку, або доводити її незаконність і, відповідно, результатів обшуку, посилаючись на недотримання вимог КПК України.

Виготовлений відеозапис захисник може використати з тактичною метою на власний розсуд для забезпечення права на захист особи, інтереси якої він захищає. У більшості випадків, зазначають 46,55 % слідчих і 53,04 % адвокатів, ці матеріали долучають у суді як документи для визнання одержаних під час обшуку доказів недопустимими; 36,63 % слідчих і 19,4 % адвокатів повідомили, що вони надають відеозапис стороні обвинувачення для перевірки під час досудового розслідування, а 16,82 % слідчих і 27,56 % адвокатів переконані, що ці матеріали адвокати залишають у себе (додатки А, Б).

Таким чином, для практичного забезпечення конституційних прав і законних інтересів особи, зокрема на заключному етапі проведення обшуку, схвалюємо запропоновані науковцями рекомендації особі, у якої проводять обшук:

– вимагати повного та чіткого перерахування в описі вилученого майна всіх вилучених предметів і документів;

– перед підписанням протоколу переконатися, що в ньому немає порожніх місць, навіть незначних;

– відповідно до частини 8 статті 236 КПК України, вимагати внесення до протоколу всіх зауважень щодо порушення норм чинного законодавства під час проведення обшуку;

– відповідно до статті 104 КПК України, поняті підписують обов'язково обидва примірники протоколу. Тому на підставі частини 9 статті 236 КПК України вони можуть отримати другий примірник протоколу обшуку [81, с. 84–87].

Під час обшуку великих ділянок місцевості або відокремлених кімнат до складу групи може бути включено кількох слідчих і співробітників оперативних підрозділів. У цих випадках у кожному з таких приміщень мають бути присутніми не менш ніж по двоє понятих, а також мають здійснювати безперервний відеозапис проведення обшуку. Важливим завданням захисника, адвоката чи представника в цьому випадку є контроль за правильністю проведення обшуку, передусім у випадках, коли сторона обвинувачення оголосила про виявлення речей чи документів, що мають значення для розслідування. У цьому разі важливо встановити, чи були присутні під час такого виявлення поняті, а якщо так, то в якій кількості і чи спостерігали вони безпосередньо факт відшукання речей чи документів. Якщо хоча б на одне із цих питань немає позитивної відповіді, адвокат має зробити заяву, що, відповідно до частини 8 статті 236 КПК України, підлягає занесенню до протоколу обшуку. Під час подальшого розслідування захисникові важливо використати цей факт з метою доведення недопустимості доказів, отриманих, згідно з частиною 1 статті 87 цього Кодексу, унаслідок істотного порушення прав і свобод людини [32, с. 159–160].

Відповідно до частини третьої статті 30 Конституції України, у невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, яких підозрюють у вчиненні кримінального правопорушення, можливий інший встановлений законом порядок проведення обшуку. Такий порядок врегульовано в КПК України, а стосовно адміністративної діяльності поліції – у Законі України «Про Національну поліцію» від 2 липня 2015 року № 580-VIII [173]. Однак ці нормативні акти передбачають не порядок

проведення СРД у житлі, а лише порядок проникнення до житла в невідкладних випадках. На цьому слушно акцентують увагу дослідники окресленої проблематики [215, с. 99].

Згідно з частиною 1 статті 233 КПК України, ніхто не має права проникнути до житла чи іншого володіння особи з будь-якою метою, інакше як лише за добровільною згодою особи, яка ними володіє, або на підставі ухвали слідчого судді, крім невідкладних випадків, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, яких підозрюють у вчиненні злочину. Отже, КПК України, як і Конституція України, передбачає лише дві підстави проникнення до житла чи іншого володіння особи без її згоди та без ухвали слідчого судді або суду. Такої підстави, як загроза того, що предмет, який розшукується та (або) підлягає вилученню, може бути унаслідок зволікання з його виявленням втрачено, пошкоджено або використано у злочинних цілях, законодавство України не передбачає. Водночас у спеціальній літературі висловлено позицію доповнити частину 3 статті 233 КПК України таким невідкладним випадком, як «загроза знищення речових доказів» [92, с. 64]. На наш погляд, ця пропозиція навряд чи може бути прийнятною, оскільки вона не відповідає частині третій статті 30 Конституції України. Утім така підстава подеколи трапляється в правозастосовній практиці. З огляду на її значення для виконання завдань кримінального провадження, в окремих випадках проникнення до житла з метою врятування майна (зокрема й речових доказів) може бути цілком виправдано. Однак у цьому разі в частині третій статті 30 Конституції України формулювання підстав для проникнення в невідкладних випадках має містити не єднальний сполучник «та», а розділовий сполучник «або».

У контексті дослідження проблеми забезпечення прав під час проведення обшуку важливо акцентувати на недопустимості поширювального тлумачення підстав, закріплених у частині 3 статті 233 КПК України. Зокрема, деякі автори зазначають: «Коли підозрюваний вривається в житло чи інше приміщення під час переслідування, то оперативникам не слід зупиняти свою операцію та бігти до суду за отриманням санкції. Вони мають завершити її, проникнувши до

житла. Але дозвіл на таке проникнення все одно необхідно отримувати постфактум» [9, с. 35]. У цьому аспекті в літературі доречно зазначають про поширеність випадків проведення обшуку з підстави безпосереднього переслідування осіб, підозрюваних у вчиненні злочину. КПК України не містить визначення цієї категорії, однак безпосереднє переслідування пов'язане з прямуванням за особою безперервно протягом певного часу, без втрати переслідувачем переслідуваного з поля зору. Не є втратою з поля зору випадки, коли переслідуваний тимчасово ховається в якомусь укритті, зокрема й у житлі чи іншому володінні особи, однак переслідувач знає, що він там перебуває, а переслідуваний усвідомлює, що переслідування його не закінчено [36, с. 32–35].

Таким чином, безпосереднє переслідування осіб, підозрюваних у вчиненні злочину, має бути розпочато до проникнення в житло чи інше володіння особи.

У контексті аналізу передбачених статтею 233 КПК України підстав проникнення до житла чи іншого володіння особи в невідкладних випадках слід також зважати на те, що законодавець пов'язує такі випадки лише з необхідністю проведення в житлі обшуку як СРД. Такого висновку можна дійти на підставі системного тлумачення положень частини 3 статті 233 КПК України. Адже за змістом цієї статті у випадку проникнення до житла чи іншого володіння особи до постановлення ухвали слідчого судді прокурор, слідчий за погодженням із прокурором зобов'язаний невідкладно після здійснення таких дій звернутися з клопотанням про проведення обшуку до слідчого судді [24, с. 106].

Слідчий суддя розглядає таке клопотання, керуючись вимогами статті 234 КПК України, перевіряє, крім іншого, чи справді були наявні підстави для проникнення до житла чи іншого володіння особи без ухвали слідчого судді. Якщо прокурор відмовляє в погодженні клопотання слідчого про обшук або слідчий суддя відмовить у задоволенні клопотання про обшук, встановлені внаслідок такого обшуку докази є недопустимими, а отримана інформація підлягає знищенню в порядку, передбаченому статтею 255 КПК України [33, с. 91].

Законність проведення обшуку в невідкладних випадках перевіряє слідчий суддя під час надання дозволу на обшук, клопотання про отримання якого

слідчий подає невідкладно після проведення цієї СРД. Вирішення цього питання слідчим суддею має безпосередній вплив на визнання отриманих фактичних даних допустимими доказами.

Ефективним засобом захисту інтересів особи, у житлі чи іншому володінні якої було проведено обшук, а також гарантією постановлення слідчим суддею законної та обґрунтованої ухвали в зазначених випадках видається забезпечення участі цієї особи в судовому розгляді клопотання слідчого, прокурора. Із цією метою доцільно змінити порядок розгляду слідчим суддею клопотання слідчого, прокурора про проведення обшуку в невідкладних випадках і передбачити повідомлення цієї особи про розгляд клопотання та надання їй можливості брати в ньому участь.

Одним із прав обшукуваної особи є право на таємницю приватного та сімейного життя, що й обумовлює їхнє гарантування статтею 8 КЗПЛ. У пункті 2.7 постанови ВСУ від 24 березня 2016 року № 5-299кс15 безпосередньо зазначено, що недоторканність житла й іншого володіння особи охоплює і недоторканність приватного та сімейного життя [160].

З огляду на зазначене, необхідно зауважити про відсутність у статтях, що регламентують порядок проведення обшуку, чинного КПК України обов'язку слідчого щодо забезпечення нерозголошення інформації про приватне життя особи. У статті 15 цього Кодексу однією із засад кримінального провадження визначено невтручання в приватне життя. Нормативний зміст цієї засади передбачає також обов'язок кожного, кому надано доступ до інформації про приватне життя, запобігти її розголошенню. Тож обов'язок ужити заходів стосовно нерозголошення інформації про приватне життя адресований будь-якій особі, якій під час проведення обшуку стала відома така інформація (це може бути не лише сторона обвинувачення, потерпілий, а й сторона захисту, яка бере участь у проведенні СРД. Також цей обов'язок стосується і понятих [102].

Загальний характер обов'язку запобігати розголошенню інформації про приватне життя особи засвідчує, що немає потреби окремо регулювати це питання стосовно кожної процесуальної дії, яку може бути проведено в житлі чи

іншому володінні особи. Слушно зазначає І. В. Вегера-Іжевська, що в такому випадку важливе значення має правосвідомість правозастосовника, яка є регулятором його поведінки, причому без алгоритмізації кримінальної процесуальної діяльності, а здійснення чинного регулювання її певних сегментів – лише положеннями загального характеру, що утворюють нормативний зміст засад кримінального провадження [25, с. 241–242].

З огляду на те, що проведення обшуку житла чи іншого володіння особи має відповідати 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, розроблені під час проведення дослідження пропозиції щодо внесення змін і доповнень до цього Кодексу в узагальненому вигляді набувають такого змісту:

«Стаття 3. Визначення основних термінів Кодексу

16[1]) *особа, чиї права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені* під час досудового розслідування, – особа, стосовно якої (у тому числі щодо її майна) здійснюються процесуальні дії, визначені цим Кодексом;

25) учасники кримінального провадження – сторони кримінального провадження, потерпілий, його представник та законний представник, цивільний позивач, його представник та законний представник, цивільний відповідач та його представник, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, третя особа, щодо майна якої вирішується питання про арешт, інша особа, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування, особа, стосовно якої розглядається питання про видачу в іноземну державу (екстрадицію), заявник, у тому числі викривач, свідок, *особа, чиї права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені,* та їх адвокат, понятий, заставодавець, перекладач, експерт, спеціаліст, представник персоналу органу пробації, секретар судового засідання, судовий розпорядник;…

Стаття 45. Захисник, *адвокат*

…

3. *Адвокат надає правову допомогу свідкові та іншим особам, чиї права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені, крім випадків, передбачених частиною першою цієї статті, та статтею 58 цього Кодексу.*

Стаття 46. Загальні правила участі захисника у кримінальному провадженні

…

5. Захисник має право брати участь у проведенні допиту та інших процесуальних діях, що проводяться за участю підозрюваного, обвинуваченого, до першого допиту підозрюваного мати з ним конфіденційне побачення без дозволу слідчого, прокурора, суду, а після першого допиту – такі ж побачення без обмеження кількості та тривалості. Такі зустрічі можуть відбуватися під візуальним контролем уповноваженої службової особи, але в умовах, що виключають можливість прослуховування чи підслуховування. *За наявності клопотання підозрюваного чи його захисника слідчий зобов'язаний завчасно повідомляти захисника про всі подальші процесуальні дії за участю підозрюваного*.

Стаття 79. Підстави для відводу спеціаліста, представника персоналу органу пробації, перекладача, експерта, секретаря судового засідання

1. Спеціаліст, *поняті,* представник персоналу органу пробації, перекладач, експерт, секретар судового засідання не мають права брати участі в кримінальному провадженні та відводяться за підставами, передбаченими частиною першою статті 77 цього Кодексу, з тим обмеженням, що їх попередня участь у цьому кримінальному провадженні як спеціаліста, *понятого,* представника персоналу органу пробації, перекладача, експерта і секретаря судового засідання не може бути підставою для відводу.

Стаття 81. Порядок вирішення питання про відвід

…

2. *Відводи понятого/понятих, заявлені стороною захисту під час проведення передбачених цим Кодексом слідчих (розшукових) дій, розглядає слідчий, прокурор, зазначивши в протоколі підстави, що виключають можливість участі цих осіб. У цьому разі запрошуються інші поняті.* Усі інші відводи під час досудового розслідування розглядає слідчий суддя, а під час судового провадження – суд, який його здійснює.

Стаття 100. Зберігання речових доказів і документів та вирішення питання про спеціальну конфіскацію

…

2. Речовий доказ або документ, наданий добровільно або на підставі судового рішення, зберігається у сторони кримінального провадження, якій він наданий, *крім громіздких речей, які зберігаються у спеціально призначених для цього приміщеннях органу досудового розслідування*. Сторона кримінального провадження, якій наданий речовий доказ або документ, зобов’язана зберігати їх у стані, придатному для використання у кримінальному провадженні. Речові докази, які отримані або вилучені слідчим, прокурором, оглядаються, фотографуються та докладно описуються в протоколі огляду. Зберігання речових доказів стороною обвинувачення здійснюється в порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України.

Стаття 107. Застосування технічних засобів фіксування кримінального провадження

1. Рішення про фіксацію процесуальної дії за допомогою технічних засобів під час досудового розслідування приймає особа, яка проводить відповідну процесуальну дію. За клопотанням учасників процесуальної дії застосування технічних засобів фіксування є обов’язковим.

Виконання ухвали слідчого судді, суду про проведення обшуку в обов'язковому порядку фіксується за допомогою ~~*звуко- та*~~ відеозаписувальних технічних засобів.

Право безперешкодного фіксування проведення обшуку за допомогою відеозапису надається стороні захисту.

2. Про застосування технічних засобів фіксування процесуальної дії заздалегідь повідомляються особи, які беруть участь у процесуальній дії.

3. У матеріалах кримінального провадження зберігаються оригінальні примірники технічних носіїв інформації зафіксованої процесуальної дії, резервні копії яких зберігаються окремо *і можуть бути надані за клопотанням сторони захисту*.

Стаття 166. Наслідки невиконання ухвали слідчого судді, суду про тимчасовий доступ до речей і документів

…

2. У разі якщо дозвіл на проведення обшуку надано за клопотанням сторони захисту, слідчий суддя, суд доручає забезпечення його проведення слідчому, прокурору або органу Національної поліції за місцем проведення цих дій. *Отримавши ухвалу слідчого судді, керівник органу досудового розслідування, прокурор чи начальник територіального органу Національної поліції або його відокремлених підрозділів призначають службову особу для її виконання у встановлений цим Кодексом строк.* Проведення обшуку здійснюється за участю особи, за клопотанням якої надано дозвіл на його проведення, згідно з положеннями цього Кодексу.

Стаття 223. Вимоги до проведення слідчих (розшукових) дій

…

7. Слідчий, прокурор зобов'язаний запросити не менше двох незаінтересованих осіб (понятих) для пред'явлення особи, трупа чи речі для впізнання, огляду трупа, в тому числі пов'язаного з ексгумацією, слідчого

експерименту, освідування особи. Винятками є випадки застосування безперервного відеозапису ходу проведення відповідної слідчої (розшукової) дії. Поняті можуть бути запрошені для участі в інших процесуальних діях, якщо слідчий, прокурор вважатиме це за доцільне.

Обшук або огляд житла чи іншого володіння особи, обшук особи здійснюються з обов'язковою участю не менше двох понятих незалежно від застосування технічних засобів фіксування відповідної слідчої (розшукової) дії.

Понятими не можуть бути потерпілий, родичі підозрюваного, обвинуваченого і потерпілого, працівники правоохоронних органів, а також особи, заінтересовані в результатах кримінального провадження.

Зазначені особи можуть бути допитані під час судового розгляду як свідки проведення відповідної слідчої (розшукової) дії.

*Особа, у якої проводять обшук, її захисник, представник чи законний представник мають право заявити відвід понятим за наявності підстав, що виключають можливість присутності цих осіб під час проведення слідчої (розшукової) дії, про що робиться відповідна відмітка в протоколі. Питання про відвід вирішується у порядку, визначеному в частині 2 статті 81 цього Кодексу.*

Стаття 234. Обшук

…

3. У разі необхідності провести обшук слідчий за погодженням з прокурором або прокурор звертається до слідчого судді з відповідним клопотанням, яке повинно містити відомості про:

1) найменування кримінального провадження та його реєстраційний номер;

2) короткий виклад обставин кримінального правопорушення, у зв'язку з розслідуванням якого подається клопотання;

3) правову кваліфікацію кримінального правопорушення з зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність;

4) підстави для обшуку;

5) житло чи інше володіння особи або частину житла чи іншого володіння особи, де планується проведення обшуку;

6) особу, якій належить житло чи інше володіння, та особу, у фактичному володінні якої воно знаходиться;

7) індивідуальні або родові ознаки речей, документів, іншого майна або осіб, яких планується відшукати, а також їхній зв'язок із вчиненим кримінальним правопорушенням;

8) обґрунтування того, що доступ до речей, документів або відомостей, які можуть у них міститися, неможливо отримати органом досудового розслідування у добровільному порядку шляхом витребування речей, документів, відомостей відповідно до частини другої статті 93 цього Кодексу, або за допомогою інших слідчих дій, передбачених цим Кодексом, а доступ до осіб, яких планується відшукати, – за допомогою інших слідчих дій, передбачених цим Кодексом. Зазначена вимога не поширюється на випадки проведення обшуку з метою відшукання знаряддя кримінального правопорушення, предметів і документів, вилучених з обігу.

До клопотання також мають бути додані оригінали або копії документів та інших матеріалів, якими прокурор, слідчий обґрунтовує доводи клопотання, а також витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань щодо кримінального провадження, в рамках якого подається клопотання, *крім випадків звернення сторони захисту до слідчого судді з відповідним клопотанням*.

Стаття 236. Виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи

1. Ухвала про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи може бути виконана слідчим чи прокурором, *а у випадках, визначених цим Кодексом, – іншою службовою особою*. Для участі в проведенні обшуку може бути запрошений потерпілий, підозрюваний, захисник, представник та інші учасники кримінального провадження. *Особам, у яких проводиться обшук, а за їхньої відсутності – повнолітнім членам сім'ї, понятим, представникам*

*роз'яснюється їхнє право бути присутнім при всіх діях слідчого, крім випадків, передбачених частиною 5 цієї статті.* З метою одержання допомоги з питань, що потребують спеціальних знань, *сторони кримінального провадження* для участі в обшуку *мають* право запросити спеціалістів. Слідчий, прокурор вживає належних заходів для забезпечення присутності під час проведення обшуку осіб, чиї права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені. Незалежно від *етапу* цієї слідчої дії слідчий, прокурор, *інша службова особа, яка проводить обшук*, зобов'язані допустити на місце його проведення захисника чи адвоката, повноваження якого підтверджуються згідно з положеннями статті 50 цього Кодексу.

…

4. У разі відсутності осіб у житлі чи іншому володінні *обов'язковим учасником проведення обшуку є захисник, адвокат чи представник.* Копія ухвали *у цьому випадку* повинна бути *вручена зазначеним особам, а також* залишена на видному місці в житлі чи іншому володінні особи. При цьому слідчий, прокурор зобов'язаний забезпечити схоронність майна, що знаходиться у житлі чи іншому володінні особи, та неможливість доступу до нього сторонніх осіб.

5. Обшук на підставі ухвали слідчого судді повинен проводитися в обсязі, необхідному для досягнення мети обшуку. За рішенням слідчого чи прокурора, *прийнятим у порядку, передбаченому статтею 110 цього Кодексу,* може бути проведено обшук осіб, які перебувають у житлі чи іншому володінні, якщо є достатні підстави вважати, що вони переховують при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження.

Обшук особи здійснюється особами тієї самої статі у присутності адвоката, представника на вимогу такої особи. Неявка адвоката, представника для участі в проведенні обшуку особи протягом трьох годин не перешкоджає проведенню обшуку. Хід і результати особистого обшуку підлягають обов'язковій фіксації у відповідному протоколі.

6. Слідчий, прокурор під час проведення обшуку має право відкривати закриті приміщення *і сховища, якщо володілець або* особа, присутня при обшуку,

відмовляється їх відкрити або обшук здійснюється за відсутності осіб, зазначених у частині третій цієї статті. *При цьому слідчий повинен уникати не викликаних необхідністю пошкоджень дверей, замків та інших предметів.*

*7. При обшуку слідчий, прокурор має право проводити вимірювання,* фотографування, ~~*звуко- чи відеозапис*~~, складати плани і схеми, виготовляти графічні зображення обшуканого житла чи іншого володіння особи чи окремих речей, виготовляти відбитки та зліпки, оглядати і вилучати документи, тимчасово вилучати речі, які мають значення для кримінального провадження. Предмети, які вилучені законом з обігу, підлягають вилученню незалежно від їх відношення до кримінального провадження. Вилучені речі та документи, які не входять до переліку, щодо якого прямо надано дозвіл на відшукання в ухвалі про дозвіл на проведення обшуку, та не відносяться до предметів, які вилучені законом з обігу, вважаються тимчасово вилученим майном.

…

10. Обшук житла чи іншого володіння особи на підставі ухвали слідчого судді в обов'язковому порядку фіксується за допомогою ~~*аудіо- та*~~ відеозапису».

Запропоновані зміни й доповнення спрямовані, по-перше, на усунення наявних неузгодженостей і суперечностей, що наявні в різних нормах КПК України, по-друге, мають на меті, з огляду на засаду змагальності сторін та свободи в поданні ними суду своїх доказів і доведенні перед судом їх переконливості, процесуальне унормування важливих положень, щоб сторони кримінального провадження, відповідно до частини 1 статті 22 КПК України, мали реальні можливості самостійно обстоювати їхні правові позиції, права, свободи й законні інтереси засобами, передбаченими цим Кодексом.

**Висновки до розділу 3**

Як СРД, що передбачає втручання у сферу особистих прав людини, обшук має складний порядок проведення, а його результати використовують у кримінальному провадженні лише за умови відповідності вимогам

процесуального закону. Етапи обшуку в сукупності утворюють комплекс дій та рішень сторони обвинувачення, захисту й інших учасників, а також слідчого судді. На цих етапах здійснюють: ініціювання, розгляд і прийняття відповідного процесуального рішення – ухвали слідчого судді про надання дозволу на проведення обшуку або відмову в наданні такого дозволу; виконання ухвали слідчого судді під час підготовки, безпосереднього проведення, а також фіксації ходу та результатів обшуку; оскарження незаконного й необґрунтованого обшуку за результатами виявлених порушень і відшкодування завданої внаслідок цього шкоди.

Обов'язковою складовою обґрунтування клопотання слідчого, прокурора є зазначення в ньому відомостей про те, що в інший спосіб неможливо отримати речі, документи або відомості, які можуть в них міститися. Водночас слідчий суддя відмовляє в задоволенні клопотання про обшук, якщо слідчий не доведе, що за встановлених обставин обшук є найдоцільнішим і найефективнішим способом відшукання та вилучення речей і документів. Таке формулювання не цілком відповідає пункту 8 частини 3 статті 234 КПК України, у якому імперативно визначено обов'язок слідчого довести неможливість (а не найбільшу доцільність та ефективність) отримати необхідні відомості в інший спосіб, ніж під час проведення обшуку.

Законодавчі вимоги щодо обґрунтування ухвали слідчого судді мають кореспондувати аналогічним вимогам стосовно змісту обґрунтування клопотання слідчого, прокурора, адже їх підтвердження під час розгляду клопотання дає підстави для постановлення ухвали про його задоволення. Проте, на відміну від клопотання слідчого, ухвала слідчого судді, згідно зі статтею 235 КПК України, повинна містити відомості про речі, документи або осіб, для виявлення яких проводять обшук (а не індивідуальні або родові ознаки речей, документів, іншого майна або осіб, яких планують відшукати). Неузгодженість законодавчих положень не сприяє правовій визначеності в цьому питанні. Наявність нормативних вимог щодо конкретизації в ухвалі слідчого судді предметів і документів, які планують відшукати під час обшуку, є елементом механізму

обмеження дискреції уповноваженої особи, яка проводить цю СРД, а отже – елементом забезпечення прав і законних інтересів особи під час її проведення.

Потребує вдосконалення редакція пункту 5 частини 5 статті 234 КПК України, відповідно до якого слідчий повинен довести, що обшук є заходом, пропорційним правомірній меті втручання в особисте і сімейне життя особи.

Залишення опису вилучених під час обшуку на підприємстві, організації, установі документів і речей має важливе значення для забезпечення законних інтересів юридичної особи. Тому, з огляду на відсутність такого положення в КПК України, запропоновано доповнити абзац другий частини 9 статті 236 КПК України після слів «другий примірник протоколу» словами «разом із доданим до нього описом вилучених документів і тимчасово вилучених речей».

Згідно з частиною 7 статті 236 КПК України, під час обшуку слідчий має право проводити звуко- чи відеозапис, а частина 10 цієї статті передбачає нормативне положення про те, що обшук житла чи іншого володіння особи на підставі ухвали слідчого судді в обов'язковому порядку фіксують за допомогою аудіо- та відеозапису. Колізію цих нормативних положень необхідно усунути, у зв'язку з чим запропоновано виключити з частини 7 статті 236 КПК України слова «звуко- чи відеозапис».

# ВИСНОВКИ

У дисертації здійснено теоретичне узагальнення та запропоновано нове розв'язання наукового завдання, що полягає в комплексному дослідженні проблем діяльності сторони захисту під час обшуку в житлі чи іншому володінні особи, обшуку особи та забезпеченні прав і законних інтересів учасників їх проведення, в обґрунтуванні висновків, пропозицій та рекомендацій, що відповідають вимогам наукової новизни й мають теоретичну та практичну значущість. До основних результатів, одержаних на підставі аналізу законодавства, наукових джерел і правозастосовної практики, належать такі положення:

1. Вивчення сучасних наукових досліджень засвідчує, що проблеми забезпечення стороною захисту дотримання прав і законних інтересів учасників проведення обшуку розглянуто здебільшого в аспекті діяльності сторони обвинувачення під час проведення зазначеної слідчої (розшукової) дії. Окремі напрями цієї процесуальної діяльності висвітлено в дисертаціях, монографіях, підручниках, навчальних посібниках, наукових статтях, публіцистичних матеріалах тощо. Однак ці праці не охоплюють повного комплексу питань, пов'язаних із діяльністю саме сторони захисту, спрямованої на дотримання прав і законних інтересів учасників обшуку. Зазначене спричинено браком системного підходу до особливостей цієї діяльності, що зумовлює необхідність здійснення подальших наукових досліджень у цьому напрямі.

2. Інститут адвокатури як суб'єкт забезпечення прав і законних інтересів учасників проведення обшуку пройшов різні етапи становлення – від повного контролю з боку державних органів, уповноважених здійснювати кримінальне провадження за діяльністю колегії захисників, і до визнання його самостійності. Водночас ще донедавна участь захисника під час проведення обшуку не було законодавчо закріплено в спеціальних нормах КПК України 1960 року. Лише із середини XX століття було визначено, що особисті інтереси є такими, які потребують задоволення, і закріплено в законі у вигляді гарантованих суб'єктив-

них прав, якщо вони відповідали суспільним інтересам або не суперечили їм. Відтоді повсякчас посилюється роль адвокатури в суспільстві як одного з гарантів забезпечення конституційних прав і свобод громадян, істотно розширюється сфера діяльності адвоката, зокрема його активна участь під час проведення обшуку.

Відповідність норм КПК України загальноприйнятим міжнародно-правовим документам, імплементація міжнародних стандартів і демократичних правових інститутів, спрямованих на зміцнення гарантій дотримання прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження, сприяють визначенню окремих напрямів удосконалення цього Кодексу. Саме крізь призму міжнародно-правових стандартів розглядають проблеми, пов’язані із захистом прав і свобод особи під час проведення обшуку, коли найсуттєвішою є небезпека порушення чи обмеження прав і законних інтересів його учасників, незалежно від наявності чи відсутності в них визначеного процесуального статусу.

3. Важливим досягненням кримінального процесуального законодавства й правозастосовної практики в Україні є імплементація міжнародних стандартів і демократичних правових інститутів, спрямованих на зміцнення гарантій дотримання прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження. Як слідчу (розшукову) дію обшук урегульовано майже в усіх кримінально-процесуальних кодексах держав англо-американської (Велика Британія, США), романо-германської (Республіка Австрія, ФРН, Французька Республіка) правових систем і країн ближнього зарубіжжя (Грузія, Латвійська Республіка, Республіка Білорусь, Республіка Киргизстан, Республіка Молдова, РФ). Попри їхню схожість, чинний КПК України не містить низки прогресивних положень, хоча законодавче їх закріплення позитивно позначилося б на процесуальній діяльності під час кримінального провадження, сприяло б уникненню неврегульованих чи суперечливих ситуацій. Зокрема, у КПК Грузії детальніше визначено порядок і дії слідчого під час безпосереднього проведення обшуку. Натомість у статті 236 КПК України унормовано лише деякі аспекти, пов’язані з організаційно-технічними діями під час проведення обшуку.

4. Учасників обшуку класифіковано за різними критеріями залежно від їхнього статусу як сторони кримінального провадження, виду обшуку, наявності можливості ініціювати його проведення, обов'язковості або факультативності їхнього залучення, місця й ролі в доказуванні, здійснюваних функцій. Така диференціація надає можливість детальніше з'ясувати особливості процесу забезпечення дотримання прав і законних інтересів зазначених осіб.

Зокрема, учасників обшуку залежно від *правового становища* може бути поділено на три групи: 1) службові особи, які здійснюють досудове розслідування, або особи, які мають за законом право на проведення цієї СРД (слідчий, прокурор, керівник органу досудового розслідування); 2) особи, які мають власний інтерес, або ті з них, які зацікавлені в результатах обшуку (підозрюваний, захисник, законний представник; потерпілий, його представник); 3) особи, які не є суб'єктами доказування, проте вони також мають певні права й обов'язки (спеціаліст, перекладач, свідки, поняті, представники підприємств, установ, організацій незалежно від форми власності, ради адвокатів регіону, які залучені для виконання покладених на них обов'язків).

Осіб, у яких можуть проводити обшук, об'єднано в групи *залежно від їхнього відношення до події кримінального правопорушення.* До таких груп належать підозрюваний; особи, щодо яких немає достатніх підстав для затримання або обрання запобіжного заходу, проте є відомості, що дозволяють їх підозрювати в учиненні кримінального правопорушення; особи, у яких можуть знаходитися шукані предмети і які є не причетними до самої події, однак наявні конкретні підстави вважати, що в них знаходяться шукані об'єкти; особи, які зайняли приміщення, що обшукують, після початку досудового розслідування.

Залежно від *обов'язковості* або *факультативності* залучення до обшуку у випадку його проведення за ініціативою *сторони обвинувачення* обов'язковими учасниками є: слідчий, прокурор, не менше ніж двоє понятих. Факультативними учасниками є потерпілий, підозрюваний, захисник, представник, адвокат та інші учасники кримінального провадження, перелічені в пункті 25 частини 1 статті 3

КПК України, представник ради адвокатів регіону (у випадках проведення обшуку в адвоката), а також співробітники оперативного підрозділу.

Натомість обов'язковими учасниками проведення обшуку за клопотанням *сторони захисту* є слідчий, прокурор або орган Національної поліції України за місцем проведення цієї дії, не менше ніж двоє понятих, а також особа, за клопотанням якої надано дозвіл на її проведення. Як факультативні учасники в цьому випадку можуть бути залучені потерпілий, підозрюваний (якщо ініціатором проведення обшуку була сторона захисту), визначені в законі учасники кримінального провадження, співробітники оперативного підрозділу, а також особи, чиї права та законні інтереси може бути обмежено або порушено.

5. Центральним процесуальним представником сторони захисту є *захисник-адвокат* – особа, яка має невідкладно прибути на місце проведення обшуку для надання професійного захисту прав і законних інтересів підозрюваного, з яким укладено угоду. З метою дотримання його процесуальних прав, за наявності клопотання підозрюваного щодо участі в обшуку захисника-адвоката, з яким не укладено угоду, захисник має бути йому забезпечений через Центр надання безоплатної вторинної правової допомоги.

Процесуальна діяльність *адвоката-адвоката*, тобто особи, яка є адвокатом за посадою та процесуальним статусом, спрямована на надання юридичної допомоги громадянам, житло чи інше володіння яких обшукують і які не є підозрюваними або взагалі не мають визначеного процесуального статусу. Професійна допомога адвоката вкрай необхідна у випадках, коли постає потреба проведення обшуку в членів сім'ї, співмешканців підозрюваного або осіб, які є власниками вилученого під час обшуку майна.

У низці випадків до участі в проведенні обшуку може бути залучено *адвоката-представника* – захисника, який, відповідно до частини 1 статті 58 КПК України, має право представляти інтереси потерпілого.

До осіб, чиї права та законні інтереси може бути обмежено або порушено, належать також законні представники, під опікою або на піклуванні яких перебувають неповнолітній або особа, яка не спроможна захищати свої права й

інтереси через наявність у неї психічних або фізичних вад. Під час обшуку житла, іншого володіння адвоката, приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність, має бути присутній представник ради адвокатів регіону.

6. Одним з обов'язків сторони обвинувачення під час проведення обшуку є забезпечення присутності понятих, спеціалістів, перекладачів, свідків, представників підприємств, установ, організацій незалежно від форм власності тощо. Якщо особа, яка займає певні приміщення, через низку причин може бути відсутня на місці проведення обшуку, запропоновано й обґрунтовано необхідність унормувати обов'язкову участь під час такого обшуку захисника, адвоката чи представника. Крім цього, захисник може заявити відвід понятому, у зв'язку з чим аргументовано процесуальний механізм вирішення такого відводу, що відрізняється від нині чинного; запросити спеціаліста та/або перекладача для участі в проведенні обшуку за власною ініціативою.

7. Проведення обшуку передбачає втручання у сферу особистих прав людини, має складний процесуальний порядок, а його результати використовують у доказуванні лише за умови відповідності вимогам закону. Етапи обшуку в сукупності утворюють комплекс дій та рішень слідчого судді, сторони обвинувачення, захисту й інших учасників.

На підготовчому етапі проведення обшуку найважливішими завданнями адвоката є: 1) оперативне прибуття на місце проведення обшуку; 2) ознайомлення з ухвалою слідчого судді; 3) перевірка компетентності службових та інших присутніх осіб, зокрема понятих.

Максимально можливий час прибуття адвоката на місце проведення обшуку в законі не визначено. Водночас, відповідно до засади розумності строків, навіть вчасне прибуття адвоката ще не гарантує йому допуск до місця проведення обшуку. У таких випадках необхідно зафіксувати можливими засобами, зокрема використовуючи відеозапис, факти перешкоджання адвокату щодо його участі в цій процесуальній дії та використати одержані матеріали для доведення в суді порушення процесуального порядку проведення обшуку й незаконності одержаних результатів. Під час ознайомлення з ухвалою слідчого

судді важливо акцентувати увагу на строку чинності ухвали, наявності в ухвалі точної адреси проведення обшуку або її помилковості, переліку речей і документів, для відшукання яких власне й проводять цю СРД, а також вказівці на їхні родові й індивідуальні ознаки. Перед початком проведення обшуку слід перевірити службові посвідчення правоохоронців на їх відповідність даним ухвали та з'ясувати, чи мають вони повноваження на проведення обшуку; чи відповідають зазначеним у законі вимогам поняті, спеціалісти, перекладачі й інші особи, залучені стороною обвинувачення.

8. Діяльність захисника під час проведення обшуку спрямована на реалізацію двох напрямів: 1) забезпечити дотримання належної правової процедури стороною обвинувачення та іншими особами, залученими до участі в проведенні обшуку; 2) надати кваліфіковану юридичну допомогу особі, за викликом якої адвокат прибув на місце проведення обшуку.

Щодо першого напряму зусилля адвоката спрямовані на проведення обшуку відповідно до вимог КПК України, що унормовують процесуальну діяльність під час обшуку житла чи іншого володіння особи й обшуку особи. У другому випадку реалізація повноважень захисника передбачає надання ним своєчасних консультацій підзахисній особі щодо її дій, які максимально відповідають вимогам закону й інтересам цієї особи.

Для належного врегулювання положень, пов'язаних із проведенням обшуку за клопотанням сторони захисту, запропоновано низку доповнень до частини 2 статті 166, абзацу другого частини 3 статті 234, першого речення частини 1 статті 236, першого речення частини 2 статті 100 КПК України.

9. Під час складання протоколу обшуку захисник засвідчує правильне й об'єктивне відображення в ньому тих дій, які фактично було проведено, не допускає фіксації в протоколі дій, які фактично не проводили або які викривляють його зміст. Якщо ж зауваження ігнорують і не вносять до протоколу, то особа, яку обшукують, та її захисник можуть відмовитися підписувати протокол, а цей факт засвідчують своїми підписами поняті. Під час проведення обшуку захисник може користуватися власними відеозаписувальними засобами від

самого його початку й надалі використовувати отримані матеріали в інтересах клієнта.

З огляду на те, що проведення обшуку житла чи іншого володіння особи має відповідати засадам верховенства права, законності, поваги до людської гідності, забезпечення права на свободу та особисту недоторканність, недоторканності житла чи іншого володіння особи, невтручання в приватне життя, недоторканності права власності й іншим засадам кримінального провадження, розроблено, аргументовано й обґрунтовано низку пропозицій щодо внесення змін і доповнень до чинного КПК України в частині належного нормативного врегулювання питань проведення обшуку житла чи іншого володіння особи та обшуку особи.

# СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Абламський С. Є. Процесуальний статус захисника за КПК України: проблеми регламентації та шляхи їх удосконалення. *ScienceRise. Juridical Science*. 2018. № 1. С. 49–54.

2. Авдеев М. Ю. Право граждан на неприкосновенность частной жизни в зарубежных странах. *Образование и право*. 2010. № 2. С. 258–268.

3. Адвокатське об'єднання «Дефендо». Статус майна, вилученого під час обшуку? URL: https://protocol.ua/ua/status_mayna_viluchenogo_pid_chas_obshuku/.

4. Алексик Т. Обшук: замість посилення гарантій – розширення повноважень правоохоронних органів? *Закон і Бізнес.* 2016. 29 верес. URL: http: // zib.com.ua/ua/125736-obshuk_zamist_posilennya_garantiy-_rozshirennya_povnovazhen.html.

5. Аленін Ю. П. Участь захисника при проведенні слідчих (розшукових) дій: проблемні питання. *Адвокатура: минуле та сучасність* : матеріали V Міжнар. наук. конф. (Одеса, 14 листоп. 2015 р.) / уклад.: І. В. Гловюк, О. В. Малахова, Л. Ю. Чекмарьова. Одеса : Юрид. літ., 2015. С. 5–7.

6. Арабули Д. Т. Теоретические и практические основы регулирования процессуального положения и деятельности адвоката – нового участника уголовного судопроизводства : монография / науч. ред. А. П. Гуськова. СПб ; Челябинск : Полиграф-Мастер, 2006. 136 с.

7. Артеменко І. І. Деякі аспекти залучення законного представника у кримінальних провадженнях щодо неповнолітніх. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2015. Вип. 35. Ч. І. Т. 3. С. 82–85. (Серія «Право»).

8. Ахматов Л. Реорганизация адвокатуры. *Вестник советской юстиции*. 1928. № 1 (107). С. 10–14.

9. Банчук О. А., Дмитрієва І. О., Саідова З. М., Хавронюк М. І. Реалізація нового КПК України у 2013 р. : моніторинг. звіт. Київ : Москаленко О. М., 2013. 40 с.

10. Баришніков А. Г. Обшук особи за новим КПК України: теоретичні та практичні проблеми. *Вісник Національної асоціації адвокатів України*. 2015. № 7-8 (15). С. 35–42.

11. Бєдовой К. Допуск адвоката до участі у проведенні обшуку. URL: http://www. spravedlyvist.com.ua/blogs/11586.

12. Белкин Р. С., Лифшиц Е. М. Тактика следственных действий. М. : Новый Юрист, 1997. 176 с.

13. Береза П. Р., Несімко О. Д. Особливості механізму захисту прав людини у кримінальному провадженні. *Наукове забезпечення захисту прав та свобод громадян України в умовах інтеграції в Європейський простір* : матеріали Міжнар. конф. (Львів, 25 жовтня 2018 р.). Львів, 2018. С. 53–56.

14. Берладин О. Б. Правові аспекти участі адвоката в досудовому провадженні у кримінальному процесі Великобританії. *Вісник Академії адвокатури України.* 2012. № 2 (24). С. 138–144.

15. Бернам У. Правовая система Соединенных Штатов Америки / пер. с англ. ; науч. ред. В. А. Власихин. 3-й вып. М. : Новая юстиция, 2006. 1216 с.

16. Бірюкова А. М. Забезпечення адвокатурою конституційного права обвинуваченого на захист у кримінальному процесі України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Одеса, 2006. 20 с.

17. Большой юридический словарь / под ред. А. Я. Сухарева. М. : ИНФРА-М, 2007. 858 с.

18. Борзих Н. В. Діяльність захисника щодо забезпечення прав і свобод підозрюваного та обвинуваченого в кримінальному процесі України : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09. Дніпропетровськ, 2010. 20 с.

19. Бронз Й. Л. Зміни й доповнення, що пропонується використати під час обговорення проекту Кримінально-процесуального кодексу України. *Адвокат*. 2003. № 3. С. 9–10.

20. Булейко О. Л. Участь понятих у кримінальному процесі : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2009. 16 с.

21. Булейко О. Л. Участь понятих у кримінальному процесі : монографія. Київ : КНТ, 2010. 168 с.

22. Варфоломеева Т. В. Организационные, процессуальные и криминалистические проблемы защиты адвокатом прав подозреваемого, обвиняемого, подсудимого : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09. Киев, 1994. 39 с.

23. Вегера І. В. Проблемні питання участі адвоката при проведенні обшуку. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 7. С. 143–147.

24. Вегера-Іжевська І. В. Забезпечення права на недоторканність житла чи іншого володіння особи в кримінальному провадженні : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09. Харків, 2018. 197 с.

25. Вегера-Іжевська І. В. Суб'єкти забезпечення права на недоторканість житла чи іншого володіння особи в кримінальному провадженні. *Юридичний вісник*. 2017. № 2. С. 238–242.

26. Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. Київ ; Ірпінь : Перун, 2003. 1728 с.

27. *Вестник советской юстиции*. 1929. № 13 (143). С. 386–387.

28. Виборнова Є. І. Реалізація права на захист на стадії досудового слідства : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2009. 19 с.

29. Вышинский А. Я. Курс уголовного процесса. М. : Юрид. изд-во НКЮ РСФСР, 1927. 222 с.

30. Галаган В. І. Проведення слідчих (розшукових) дій: процесуальні та криміналістичні аспекти. *Міжнародний юридичний вісник: актуальні проблеми сучасності (теорія та практика)*. 2017. Вип. 1 (5). С. 73–79.

31. Галаган В. І., Галаган О. І. Реалії і проблеми нового КПК України. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 1. С. 13–18.

32. 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. № 4. С. 155–163.

33. Галаган В. І., Моргун Н. С. Недоторканість права власності як засада кримінального провадження на досудовому розслідуванні : монографія. Київ : [б.в.], 2017. 185 с.

34. Галаган В. І., Удовенко Ж. В. Потреби криміналістичного забезпечення дотримання прав і свобод людини під час проведення процесуальних дій. *Криміналістика і судова експертиза* : міжвідом. наук.-метод. зб. / редкол.: О. В. Рувін (голов. ред.) та ін. Київ, 2017. Вип. 62. С. 3–10.

35. Гинзбург А. Я. Опознание в следственной, оперативно-розыскной и экспертной практике. М. : Углид, 1996. 122 с.

36. Головюк І. В. Питання оцінки наявності безпосереднього переслідування осіб, які підозрюються у вчиненні злочину, при розгляді слідчим суддею клопотань про обшук у порядку ст. 233 КПК. *Теоретико-прикладні проблеми юридичної науки на сучасному етапі реформування кримінальної юстиції* : зб. тез Всеукр. наук.-практ. конф. (Хмельницький, 17 квіт. 2015 р.). Хмельницький, 2015. С. 32–35.

37. Головюк І. В. Проблемні питання забезпечення належної правової процедури обшуку у розрізі новел КПК України. *Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України*. 2018. № 14. С. 141–149.

38. Глушко І., Кольчинська К. Обшук: як захистити свої права та на які нюанси слід звертати увагу. URL: https://zib.com.ua/ua/137023-obshuk_yak_zahistiti_svoi_prava_ta_na_yaki_nyuansi_zvertati_.html.

39. Головань І. В. До питання про поняття адвокатської діяльності. *Адвокат*. 2012. № 1 (136). С. 12–16.

40. Горностай К. Захист, охорона, гарантії прав і свобод людини і громадянина: співвідношення понять. *Держава і право*. 2001. Вип. 12. С. 51–55. (Серія «Юридичні і політичні науки»).

41. ГПУ заборонила слідчим відмовляти адвокатам у праві бути присутніми при обшуках. URL: http://radako.com.ua/news/gpu-zaboronila-slidchim-vidmovlyati-advokatam-u-pravi-buti-prisutnimi-pri-obshukah.

42. Губіна Є. Н. Залучення понятих до участі у проведенні обшуку житла чи іншого володіння особи. URL: http: // www.spilnota.net.ua/ua /article/id-1241/.

43. Дело «Колесниченко против Российской Федерации» (Kolesnichenko v. Russia) от 9 апр. 2009 г. № 19856/04. *Обзор прецедентной практики Европейского Суда по правам человека в области защиты прав предпринимателей.* URL: https://rm.coe.int/16806d8109.

44. Денисюк С. Ф., Шепитько В. Ю. Обыск в системе следственных действий (тактико-криминалистический анализ) : науч.-практ. пособие. Харьков : Консум, 1999. 160 с.

45. Діалог ще можливий завдяки зусиллям адвокатів. URL: http://iadvocate.com.ua/dialog–shhe–mozhlyvyj–zavdyaky–zusyllyam–advokativ.

46. Дроздова О. Обшук очима адвоката: типові порушення правоохоронців та прогалини законодавства, які варто усунути. URL: https://dpartners.com.ua/obshuk-ochima-advokata-tipovi-porushennya-pravoohorontsiv-ta-progalini-zakonodavstva-yaki-varto-usunuti/.

47. Дубинський А. Я. Вибрані праці / [упор.: Л. Д. Удалова, О. І. Галаган, Д. П. Письменний та ін.]. Київ : Центр учб. літ., 2014. 430 с.

48. Дубівка І. В. Діяльність адвоката в стадії досудового розслідування : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2017. 233 с.

49. Дубровский М. К вопросу о советской адвокатуре. *Социалистическая законность*. 1937. № 1. С. 56–58.

50. Дульський О. Л. Забезпечення сторонами кримінального провадження присутності під час проведення обшуку обов’язкових і факультативних учасників. *Роль юридичної науки в забезпеченні правоохоронної діяльності* : матеріали підсумк. наук.-практ. конф. (Київ, 25 квіт. 2019 р.). Київ, 2019. С. 130–132.

51. 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.

52. Дульський О. Л. Кримінально-правові та кримінально-процесуальні проблеми здійснення адвокатської діяльності. Адвокатура: минуле, сучасність та майбутнє : матеріали VIII Міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 17 листоп. 2018 р.) / редкол.: Н. М. Бакаянова (голова) та ін. Одеса, 2018. С. 668–670.

53. Дульський О. Л. Наслідки впровадження судової реформи для окремих представників юридичних професій. Реформування цивільного процесуального права в умовах інтеграційних процесів в Україні : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф. ім. Ю. С. Червоного (Одеса, 16 листоп. 2018 р.) / за заг. ред. Н. Ю. Голубєвої. Одеса, 2018. С. 63–66.

54. 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. № 11. С. 156-164.

55. Дульський О. Л. Ситуації щодо участі адвоката під час проведення обшуку. *Правові реформи в Україні: реалії сьогодення* : матеріали міжвузів. наук.-практ. конф. (Київ, 28 листоп. 2018 р.). Київ, 2018. С. 56–57.

56. Дульський О. Урегулювання проведення обшуку й участі в ньому захисника за законодавством України та інших країн: порівняльно-правові аспекти. *Visegrad Journal on Human Rights.* 2019. № 4. Vol. 1. P. 38–46.

57. Дульський О. Л. Участь захисника у проведенні обшуку під час розслідування зґвалтування. *Імплементація у законодавство України положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству щодо жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами* : зб. тез круглого столу (Київ, 1 лют. 2019 р.). Київ, 2019. С. 13–16. URL: https://drive.google.com/file/d/ 1XCKq5m_vl8JDlQ xJyrSQ qv3t5QXax6UQ/view.

58. Жмур Ю. М. Кримінально-правовий захист недоторканності житла в Україні : автореф. дис ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Запоріжжя, 2012. 20 с.

59. Забезпечення прав, свобод і законних інтересів особи на стадії досудового розслідування: монографія / В. Г. Дрозд, А. В. Пономаренко, С. Є. Абламський та ін.; Держ. наук.-досл. ін-т ; Харків. нац. ун-т внутр. справ. Херсон : Видавничий дім «Гельветика», 2019. 498 с.

60. Заборовський В. В. Правовий статус адвоката особи, в приміщенні якої проводиться обшук. *Právna veda a prax: výzvy moderných eurypskych integračných procesov* : zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie (Bratislava (Slovak Republic), 27–28 nov. 2015). Bratislava, 2015. P. 58–61.

61. Заборовський В. В., Бисага Ю. М., Булеца С. Б. Правовий статус адвоката: проблеми теорії та практики : монографія. Ужгород : Гельветика, 2019. 650 с.

62. Загальна декларація прав людини: прийнята і проголошена Резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10 груд. 1948 р. *Офіційний вісник України.* 2008. № 93. Ст. 3103.

63. Замечание общего порядка № 16 к статье 17 Международного пакта о гражданских и политических правах о праве на частную жизнь. *Apply Human Rights.* URL: http://www.applyhumanrights.com/ru/kb/general/160-special-subjects/378-right-to-privacy.

64. Звіт щодо оцінки впровадження Кримінального процесуального кодексу України (квітень 2015 р.) / пер. з англ. Страсбург, 2015. 71 с. URL: https://rm.coe.int/168044f56b.

65. Зейкан Я., Яновська О. Кримінальний процес: основні аспекти адвокатської діяльності : посіб. викладача. Київ : 7КО, 2010. 235 с.

66. Зейкан Я. П., Сафулько С. Ф. Настільна книга адвоката у кримінальній справі (КПК 2012). Київ : Дакор, 2013. 576 с.

67. Землянский П. Т. Уголовно-процессуальное законодательство в первые годы Советской власти (на материалах УССР). Киев : МВД УССР, 1972. 307 с.

68. Иванов А. Н. Особенности обыска с участием защитника обвиняемого. *Адвокатская деятельность* : материалы рос.-американ. семинара. Саратов : СГАП, 1997. С. 24–26.

69. Иванов А. Н., Комиссаров В. И. Тактика обыска. Состояние и перспективы развития. *Юридические записки: Расследование преступлений: Вопросы теории и практики*. 1997. Вып. 7. С. 87–93.

70. Ізовітова розкритикувала зміни до КПК щодо слідчих дій. *Закон і Бізнес.* 2016. 28 лип. URL: http ://zib.com.ua/ua/124994-izovitova_rozkritikuvala_zmini_do_kriminalnogo_procesualnogo.Html.

71. Ілієнко І. С. Як відрізнити законний обшук у житлі від незаконного проникнення до нього? Яким чином має поводити себе особа, в житлі якої проводиться обшук. *Правозахисник року*. 2011. URL: http: // pravozahysnyk - roku.org.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=243% 3Aobshuk&catid=5%3Apravoviporady&Itemid=2.

72. Інструкція про організацію губернських колегій захисників при губрайнарсудах: від 14 листоп. 1922 р. *Бюлетень НКЮ УРСР*. 1922. № 15. С. 121–123.

73. Іскендеров Е. Ф. Оперативні підрозділи у системі суб'єктів кримінального процесуального доказування. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2017. Вип. 43. Т. 2. С. 174–177.

74. Історія адвокатури України / За ред. Т. В. Варфоломеєвої, О. Д. Святоцького. Київ : Либідь, 1992. 145 с.

75. История Советского государства и права : в 3 кн. / отв. ред. А. П. Косицын. М. : Наука, 1968.

76. Казинян Г. С., Соловьев А. Б. Проблемы эффективности следственных действий. Ереван : Ереван. ун-т, 1987. 216 с.

77. Капліна О. В. Правові стандарти Європейського суду з прав людини та їх вплив на тлумачення та застосування норм вітчизняного кримінально-процесуального законодавства. *Засади кримінального судочинства та їх реалізація в законотворчій і правозастосовній діяльності* : матеріали наук.-практ. конф. (Київ, 3 квіт. 2009 р.). Київ, 2009. С. 140–141.

78. Каткова Т. Г. Порівняльно-правовий аналіз законодавства про адвокатуру України та КНР. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2013. № 4 (63). С. 22–28.

79. 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.

80. Комарницька О. Б. Окремі питання здійснення обшуку стороною обвинувачення. *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. 2016. № 4. С. 118–129.

81. Комарова М. В. Гарантії забезпечення прав учасників кримінального провадження. *Верховенство права у процесі державотворення та захисту прав людини в Україні* : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 10–11 лют. 2017 р.). Одеса, 2017. С. 84–87.

82. Комарова М. В. Історичний розвиток інституту обшуку в кримінальному процесі. *Legea si Viata в Украине* (Республика Молдова). 2015. № 11/3 (287). С. 58–61.

83. Комарова М. В. Правові та організаційні засади обшуку у кримінальному провадженні : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2019. 237 с.

84. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : міжнар. док. від 4 листоп. 1950 р. URL: http://zakon4rada.gov.ua/laws/show/995_004.

85. Кони А. Ф. Уставъ уголовного судопроизводства. Систематический комментарий А. Ф. Кони, В. К. Случевского [и др.]; [подъ общей ред. М. Н. Гернета]. М. : Изд-во М. М. Зива, т-во тип. А. И. Мамонтова, 1914. Вып. III. 944 с.

86. Коновалова В. Е., Шепитько В. Ю. Обыск: тактика и психология : учеб. пособие. Харьков : Гриф, 1997. 124 с.

87. Конституція (Основний Закон) Української Радянської Соціалістичної Республіки : Закон УРСР від 20 квіт. 1978 р. № 888-IX. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1978. № 18. С. 268.

88. Конституция Соединенных Штатов Америки (1787 г.). *Соединенные Штаты Америки. Конституция и законодательные акты* / под ред. О. А. Жидкова. М. : Прогресс, 1993. С. 29–49. URL: http://www.hist.msu.ru/ER/Etext/cnstUS.htm.

89. Конституция Французской Республики : от 4 окт. 1958 г. *Конституции государств Европы* : в 3 т. М. : Норма, 2001. Т. 3. С. 411–430.

90. Корчева Т. В. Проблеми діяльності захисника у досудовому провадженні і в суді першої інстанції : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09. Харків, 2006. 21 с.

91. Корчева Т. В. Проблеми діяльності захисника у досудовому провадженні та в суді першої інстанції : монографія. Харків : Вапнярчук Н. М., 2007. 200 с.

92. Косьмін О. В. Правові підстави проведення окремих слідчих дій, пов'язаних із проникненням до житла чи іншого володіння особи: проблемні питання. *Досудове розслідування: актуальні проблеми та шляхи їх вирішення* : матеріали постійно діюч. наук.-практ. семінару (Харків, 27 листоп. 2015 р.). Харків, 2015. Вип. 7. С. 61–64.

93. Котова А. А., Азаров Ю. І., Шкелебей В. А. Інститут понятих у кримінальному провадженні України : монографія. Київ : Дакор, 2014. 196 с.

94. Кравченко С., Бабанли Р. Недоторканність житла: гарантії та винятки: дозвіл на обшук не може бути даний, якщо клопотання не відповідає всім установленим у КПК вимогам. *Закон і Бізнес.* 2014. 5–12 груд. URL: http://zib.com.ua/ua/print/111980-vss_uzagalniv_praktiku_rozglyadu klopotan_pro_dozvil_na_obsh.html.

95. Кравченко С., Бабанли Р. Недоторканність житла: гарантії й винятки: особливості санкціонування обшуків, проведених у невідкладних випадках, а також обшуків приміщень нардепів, суддів чи адвокатів. *Закон і Бізнес.* 2015. 27 груд. – 7 січ. (№ 52). URL: http://zib.com.ua/ua/print/113627-yak_provoditsya_obshuk_ofisiv_nardepiv_suddiv_chi_advokativ.html.

96. Криминалистика / под ред. И. Ф. Герасимова, Л. Я. Драпкина. М : Высш. шк., 1994. 534 с.

97. Криміналістика. Академічний курс : підручник / [Т. В. Варфоломеєва, В. Г. Гончаренко, В. І. Бояров та ін.]. Київ : Юрінком Інтер, 2011. 504 с.

98. Криміналістика : підручник / [В. В. Пясковський, Ю. М. Чорноус, А. В. Іщенко, О. О. Алєксєєв та ін.]. Київ : Центр учб. літ., 2015. 704 с.

99. Криміналістика : підручник / В. Д. Берназ, В. В. Бірюков, А. Ф. Волобуєв ; за заг. ред. А. Ф. Волобуєва. Харків : ХНУВС, 2011. 666 с.

100. Кримінальний процес : підручник / за заг. ред. В. В. Коваленка, Л. Д. Удалової, Д. П. Письменного. Київ : Центр учб. літ., 2013. 544 с.

101. Кримінальний процес : підручник / [Ю. М. Грошевий, В. Я. Тацій, А. Р. Туманянц та ін.] ; за ред. В. Я. Тація, Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної, О. Г. Шило. Харків : Право, 2013. 824 с.

102. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квіт. 2012 р. № 4651-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17.

103. Кримінальний процесуальний кодекс України : наук.-практ. коментар / відп. ред.: С. В. Ківалов, С. М. Міщенко, В. Ю. Захарченко. Харків : Одіссей, 2013. 1104 с.

104. Кримінальний процесуальний кодекс України : наук.-практ. коментар / [О. М. Бандурка, Є. М. Блажівський, Є. П. Бурдоль та ін.] ; за заг. ред. В. Я. Тація. Харків : Право, 2012. Т. 1. 768 с.

105. Кримінально-процесуальний кодекс УРСР. Київ : Держ. вид-во політ. літ. УРСР, 1961. 201 с.

106. Кузьмічов В. С., Прокопенко Г. І. Криміналістика : навч. посіб. / за заг. ред. В. Г. Гончаренка, Є. М. Моісеєва. Київ : Юрінком Інтер, 2001. 368 с.

107. Кулик М. Й. Особливості проведення обшуку (при розслідуванні привласнення, розтрати майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем. *Митна справа*. 2015. № 2 (98). С. 183–188.

108. Кучевський П. В. Діяльність адвоката у кримінальному процесі : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2010. 21 с.

109. Лань О. Ю. Захисник як суб’єкт доказування у досудовому розслідуванні кримінальних проваджень щодо неповнолітніх : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ. 2016. 20 с.

110. Леви А. А., Михайлов А. И. Обыск : справочник следователя. М. : Юрид. лит., 1983. 234 с.

111. Літвінова І. Ф. Гарантії недоторканності житла чи іншого володіння особи у кримінальному процесі України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2010. 229 с.

112. Літвінова І. Ф. Забезпечення недоторканності житла чи іншого володіння особи в кримінальному процесі України : монографія. Київ : Ліпкан О. С., 2012. 230 с.

113. Лук’янчиков Є. Розвиток інституту понятих у чинному КПК України. *Право України*. 2013. № 11. С. 137–144.

114. МакБрайд Д. Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес. Київ : К.І.С., 2010. 576 с. URL: http://nsj.gov.ua/files/ documents/ ECHR%20and%20Criminal%20procedure%20Mc%20Bride%20ukr.pdf.

115. Малахова О. В. Реалізація інституту сприяння захисту у кримінально-процесуальному доказуванні : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09. Одеса, 2015. 20 с.

116. Маляренко В. Т. Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2005. 511 с.

117. Маляренко В. Т., Вернидубов І. В. Про інститут понятих у кримінальному процесі України. *Вісник Верховного Суду України*. 2001. № 3. С. 22–27.

118. Манівлець Е. Є. Реалізація конституційних прав та свобод громадян при проведенні невідкладних слідчих дій : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Харків, 2005. 16 с.

119. Мартовицька О. В. Процесуальний статус захисника на стадії досудового розслідування. *Сучасні тенденції розвитку криміналістики та*

*кримінального процесу* : тези доп. Міжнар. наук.-практ. конф. до 100-річчя від дня народж. проф. М. В. Салтевського (Харків, 8 листоп. 2017 р.). Харків, 2017. С. 294–296.

120. Мархевка О. В. Підстави та умови залучення перекладача до участі в кримінальному провадженні. *Митна справа*. 2014. № 2 (92). Ч. 2. Кн. 2. С. 259–277.

121. Махов В. Н., Пешков М. А. Уголовный процесс США: (досудебные стадии) : учеб. пособие. М. : Бизнес-школа «Интел-Синтез», 1998. 208 с.

122. Меишвили З. Путеводитель по новому уголовно-процессуальному кодексу Грузии. Тбилиси : Сезан. 2010. 89 с.

123. Мельникова Э. Б. Ювенальная юстиция. Проблемы уголовного права, уголовного процесса и криминологии. М. : Дело, 2001. 272 с.

124. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права : прийнятий 16 груд. 1966 р. Генеральною Асамблеєю ООН. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/ 995_043.

125. Молдован В. В., Молдован А. В. Порівняльне кримінально-процесуальне право: Україна, ФРН, Франція, Англія, США : навч. посіб. Київ : Юрінком Інтер, 1999. 400 с.

126. Моргун Н. С. Сравнительный анализ оснований проведения обыска и соблюдения принципа неприкосновенности права собственности по УПК Украины и Кыргызской Республики. *Право и политика*. 2014. № 2/1. С. 95–99.

127. Мороз І. Роль і статус адвоката в кримінальному процесі. *Юридичний вісник України*. 2011. № 50. С. 13–15.

128. Морозов Є. ЄСПЛ: Обшук не у сторони та/або учасника кримінального провадження. URL: https://protocol.ua/ua/ espl_obshuk_ne_u_storoni_ta_abo_uchasnika_kriminalnogo_provadgennya/.

129. Москалькова Т. Н. Уважение чести и достоинства личности как принцип советского уголовного процесса : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. М., 1988. 16 с.

130. Назаренко П. Г. Принцип недоторканості житла та іншого володіння особи: загальнотеоретичний аналіз. *Науковий вісник Ужгородського національного університету.* 2016. № 38 (Т. 2). С. 122–125. (Серія «Право»).

131. Нечваль А. О. Окремі питання кримінальної процесуальної регламентації проведення обшуку за законодавством США та країн Європейського Союзу. URL: http://elar.naiau.kiev.ua/bitstream/ 123456789/3877/1/11_p184-188.pdf.

132. Нечваль А. О. Тактика обшуку у житлі та іншому володінні особи : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2020. 219 с.

133. Нимитц против Германии (Niemietz v. Germany) : Постановление Европейского Суда по правам человека от 16 дек. 1992 года (жалоба № 13710/88). URL: http://europeancourt.ru/resheniya–evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/nimitc-protiv-germanii-postanovlenie-evropejskogo-suda.

134. Новий тлумачний словник української мови : у 3 т. / уклад.: В. Яременко, О. Сліпушко. 2-ге вид., випр. Київ : Аконіт. 2006. Т. 3. 862 с.

135. О порядке ведения дел о подготовке или совершении террористических актов : Постановление Президиума ЦИК СССР от 1 дек. 1934 г. *СЗ СССР*. 1935. № 64. Ст. 459.

136. О реорганизации коллегий защитников : Постановление коллегии Наркомата юстиции УССР от 12 сент. 1928 г. *Вестник советской юстиции*. 1928. № 20 (126). С. 609.

137. Обрізан Н. Роль захисника в збиранні доказів у кримінальному процесі України та зарубіжних країн: порівняльний аналіз. *Право України*. 2005. № 7. С. 100–104.

138. Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка : 72 500 слов и 7500 фразеологических выражений. М. : АЗЪ, 1995. 928 с.

139. Основні порушення під час обшуку: зауваження адвоката як додаток до протоколу. URL: https://protocol.ua/ua/osnovni_porushennya_pid_chas_obshuku/.

140. Основной закон Федеративной Республики Германии от 23 мая 1949 г. *100(0) ключевых документов по германской истории в 20 веке*. URL:

http://www.1000dokumente.de/?c=dokument_de&dokument=0014_gru&object=
transla tion&l=ru.

141. Основы законодательства о судоустройстве Союза ССР, союзных и автономных республик. *Ведомости Верховного Совета СССР*. 1959. № 1. Ст. 12.

142. Основы законодательства Союза ССР и союзных республик о судоустройстве. *Ведомости съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР*. 1989. № 23. Ст. 441.

143. Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик. *Ведомости Верховного Совета СССР*. 1959. № 1. Ст. 6.

144. Основы уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик. *Ведомости Верховного Совета СССР*. 1959. № 1. Ст. 15.

145. Островська М. Допуск адвоката до участі в проведенні обшуку. *Legalans*. 2016. URL: http://legalans.com/articles/publications/6783-dopusk-advokata-do-uchast-v-provedenn-obshuku.html.

146. Островська М. Практика ЄСПЛ в контексті обшуків у адвокатів. URL: http://unba.org.ua/publications/1730-praktika-espl-v-konteksti-obshukiv-u-advokativ.html.

147. Падох Я. Ґрунтовий процес Гетьманщини : монографія. Львів, 1938. 195 с.

148. Петрухин И. Л. Личная жизнь: пределы вмешательства. М. : Юрид. лит., 1989. 192 с.

149. Пінч К. Обшук у адвоката: як захистити гарантії професійної діяльності. URL: http://loyer.com.ua /uk /9451-2/.

150. Погорецький М. Обшук особи у кримінальних провадженнях щодо прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою. *Право України*. 2017. № 12. С. 62–73.

151. Погорецький М. А., Погорецький М. М. Гарантії адвокатської таємниці у рішеннях Європейського Суду з прав людини та їх імплементаційний вплив на кримінальне процесуальне законодавство України і правозастосовну практику. *Вісник кримінального судочинства.* 2016. № 2. С. 77–87.

152. Положение об адвокатуре СССР от 16 авг. 1939 г. *СП СССР*. 1939. № 49. Ст. 394.

153. Положення про адвокатуру від 1 жовт. 1980 р. *Друга сесія Верховної Ради Української РСР 10 скликання*. Київ, 1981. С. 140–142.

154. Положення про адвокатуру Української РСР від 2 жовт. 1922 р. *СУ УССР*. 1922. № 43. Ст. 630.

155. Положення про колективні форми роботи колегій захисників від 20 жовт. 1929 р. *Бюлетень НКЮ УРСР*. 1929. № 10. Ст. 61.

156. Положення про консультації для надання юридичної допомоги населенню, що організовуються колегіями захисників від 27 груд. 1922 р. *Бюлетень НКЮ УРСР*. 1924. № 45.

157. Положення про революційні трибунали від 23 лют. 1918 р. *Хронологічне зібрання законів, указів Президії Верховної Ради, постанов і розпоряджень Уряду Української РСР (1917–1941 рр.)*. Київ, 1963. Т. 1. 771 с.

158. Положення про судоустрій від 11 верес. 1929 р. *ЗЗ УРСР*. 1929. № 26. Ст. 203.

159. Попелюшко В. О. Функція захисту в кримінальному судочинстві України: правові, теоретичні та прикладні проблеми : дис. … д-ра юрид. наук : 12.00.09. Острог, 2009. 502 с.

160. Постанова Верховного Суду України від 24 берез. 2016 р. № 5-299кс15. *Верховний Суд України* : [сайт]. URL: http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/306488827C10E188C2257FB100218CC3.

161. Постанова Касаційного кримінального суду Верховного Суду від 29 січня 2019 року № 466/896/17 по касаційній скарзі захисника Старцуна М. І. на вирок Шевченківського районного суду міста Львова від 5 лют. 2018 р. та ухвалу Апеляційного суду Львівської області від 15 трав. 2018 р. у кримінальному провадженні, внесеному до Єдиного реєстру досудових розслідувань за № 12016140050003185. URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/79601140.

162. Постановление Европейского суда по правам человека (вынесено V секцией) от 24 июля 2008 г. «Андре и другой против Франции» (Andre and other v. France) № 18603/03. URL: http://zakonbase.ru/content/base/133644/.

163. Постановление Европейского Суда по правам человека (первая секция) в деле «Смирнов (Smirnov) против Российской Федерации» (жалоба № 71362/01). Страсбург, 7 июня 2007 г. URL: http://www.echr.ru/documents/doc/2467583/2467583-001.htm.

164. Про адвокатуру : Закон України від 19 груд. 1992 р. № 2887-XII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2887-12.

165. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 5 лип. 2012 р. № 5076-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17.

166. Про безоплатну правову допомогу : Закон України від 2 черв. 2011 р. № 3460-VI. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17.

167. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23 лют. 2006 р. № 3477-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15.

168. Про введення народного суду : Постанова Народного секретаріату від 4 січ. 1918 р. *Хронологічне зібрання законів, указів Президії Верховної Ради, постанов і розпоряджень Уряду Української РСР (1917–1941 рр.)*. Київ, 1963. Т. 1. С. 68–69.

169. Про внесення змін і доповнень до Кримінально-процесуального кодексу Української РСР : Указ Президії Верховної Ради УРСР від 30 серп. 1972 р. № 986-VIII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1972. № 36. Ст. 314.

170. Про затвердження Кримінального кодексу Української РСР. *Відомості Верховної Ради УРСР.* 1961. № 2. Ст. 14.

171. Про затвердження Кримінально-процесуального кодексу Української РСР. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1961. № 2. Ст. 15.

172. Про міжнародні договори України : Закон України від 29 черв. 2004 р. № 1906-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1906-15.

173. Про Національну поліцію : Закон України від 2 лип. 2015 р. № 580-VIII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19.

174. Про прокуратуру : Закон України від 14 жовт. 2014 р. № 1697-VII. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18.

175. Про трудову повинність спеціалістів по судовій частині : Декрет Раднаркому України від 16 квіт. 1919 р. *СУ УССР*. 1919. № 36. Ст. 436.

176. Реалізація недоторканності права власності під час досудового розслідування : навч. посіб. / В. І. Галаган, Н. С. Моргун, М. Й. Кулик, Ю. В. Терещенко. Київ : УкрДГРІ, 2016. 141 с.

177. Рибачковський К. Обшук за новими правилами: тактика самозахисту. URL: https://blog.liga.net/user/kryibachkovskiy/article/30486.

178. Рибікова Г. В., Грекова Л. Ю. Деякі проблеми правового регулювання обшуку в Україні. *Юридичний вісник.* 2016. № 2 (39). С. 184–194.

179. Римарчук О. В. Оперативні підрозділи: реалії нового кримінального процесуального законодавства України. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 2. С. 257–260.

180. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Бук проти Німеччини» (заява № 41604/98) [Case of Buck v. Germany] від 28 квіт. 2005 р. *Вісник Верховного Суду України.* 2008. № 8. URL: http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/81b1cba59140111fc2256bf7004f9cd3/3b61febc6ff9a28ec22574f600543.

181. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Візгірда проти Словенії» від 28 серп. 2018 р. у справі № 59868/08. URL: https://www.echr.com.ua/wp-content/uploads/2018/12/rishennia-u-spravi-vizgirda-proty-slovenii.pdf.

182. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Візер и компания Бикос Бетейлигунген ГМБХ против Австрии» от 16 жовт. 2007 р. № 74336/01. URL: https://www.referent.ru/7/124611.

183. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Володимир Поліщук та Світлана Поліщук проти України» (заява № 12451/04) [Case of

Vladimir Polishchuk and Svetlana Polishchuk v. Ukraine] від 30 верес. 2010 р. *Офіційний вісник України.* 2012. № 90. Ст. 3666.

184. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Волоха проти України» (заява № 31939/06) [Case of Volokhy v. Ukraine] від 2 листоп. 2006 р. *Офіційний вісник України*. 2007. № 23. Ст. 958.

185. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Камензінд проти Швейцарії» (Camenzind v. Switzerland) (п. 45, Reports of Judgments and Decisions 1997-VIII) від 16 груд. 1997 р. URL: http://rudocs.exdat.Com/ docs/index386794.html.

186. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Ратушна проти України» (заява № 17318/06). URL: http: //rudocs.exdat.com/docs/index386794.html.

187. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Ромен і Шміт проти Люксембургу» (Roemen and Schmit v. Luxembourg) (заява № 51772/99). URL: https://cedem.org.ua/library/sprava-romen-i-shmit-proty-lyuksemburgu/.

188. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Яллох проти Німеччини» від 10 трав. 2006 р. URL: http://rudocs.exdat.com/docs/ index386794.html.

189. Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2009 р. № 23-рп/2009 у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу). *Офіційний вісник України.* 2009. № 79. Ст. 2694.

190. Розэ Г. Введение в немецкое уголовно-процессуальное право : учеб. пособие. Красноярск [б.и.], 2001. 381 с.

191. Рожнова В. В. Участь захисника (адвоката) в проведенні обшуку. URL: http://elar.naiau.kiev.ua/bitstream/123456789/3666/.pdf.

192. Рыжаков А. П. Следственные действия и иные способы собирания доказательств : учеб. пособие. М. : Филинъ, 1997. 336 с.

193. Рудь О. А. Процесуальні гарантії права особи на недоторканність житла під час проведення слідчих дій. *Проблеми забезпечення конституційних*

*прав громадян в кримінальному судочинстві* : матеріали наук.-практ. конф. (Львів, 26 жовт. 2007 р.). Львів, 2008. С. 192–194.

194. Салтевський М. В. Криміналістика (у сучасному викладі) : підручник. Київ : Кондор, 2006. 588 с.

195. Сас Ю. В. Обов'язкова участь адвоката при проведенні обшуку, його аудіо- та відеофіксація: актуальні проблеми та шляхи вирішення. *Інтернаука.* 2018. № 8 (2). С. 41–44. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/mnj_2018_8%282%29__12.

196. Святоцький О. Д., Михеєнко М. М. Адвокатура України : навч. посіб. Київ : Ін Юре, 1997. 224 с.

197. Селіванов В. Методологічні проблеми запровадження конституційних принципів «верховенство права» і «верховенство закону». *Право України*. 1997. № 6. С. 8–10.

198. Сідельніков А. В. Використання спеціальних знань адвокатом-захисником в умовах змагальності сторін. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету.* 2018. № 31. С. 141–144. (Серія «Юриспруденція»).

199. Скрябін О. М. Захисник в кримінальному процесі: нормативно-правове дослідження : автореф. дис. … д-ра юрид. наук : 12.00.09. Запоріжжя, 2017. 36 с.

200. Смирнов Є. В. Участь захисника в реалізації процесуальних прав підозрюваного (обвинуваченого) у кримінальному провадженні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Запоріжжя, 2016. 247 с.

201. Смирнов против России (Smirnov v. Russia) : Постановление Европейского суда по правам человека от 7 июня 2007 г. (жалоба № 71362/01). URL: http://europeancourt.ru/resheniya–evropejskogo–suda–na–russkom-yazyke/smirnov-protiv-rossii-postanovlenie–evropejskogo-suda/.

202. Советское государство и право в период строительства социализма (1921–1935 гг.) : в 3 кн. / отв. ред.: Е.А. Скрипилев ; редкол.: С. С. Иванов, В. М. Курицын, Р. О. Халфина, О. И. Чистяков. М. : Наука, 1968. Кн. 2. 622 с.

203. Сорока С. О. Щодо забезпечення прав і свобод людини під час проведення обшуку. *Вісник Національного університету «Львівська*

*політехніка».* 2014. № 810. С. 213–219. (Серія «Юридичні науки»). URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vnulpurn_2014_810_37.

204. Старенький О. С. Кримінальні процесуальні гарантії захисника як суб'єкта доказування у досудовому розслідуванні : автореф. … дис. канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2016. 20 с.

205. Статут Великого княжества Литовского 1588 г. Тексты. Справочник. Комментарии. Минск : Бел-СЭ, 1989. 573 с.

206. Статут про державний устрій, права і вільності Української Народної Республіки (Конституція УНР) : ухвалений 29 квіт. 1918 р. Українською Центральною Радою. *Конституції і конституційні акти України: історія і сучасність* / відп. ред. Ю. С. Шемшученко. Київ : Ін-т держави і права НАН України, 2001. 400 с. С. 49–61.

207. Столітній А. В. Обшук та огляд: сучасні реалії, європейський досвід. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. 2015. № 16. Т. 2. С. 96–99. (Серія «Юриспруденція»).

208. Татаров О. Ю., Чернявський С. С. Участь захисника у кримінальному провадженні: проблеми правового врегулювання. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. № 2. С. 77–84.

209. Теорія держави і права : підручник / за ред. О. В. Петришина. Харків : Право, 2015. 368 с.

210. Тертишник В. М. Кримінальний процес України. Особлива частина : підручник. Київ : Алерта, 2014. 420 с.

211. Тертишник В. М. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України. Вид. 13-те, доповн. і переробл. Київ : Правова єдність, 2017. 824 с.

212. Тимчасове положення про народні суди і революційні трибунали УСРР від 14 лют. 1919 р. *СУ УССР*. 1919. № 11. Ст. 141.

213. Титов А. М. Основні принципи та особливості участі захисника на досудовому слідстві : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09. Харків, 2005. 232 с.

214. Титова Н. В. Щодо участі адвоката свідка під час проведення обшуку. *Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского.* 2013. Т. 26 (65). № 2-1 (Ч. 2). С. 369–376. (Серия «Юридические науки»).

215. Топчій В., Карпенко Н. Проблемні питання проведення огляду та обшуку житла чи іншого володіння особи. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2014. № 4. С. 90–104.

216. Туманянц А. Р. Слідчий суддя як суб'єкт реалізації судових функцій у досудовому провадженні. *Форум права.* 2011. № 2. С. 896–901.

217. Уголовно-процессуальный закон Латвии. URL: http://www.pravo.lv/likumi/29 upz.html.

218. Уголовно-процессуальный кодекс Грузии. URL: http://pravo.org.ua/files/Criminal20justice/_- 09_10_2009. pdf.

219. Уголовно-процессуальный кодекс Кыргызской Республики. URL: http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111530.

220. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь. URL: https://etalonline.by/document/?regnum=HK9900295.

221. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575852.

222. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова. URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30397729#pos=1;-263.

223. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации. URL: http://www.interlaw.ru/law/docs /12025178/.

224. Уголовно-процессуальный кодекс УССР от 13 сент. 1922 г. Изд. офиц.. Харьков : Изд. Наркомюста УССР, 1922. 60 с.

225. Уголовно-процессуальный кодекс УССР. Харьков : Изд. Наркомюста УССР, 1928. 372 с.

226. Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германия. URL: http://pravo.org.ua/files/_%281%29.pdf.

227. Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германии : рабочий перевод Немецкого Фонда международного правового сотрудничества и Организации безопасности и сотрудничества в Европе. URL: https://pravo.org.ua/files/_(1).pdf.

228. Удалова Л. Д., Білоус О. В. Засада недоторканості житла чи іншого володіння особи у досудовому кримінальному провадженні : монографія. Київ : КНТ, 2015. 180 с.

229. Удовенко Ж. В. Криміналістика : консп. лекцій / за заг. ред. В. І. Галагана. Київ : Центр учб. літ., 2016. 320 с.

230. Узагальнення судової практики розгляду клопотань про надання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, здійснене в 2014 році Вищим спеціалізованим судом з розгляду цивільних і кримінальних справ. URL: http://zib.com.ua/ua/111980-vss uzagalniv praktiku rozglyadu klopotan pro dozvil na obsh. htm.

231. Узагальнення судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про надання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи : витяг. *Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ :* [сайт]. URL: http://sc.gov.ua/ua/uzagalnennja_sudovoji_ praktiki.html.

232. Фаринник В. І. Які хитрощі можуть застосовуватися стороною обвинувачення для обмеження прав громадян, у котрих проводиться обшук? *Закон і Бізнес*. 2015. № 3 (1197). URL: http://zib.com.ua/ua/print/113888-scho_potribno_znati_gromadyanam_pro_poryadok_provedennya_obs.html.

233. Фастовець В. Інститут понятих. Архаїчне явище чи процесуальна гарантія захисту прав учасників кримінального судочинства? *Вісник прокуратури*. 2012. № 3. С. 74–81.

234. Федосова О. В. Щодо участі законного представника неповнолітнього підозрюваного у кримінальних провадженнях. *Проблеми кримінального процесуального законодавства та шляхи їх розв'язання*: зб. матеріалів Всеукр.

наук.-практ. конф. (Харків, 23 листоп. 2016 р.) : у 2 ч. Харків, 2016. Ч. 1. С. 46–49.

235. Хлынцов М. Н. Процессуальные и тактические вопросы взаимодействия следователя и адвоката в процессе расследования преступлений. *Теория и практика криминалистики и судебной экспертизы*. 1994. Вып. 9. С. 7–10.

236. Хоматов Ю. В. Развитие состязательного начала и деятельности адвоката-защитника в уголовном судопроизводстве Украины : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09. Харьков, 1994. 231 с.

237. Хрестоматия по всеобщей истории государства и права / сост. В. Н. Садиков ; под ред. З. М. Черниловский. М. : Гардарика, 1996. 354 с.

238. Чайка Р. А. Участь захисника на досудовому слідстві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Харків, 2008. 19 с.

239. Чуб А.В. Тимчасовий доступ до речей та документів як захід забезпечення кримінального провадження : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2017. 221 с.

240. Чубатий М. До історії адвокатури на Україні. *Ювілейний альманах Союзу українських адвокатів у Львові.* Львів : СУА, 1934. С. 30–37.

241. Шарун В. В. Организационно-тактические особенности производства отдельных следственных действий с участием понятых : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09. Калининград, 2007. 214 с.

242. Швидкова О. В. Обшук як спосіб збирання доказів. *Часопис Національного університету «Острозька академія»*. 2014. № 2 (10). (Серія «Право»). URL: http://lj.oa.edu.ua/articles/2014/n2/14sovszd.pdf.

243. Шевчишен А. В. Особливості проведення окремих слідчих (розшукових) дій під час спеціального досудового розслідування. *Європейські перспективи.* 2017. № 1. С. 106–115.

244. Шейфер С. А. Следственные действия. Система и процессуальная форма. М. : Юрлитинформ, 2001. 208 с.

245. Шнягін О. Г. Реалізація функції захисту в кримінальному процесі України : автореф. дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2010. 20 с.

246. Щодо недопущення порушень прав суб'єктів господарювання : лист Генерального прокурора України від 5 жовт. 2017 р. № 01/1/3/1-1180вн-17. URL: http://document.ua/shodo-nedopushennja-porushen-prav-subektiv-gospodaryuvannja-doc323525.html.

247. Юридична енциклопедія : в 6 т. / [голова редкол. Ю. С. Шемшученко]. Київ : Укр. енцикл., 1998–2004. Т. 5. 2003. 736 с.

248. Юридична енциклопедія : в 6 т. / [голова редкол. Ю. С. Шемшученко]. Київ : Укр. енцикл., 1998–2004. Т. 6. 2004. 768 с.

249. Юридичні терміни. Тлумачний словник / [В. Г. Гончаренко, П. П. Андрушко, Т. П. Базова та ін. ; за ред. В. Г. Гончаренка]. 2-ге вид., стер. Київ : Либідь, 2004. 320 с.

250. Яновська О. Г. Правові гарантії діяльності адвоката-захисника в кримінальному процесі України : дис. … канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 1997. 211 с.

251. Яновська О. Г. Правова позиція захисту в кримінальному провадженні: шляхи відстоювання у процесі доказування. *Право України*. 2014. № 10. С. 124–132.

252. Code de Procédure Pénale. Titre II CPP: Des enquetes et des controles d'identite (Title II. Inquiries and identity checks. Chapter I. Flagrant felonies and misdemeanours). URL: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154.

253. Czezary Kulesza. Efektywnosc udzialu obroncy w procesie karnym w perspektywie prawnoporownawczej. Zakamycze, 2005, 151 s.

254. Solicitors Regulation Authority. *Regulating for the future: SRA strategic plan 2010-13*. URL: http://www.sra.org.uk/strategy.

# ДОДАТКИ

**Додаток А**

## П І Д С У М К И
## анкетування 101 слідчого органів досудового розслідування Національної поліції України щодо участі сторони захисту під час проведення обшуку на стадії досудового розслідування

Дані про автора відповідей:
Посада: слідчий – 62, старший слідчий – 36, заступник начальника СВ - 3

Стаж роботи у слідчих підрозділах: до 1 року – 5, до 3-х років – 37, до 5 років – 32, до 10 років – 23, більше 10 років – 4.

1. Як Ви вважаєте, чи *належним чином,* відповідно до статті 236 КПК України, врегульований процесуальний порядок проведення обшуку:
а) так, він детально унормований в КПК України 54,46%;
б) ні, він чітко не визначений, однак це не впливає на хід та результати його проведення 24,75%;
в) ні, він визначений лише у загальних рисах, що не сприяє об'єктивності його проведення 20,79%.

2. Які, на Ваш погляд, *найбільш реальні шляхи* сторони обвинувачення щодо дотримання прав та законних інтересів учасників проведення обшуку:
а) активна позиція підозрюваного, члена його сім'ї чи іншої обшукуваної особи по відстоюванню своїх інтересів без залучення захисника 36,63%;
б) неухильне дотримання стороною обвинувачення вимог процесуального закону під час проведення обшуку 32,68%;
в) виклик захисника для участі у проведенні обшуку й наданні кваліфікованої юридичної допомоги 30,69%.

3. У *якого саме учасника* кримінального провадження, як сторони захисту, може бути проведено обшук житла чи іншого володіння особи під час досудового розслідування (*можливі декілька варіантів відповіді*):
а) у підозрюваного або особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування 80,2%;
б) у захисників та законних представників усіх зазначених осіб 31,68%;
в) у осіб, які не належать до числа зазначених 11,88%.

4. Ким, на Вашу думку, є *особа, чиї права та законні інтереси* можуть бути обмежені або порушені:

а) особа, якій належить житло чи інше володіння 36,63%;
б) один чи декілька повнолітніх членів сім'ї 24,75%;
в) особа, майно якої знаходиться в житлі чи іншому володінні 19,8%;
г) всі перераховані особи 18,82%.

5. Чи вважаєте Ви захисника *обов'язковим* учасником проведення обшуку:

а) захисник може бути викликаним за бажанням обшукуваної особи 44,55%;
б) захисник може не викликатися, якщо відсутній договір про надання юридичної допомоги обшукуваній особі 28,72%;
в) захисник має викликатися у будь-якому випадку проведення обшуку 26,73%.

6. Чи повинен захисник *за відсутності договору* про надання юридичної допомоги прибувати на місце проведення обшуку на прохання обшукуваної особи:

а) спочатку слід укласти договір, після чого приймати участь у проведенні обшуку 48,52%;
б) у цьому разі сторона обвинувачення має забезпечити захисника відповідно до Закону України «Про безоплатну правову допомогу» 33,66%;
в) відсутність договору не є перешкодою для надання захисником юридичної допомоги під час проведення обшуку 17,82%.

7. Протягом якого *часу*, на Вашу думку, захисник має прибути на місце проведення обшуку:

а) у час, призначений йому стороною обвинувачення 40,58%;
б) протягом 3-х годин 35,65%;
в) негайно 23,77%.

8. Якими мають бути дії сторони обвинувачення, якщо захисник через *об'єктивні причини не може* прибути на місце проведення обшуку:

а) визначити реальний час, достатній для прибуття захисника на місце проведення обшуку 36,63%;
б) повідомити про це обшукувану особу з метою швидкого запрошення іншого захисника 33,66%;
в) залучити через центр безоплатної вторинної допомоги захисника для проведення обшуку 29,71%.

9. Як зазвичай діє захисник, якщо його *не пускають* на місце проведення обшуку:

а) записує прізвище особи, яка не дозволяє йому виконувати

свої обов’язки 69,33%;
б) покидає місце проведення обшуку 19,8%;
в) фіксує факт недопуску до участі у обшуку за допомогою звуко,- чи відеозапису 10,87%.

10. Що Ви розумієте під *рішенням* слідчого чи прокурора провести обшук осіб, які перебувають в житлі чи іншому володінні, якщо є достатні підстави вважати, що вони переховують при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження:
а) складання постанови про обшук особи на місці проведення обшуку 39,61%;
б) проведення обшуку особи з наступним складанням клопотання і зверненням з ним до слідчого судді 33,66%;
в) усне розпорядження слідчого чи прокурора 26,73%.

11. Чи має бути захисник *однієї статі* з особою, інтереси якої він захищає, у випадку проведення обшуку особи:
а) необов’язково, ця вимога у КПК України не передбачена 45,41%;
б) якщо захисник іншої статі, він не має права бути присутнім під час обшуку особи 27,81%;
в) так, має бути однієї статі з особою, яку обшукують 26,78%.

12. Якими, як правило, є *початкові дії* захисника після його допуску до участі у проведенні обшуку (*можливі декілька варіантів відповіді*):
а) знайомиться з ухвалою слідчого судді про проведення обшуку 65,35%;
б) весь час знаходитися поряд із стороною обвинувачення з метою недопущення фальсифікації 40,59%;
в) визначає процесуальний статус осіб, присутніх під час обшуку 20,79%;
г) заявляє клопотання мати побачення з підзахисною особою 20,79%;
д) звертає увагу сторони обвинувачення на наявні порушення КПК України 19,8%.

13. Чи користуються захисники своїм правом *безперешкодного фіксування* проведення обшуку за допомогою відеозапису:
а) захисники починають відеофіксацію з моменту прибуття на місце обшуку з метою об’єктивної фіксації його перебігу 42,56%;
б) обмежуються відеозаписом, яке здійснює сторона обвинувачення 39,61%;
в) така відеофіксація ще не набула достатнього розповсюдження 17,83%.

14. Як у подальшому захисник використовує виконаний ним *відеозапис* проведення обшуку:

а) долучає ці матеріали в суді як документи для визнання одержаних під час обшуку доказів недопустимими 46,55%;

б) надає його стороні обвинувачення для перевірки під час досудового розслідування 36,63%;

в) залишає їх у себе 16,82%.

15. Як зазвичай діє захисник у випадку виявлення *фактів порушення процесуальних норм* (*можливі декілька варіантів відповіді*):

а) ставить до відома понятих та всіх присутніх 52,48%;

б) закликає учасників обшуку не підписувати протокол 47,52%;

в) фіксує свою заяву за допомогою відеозйомки, що проводять під час обшуку 26,73%.

16. Якщо захисник *не згоден* зі складеним протоколом, він, на Вашу думку, повинен:

а) зазначити у протоколі свої зауваження та не підписувати його 41,59%;

б) все рівно його підписати, попередньо занотувавши у протоколі причини незгоди 35,65%;

в) відмовитися від підпису протоколу без зазначення причин 22,76%.

17. Як діє сторона обвинувачення, якщо захисник *відмовляється від підпису* протоколу:

а) захисник не має права цього робити, тому він завжди підписує протокол обшуку 39,62%;

б) у протоколі фіксують факт відмови захисника від підпису 33,66%;

в) факт відмови від підпису своїми підписами засвідчують поняті 26,72%.

18. У які *строки* має бути проведений обшук за ухвалою слідчого судді за *клопотанням сторони захисту*:

а) протягом одного місяця 50,44%;

б) протягом 10 діб 39,62%;

в) невідкладно 9,94%.

19. Хто саме, на Вашу думку, *здійснює безперервний відеозапис* під час проведення обшуку за *клопотанням сторони захисту* (*можливі декілька варіантів відповіді*):

а) слідчий, прокурор, орган Національної поліції, якому доручено проведення обшуку 66,34%;

б) спеціаліст 41,58%;

в) захисник 13,86%.

20. Як Ви вважаєте, яка з перелічених осіб має складати *протокол обшуку*, проведеного за *клопотанням сторони захисту*:

а) слідчий, прокурор, орган Національної поліції, якому доручено проведення обшуку 84,15%;

б) кожна зі сторін кримінального провадження 8,92%;

в) захисник 6,93%.

**Додаток Б**

**П І Д С У М К И**
**анкетування 98 адвокатів України щодо проведення обшуку на стадії досудового розслідування**

Дані про автора відповідей:
Стаж роботи: до 1 року – 8, до 3-х років – 29, до 5 років – 21, до 10 років – 22, більше 10 років – 18.

1. Як Ви вважаєте, чи *належним чином,* відповідно до статті 236 КПК України, врегульований процесуальний порядок проведення обшуку:
а) ні, він визначений лише у загальних рисах, що не сприяє об'єктивності його проведення 45,9%;
б) так, він детально унормований в КПК України 28,6%;
в) ні, він чітко не визначений, однак це не впливає на хід та результати його проведення 25,5%.

2. Які, на Ваш погляд, *найбільш реальні шляхи* сторони захисту щодо дотримання прав та законних інтересів учасників проведення обшуку:
а) виклик захисника для участі у проведенні обшуку й наданні кваліфікованої юридичної допомоги 58,2%;
б) спільні дії обшукуваного та його захисника під час проведення обшуку 26,5%;
в) активна позиція підозрюваного, члена його сім'ї чи іншої обшукуваної особи по відстоюванню своїх інтересів без залучення захисника 15,3%.

3. У *якого саме учасника* кримінального провадження може бути проведено обшук житла чи іншого володіння особи під час досудового розслідування (*можливі декілька варіантів відповіді*):
а) у підозрюваного або особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування 71,4%;
б) у захисників та законних представників усіх зазначених осіб 29,6%;
в) в усіх зазначених осіб 4,08%.

4. Ким, на Вашу думку, є *особа, чиї права та законні інтереси* можуть бути обмежені або порушені:
а) особа, майно якої знаходиться в житлі чи іншому володінні 27,6%;
б) особа, якій належить житло чи інше володіння 19,4%;

в) один чи декілька повнолітніх членів сім'ї 16,3%;
г) всі перераховані особи 36,7%.

5. Чи вважаєте Ви захисника *обов'язковим* учасником проведення обшуку:
а) захисник має викликатися у будь-якому випадку проведення обшуку 58,2%;
б) захисник може бути викликаним за бажанням обшукуваної особи 25,5%;
в) захисник може не викликатися, якщо відсутній договір про надання юридичної допомоги обшукуваній особі 16,3%.

6. Чи повинен захисник *за відсутності договору* про надання юридичної допомоги прибувати на місце проведення обшуку на прохання обшукуваної особи:
а) у цьому разі сторона обвинувачення має забезпечити захисника відповідно до Закону України «Про безоплатну правову допомогу» 47,93%;
б) відсутність договору не є перешкодою для надання захисником юридичної допомоги під час проведення обшуку 35,76%;
в) спочатку слід укласти договір, після чого приймати участь у проведенні обшуку 16,31%.

7. Протягом якого *часу*, на Вашу думку, захисник має прибути на місце проведення обшуку:
а) протягом 3-х годин 52,02%;
б) негайно 32,63%;
в) після того, як буде мати вільний час 15,35%.

8. Якими мають бути дії захисника, якщо він через *об'єктивні причини не може* прибути на місце проведення обшуку:
а) визначити реальний час, достатній для прибуття на місце проведення обшуку, та поставити до відома про це сторону обвинувачення 59,16%;
б) направити свого колегу для участі в обшуку 24,47%;
в) повідомити про це підзахисну особу 16,37%.

9. Як має вчинити захисник, якщо його *не пускають* на місце проведення обшуку:
а) зафіксувати факт недопуску до участі у обшуку за допомогою звуко,- чи відеозапису 65,3%;
б) записати прізвище особи, яка не дозволяє йому виконувати свої обов'язки 19,4%;
в) покинути місце проведення обшуку 15,3%.

10. Що Ви розумієте під *рішенням* слідчого чи прокурора провести обшук осіб, які перебувають в житлі чи іншому володінні, якщо є достатні підстави вважати, що вони переховують при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження:

а) проведення обшуку особи з наступним складанням клопотання і зверненням з ним до слідчого судді 56,07%;

б) складання постанови про обшук особи на місці проведення обшуку 35,71%;

в) усне розпорядження слідчого чи прокурора 8,22%.

11. Чи має бути захисник *однієї статі* з особою, інтереси якої він захищає, у випадку проведення обшуку особи:

а) необов'язково, ця вимога у КПК України не передбачена 49,96%;

б) так, має бути однієї статі з особою, яку обшукують 41,84%;

в) якщо захисник іншої статі, він не має права бути присутнім під час обшуку особи 8,2%.

12. Якими повинні бути *початкові дії* захисника після допуску до участі у обшуку (*можливі декілька варіантів відповіді*):

а) ознайомитися з ухвалою слідчого судді про проведення обшуку 71,43%;

б) визначити процесуальний статус осіб, присутніх під час обшуку 48,98%;

в) весь час знаходитися поряд із стороною обвинувачення з метою недопущення фальсифікацій 38,78%;

г) звернути увагу сторони обвинувачення на наявні порушення КПК України 34,69%;

д) мати побачення з підзахисною особою 28,57%.

13. Чи користуються захисники своїм правом *безперешкодного фіксування* проведення обшуку за допомогою відеозапису:

а) відеофіксацію починають з моменту прибуття на місце обшуку з метою об'єктивної фіксації його перебігу 49,37%;

б) застосувати відеозапис важко через заборону сторони обвинувачення 31,34%;

в) така відеофіксація ще не набула достатнього розповсюдження 19,29%.

14. Як у подальшому захисник *використовує* виконаний ним відеозапис проведення обшуку:

а) долучає ці матеріали в суді як документи для визнання одержаних під час обшуку доказів недопустимими 53,04%;

б) залишає їх у себе 27,56%;

в) надає його стороні обвинувачення для перевірки під час досудового розслідування 19,4%.

15. Як має вчинити захисник у випадку виявлення *фактів фальсифікації* (*можливі декілька варіантів відповіді*):

а) зафіксувати свою заяву за допомогою відеозйомки, що проводять під час обшуку 64,29%;

б) поставити до відома понятих та всіх присутніх 53,06%;

в) закликати учасників обшуку не підписувати протокол 10,2%.

16. Якщо захисник *не згоден* зі складеним протоколом, він повинен:

а) все рівно його підписати, попередньо занотувавши у протоколі причини незгоди 45,87%;

б) зазначити у протоколі свої зауваження та не підписувати його 37,78%;

в) відмовитися від підпису протоколу без зазначення причин 16,35%.

17. Як вчиняє сторона обвинувачення, якщо захисник *відмовляється від підпису* протоколу:

а) факт відмови від підпису своїми підписами засвідчують поняті 40,8%;

б) у протоколі фіксують факт відмови захисника від підпису 38,73%;

в) захисник не має права цього робити, тому він завжди підписує протокол обшуку 20,47%.

18. У які *строки* має бути проведений обшук за ухвалою слідчого судді за клопотанням сторони захисту:

а) протягом одного місяця 64,27%

б) протягом 10 діб 19,38%;

в) невідкладно 16,35%.

19. Хто саме, на Вашу думку, *здійснює безперервний відеозапис* під час проведення обшуку за клопотанням сторони захисту (*можливі декілька варіантів відповіді*):

а) слідчий, прокурор, орган Національної поліції, якому доручено проведення обшуку 53,06%;

б) спеціаліст 47,96%;

в) захисник 22,45%.

20. Як Ви вважаєте, яка з перелічених осіб має складати протокол обшуку, проведеного за клопотанням сторони захисту:

а) слідчий, прокурор, орган Національної поліції, якому доручено проведення обшуку 72,47%;

б) кожна зі сторін кримінального провадження 18,35%;

в) захисник 9,18%.

**Додаток В**

# УЗАГАЛЬНЕННЯ

## практики дотримання чинного законодавства під час проведення обшуку на основі вивчення 87 матеріалів кримінальних проваджень, внесених до ЄРДР протягом 2017–2019 років

Згідно з частиною 1 **статті 234 КПК України**, обшук проводять з метою виявлення та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукання знаряддя кримінального правопорушення або майна, яке було здобуте у результаті його вчинення, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб.

Обшук проводять на підставі ухвали слідчого судді місцевого загального суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться орган досудового розслідування. У разі необхідності провести обшук слідчий за погодженням з прокурором або прокурор звертається до слідчого судді з відповідним клопотанням, у якому мають бути зазначені відомості про:

1) найменування кримінального провадження та його реєстраційний номер;

2) короткий виклад обставин кримінального правопорушення, у зв’язку з розслідуванням якого подається клопотання;

3) правову кваліфікацію кримінального правопорушення з зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність;

4) підстави для обшуку;

5) житло чи інше володіння особи або частину житла чи іншого володіння особи, де планується проведення обшуку;

6) особу, якій належить житло чи інше володіння, та особу, у фактичному володінні якої воно знаходиться;

7) індивідуальні або родові ознаки речей, документів, іншого майна або осіб, яких планується відшукати, а також їхній зв’язок із вчиненим кримінальним правопорушенням;

8) обґрунтування того, що доступ до речей, документів або відомостей, які можуть у них міститися, неможливо отримати органом досудового розслідування у добровільному порядку шляхом витребування речей, документів, відомостей відповідно до частини 2 статті 93 КПК України, або за допомогою інших слідчих дій, передбачених цим Кодексом, а доступ до осіб, яких планується відшукати, – за допомогою інших слідчих (розшукових) дій, передбачених цим Кодексом. Зазначена вимога не поширюється на випадки проведення обшуку з метою відшукання знаряддя кримінального правопорушення, предметів і документів, вилучених з обігу.

До клопотання також мають бути додані оригінали або копії документів та інших матеріалів, якими прокурор, слідчий обґрунтовує доводи клопотання, а також витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань щодо кримінального провадження, в рамках якого подається клопотання.

Клопотання про обшук розглядається у суді в день його надходження за участю слідчого або прокурора.

Слідчий суддя відмовляє у задоволенні клопотання про обшук, якщо прокурор, слідчий не доведе наявність достатніх підстав вважати, що:

1) було вчинено кримінальне правопорушення;

2) відшукувані речі і документи мають значення для досудового розслідування;

3) відомості, які містяться у відшукуваних речах і документах, можуть бути доказами під час судового розгляду;

4) відшукувані речі, документи або особи знаходяться у зазначеному в клопотанні житлі чи іншому володінні особи;

5) за встановлених обставин обшук є найбільш доцільним та ефективним способом відшукання та вилучення речей і документів, які мають значення для досудового розслідування, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб, а також заходом, пропорційним втручанню в особисте і сімейне життя особи.

У разі відмови у задоволенні клопотання про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи слідчий, прокурор не має права повторно звертатися до слідчого судді з клопотанням про дозвіл на обшук того самого житла чи іншого володіння особи, якщо у клопотанні не зазначені нові обставини, які не розглядалися слідчим суддею.

Не зважаючи на врегулювання цих положень у частинах 3–6 **статті 234** КПК України, слідчі судді допускають низку порушень під час розгляду та поставлення ухвали про надання дозволу на проведення обшуку, а саме:

– порушення під час розгляду клопотання: проведення судового засідання без участі слідчого або прокурора; порушення процедури проведення засідання та ухвалення рішення (відсутність відео-/аудіофіксації та журналу судового засідання, проведення інших засідань під час знаходження в нарадчій кімнаті);

– задоволення клопотання, яке не містить: підстав для обшуку; індивідуальні або родові ознаки речей, документів, іншого майна, яке планується відшукати; обґрунтування того, що доступ до речей, документів або відомостей, які можуть у них міститися, неможливо отримати органом досудового розслідування у добровільному порядку шляхом витребування речей, документів, відомостей відповідно до частини 2 статті 93 КПК України, або за допомогою інших слідчих (розшукових) дій;

– невмотивованість прийнятого рішення: відсутність доданих до клопотання оригіналів або копій документів, якими прокурор, слідчий обґрунтовує доводи клопотання, крім витягу з ЄРДР щодо кримінального провадження та постанов про визначення групи слідчих та прокурорів, але суд врахував зазначені обставини «зі слів»;

– відсутність в ухвалі суду: точної адреси проведення обшуку (номер квартири, офісу і т.д.), що у свою чергу призводить по порушення прав інших осіб, які можуть бути задіянні в цих процесуальних діях, не маючи жодного значення до даного провадження; вказівка на речі, документи або особи, для виявлення яких проводиться обшук; відповідні дані про уповноважену особу, на яку покладається виконання рішення суду.

**У частинах 1, 2 статті 235 КПК України** зазначено, 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.

Ухвала слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи повинна відповідати загальним вимогам до судових рішень, передбачених КПК України, а також містити відомості про:

1) строк дії ухвали, який не може перевищувати одного місяця з дня постановлення ухвали;

2) прокурора, слідчого, який подав клопотання про обшук;

3) положення закону, на підставі якого постановляється ухвала;

4) житло чи інше володіння особи або частину житла чи іншого володіння особи, які мають бути піддані обшуку;

5) особу, якій належить житло чи інше володіння, та особу, у фактичному володінні якої воно знаходиться;

6) речі, документи або осіб, для виявлення яких проводиться обшук.

Виготовляються дві копії ухвали, які чітко позначаються як копії.

У практичній діяльності непоодинокими є факти порушення вимог статті 235 КПК України при постановлені слідчими суддями ухвали про дозвіл на проведення обшуку – не зазначають відповідні дані (посада, прізвище, ім`я та по батькові) про уповноважену особу (прокурора та/або слідчого), на яку покладається виконання рішення суду. У свою чергу, це призводить до зловживанням становищем слідчим та/або прокурором і унеможливлює реалізацію засад змагальності та рівності сторін обвинувачення і захисту; до порушення закону в частині виконання ухвали про дозвіл на обшук тощо.

**Статтею 236** КПК України регламентовано порядок виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи, а саме: ухвала про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи може бути виконана слідчим чи прокурором. Незважаючи на ці положення, слідчі, прокурори при виконанні ухвали про дозвіл на обшукт допускають низку порушень, а саме:

– проведення обшуку не уповноваженою судовим рішенням особою (участь іншого слідчого, прокурора з групи у кримінальному провадженні);

– сприяння у недопущенні на місце проведення обшуку захисника чи адвоката учасників процесуальної дії, для надання їм правової допомоги;

– невнесення до протоколу обшуку заяв осіб, у присутності яких здійснювався обшук;

– відсутність аудіо- та відеофіксації  під час здійсненні обшуку.

Врегулювання на законодавчому рівні цих та інших актуальних питань щодо проведення обшуку сприятиме дотриманню належної правової процедури під час проведення цієї СРД, спрямованої на виконання завдань кримінального провадження.

**Додаток Г**

ВЕРХОВНА РАДА УКРАЇНИ

**Комітет з питань правоохоронної діяльності**

01008, м.Київ-8, вул. М. Грушевського, 5, тел.: 255-35-06

**Голові Комітету законотворчих ініціатив з питань адвокатської діяльності**
**Ющенку О.О.**
вул. Борисоглібська, б. 3,
м. Київ ,
04070

**Шановний Олексію Олеговичу!**

Повідомляємо, що пропозиції підготовлені адвокатом Дульським О.Л. Комітетом отримані та доведені до відома народних депутатів України – членів Комітету з питань правоохоронної діяльності, які як суб'єкти права законодавчої ініціативи можуть врахувати їх у законодавчій роботі.

**З повагою**

**Голова Комітету** **Д. Монастирський**

СЕДО ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ

Підписувач:Монастирський Денис Анатолійович
Сертифікат: 58E2D9E7F900307B04000000ACDE2E00E7788200
Дійсний до: 16.03.2022 0:00:00

Апарат Верховної Ради України
№ 04-27/12-2020/26712 від
08.04.2020

Національна асоціація адвокатів України
53605
№ 1123/0/1-20 від 22.04.2020

Голові Комітету Верховної Ради України
з питань правоохоронної діяльності
Монастирському Д. А.
вул. Грушевського, 5, м. Київ, 01008

Шановний Денисе Анатолійовичу!

Під час підготовки дисертаційного дослідження на тему: «Забезпечення стороною захисту дотримання прав та законних інтересів учасників проведення обшуку» головою Комітету по наближенню системи адвокатури України до європейських правових стандартів та членом Комітету законотворчих ініціатив з питань адвокатської діяльності при Національній асоціації адвокатів України, адвокатом Дульським Олександром Леонідовичем звернено увагу на недосконаліть низки норм Кримінального процесуального кодексу України та розроблено й обґрунтовано пропозиції по їх вдосконаленню, які по тексту виділені напівжирним курсивом. Врахування цих пропозицій надасть можливість врегулювати низку суперечливих положень та забезпечити рівність сторін кримінального провадження під час проведення зазначеної слідчої (розшукової) дії, зокрема:

**І.** «Стаття 3 Визначення основних термінів Кодексу

$16^{1}$) ***особа, чиї права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені*** під час досудового розслідування, – особа, стосовно якої (в тому числі щодо її майна) здійснюються процесуальні дії, визначені цим Кодексом;»

Обґрунтування:

Наразі в пункті $16^{1}$ частини 1 статті 3 КПК України йдеться про *іншу особу*, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування. Водночас звертає на себе увагу та обставина, що у частині 3 статті 223 та у частині 1 статті 236 КПК України зазначено про *осіб*, чиї права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені. В обох випадках вказується про

осіб, які, по-перше, є учасниками кримінального провадження, по-друге, їх інтересів торкається проведення окремих слідчих (розшукових) дій, по-третє, вони до певного часу не набули конкретного процесуального статусу, по-четверте, їхні права та законні інтереси, як і будь-якого іншого учасника кримінального провадження, мають бути дотримані. Тож, термінологічна неузгодженість, коли в одному випадку вжито слопосполучення «інша особа, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування», а в другому – «особи, чиї права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені», не сприяє однаковому застосуванню процесуальних норм під час кримінального провадження.

«25) учасники кримінального провадження – сторони кримінального провадження, потерпілий, його представник та законний представник, цивільний позивач, його представник та законний представник, цивільний відповідач та його представник, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, третя особа, щодо майна якої вирішується питання про арешт, інша особа, права чи законні інтереси якої обмежуються під час досудового розслідування, особа, стосовно якої розглядається питання про видачу в іноземну державу (екстрадицію), заявник, у тому числі викривач, свідок, ***особа, чиї права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені*** та його адвокат, понятий, заставодавець, перекладач, експерт, спеціаліст, представник персоналу органу пробації, секретар судового засідання, судовий розпорядник;»

Обґрунтування:

З метою захисту прав учасників кримінального провадження, у частині 1 статті 236 КПК України обов’язок сторони обвинувачення допустити до обшуку захисника чи адвоката на будь-якій стадії його проведення. Але до адвоката для надання кваліфікованої юридичної допомоги може звернутися не лише свідок, що нині передбачено у законодавстві, а й особа, яка ще не має процесуального статусу, але яка бажає отримати таку допомогу у зв’язку з проведенням обшуку щодо неї, її житла чи іншого володіння. Залучення адвоката до участі у кримінальному провадженні у цьому разі повною мірою сприятиме

забезпеченню прав і законних інтересів таких осіб під час проведення обшуку, тож така особа має бути визначена серед учасників кримінального провадження.

**II.** «Стаття 45. Захисник, ***адвокат***

…

3. ***Адвокат надає правову допомогу свідкові та іншим особам, чиї права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені, крім випадків, передбачених частиною першою цієї статті, та статтею 58 цього Кодексу*»*.**

Обґрунтування:

Нині адвокат є учасником обшуку як представник особи, інтереси якої обмежуються або порушуються, й на нього у статті 50 КПК України розповсюджені такі самі вимоги, як і до захисника. Водночас, адвоката, поряд із захисником, необхідно вважати окремим учасником кримінального провадження. На відміну від захисника, він має бути наділеним більш чітко окресленим колом прав та обов'язків. Для прикладу, адвокат, залучений для надання правової допомоги свідкові або особі, яка ще не має процесуального статусу, не може скористатися процесуальними правами та дотримуватися процесуальних обов'язків, визначених виключно для захисника у статтях 46, 47 КПК України. Натомість, як вбачається зі змісту пунктів 19, 25 частини 1 статті 3, частини 1, абзацу третього частини 3, абзацу другого частини 5 статті 236 цього Кодексу, законодавець розрізняє діяльність захисника та адвоката, але не визначає його процесуальних повноважень. Вирішенням цієї неврегульованої ситуації є запропоноване доповнення статті 45 КПК України новою частиною 3 у зазначеній редакції.

**III.** «Стаття 46. Загальні правила участі захисника у кримінальному провадженні

…

5. Захисник має право брати участь у проведенні допиту та інших процесуальних діях, що проводяться за участю підозрюваного, обвинуваченого, до першого допиту підозрюваного мати з ним конфіденційне побачення без дозволу слідчого, прокурора, суду, а після першого допиту – такі ж побачення без обмеження кількості та тривалості. Такі зустрічі можуть відбуватися під візуальним контролем уповноваженої службової особи, але в умовах, що виключають можливість прослуховування чи підслуховування. ***За наявності клопотання підозрюваного чи його захисника, слідчий зобов'язаний завчасно повідомляти захисника про всі подальші процесуальні дії за участі підозрюваного***».

Обґрунтування:

Відповідно до частини 5 статті 46 КПК України, захисник має право брати участь у проведенні процесуальних дій за участі підозрюваного. Тож, за логікою речей, у слідчого має бути обов'язок повідомляти захисника про проведення цих дій. Проте, у КПК України відсутня ця зобов'язувальна норма. Адже недостатньо лише надати право учаснику кримінального провадження, необхідно ще створити спеціальні нормативні й організаційні умови, здатні гарантувати здійснення цих прав і реалізацію законних інтересів та їх захист від безпідставного ускладнення та від прямого порушення.

**IV.** «Стаття 79. Підстави для відводу спеціаліста, ***понятого,*** представника персоналу органу пробації, перекладача, експерта, секретаря судового засідання

1. Спеціаліст, ***поняті,*** представник персоналу органу пробації, перекладач, експерт, секретар судового засідання не мають права брати участі в кримінальному провадженні та відводяться за підставами, передбаченими частиною першою статті 77 цього Кодексу, з тим обмеженням, що їх попередня участь у цьому кримінальному провадженні як спеціаліста, ***понятого,*** представника персоналу органу пробації, перекладача, експерта і секретаря судового засідання не може бути підставою для відводу».

«Стаття 81. Порядок вирішення питання про відвід

…

2. ***Відводи понятого/понятих, заявлені стороною захисту під час проведення передбачених цим Кодексом слідчих (розшукових) дій, розглядає слідчий, прокурор, зазначивши в протоколі підстави, що виключають можливість участі цих осіб. У цьому разі запрошуються інші поняті.*** Усі інші відводи під час досудового розслідування розглядає слідчий суддя, а під час судового провадження – суд, який його здійснює».

Обґрунтування:

Наразі в КПК України не визначено підстав та процесуального порядку відводу понятих й розгляду відповідної заяви. За загальним правилом частини 2 статті 81 цього Кодексу, відводи під час досудового розслідування розглядає слідчий суддя. Однак, на нашу думку, зупинення проведення обшуку для того, щоб звернутися до слідчого судді для розгляду заяви про відвід понятого, є недоцільним. Адже, у цьому разі таке зупинення не сприяє виконанню завдань кримінального провадження, зокрема забезпеченню швидкого, повного та неупередженого розслідування, а зволікання з проведенням обшуку може призвести до втрати чи пошкодженню доказів. Крім цього, якщо виходити з необхідності дотримуватися загального правила, існує небезпека використання цієї обставини стороною захисту з метою затягування проведення обшуку.

З огляду на зазначене, вважаємо нагальною потребою, з однієї сторони, закріпити в КПК України право сторони захисту заявляти клопотання про відвід понятих та їх заміну, якщо вони є знайомими за місцем проживання або роботи особи, у якої проводять обшук, та є зацікавленими особами, а з іншої – визначити відмінний від загального порядок вирішення питання про такий відвід. Врахування висловлених пропозицій надасть можливість: по-перше, завчасно визначити підстави, що перешкоджають участі понятого під час проведення слідчих (розшукових) дій, зокрема обшуку; по-друге, оперативно

вирішити по суті заявлене клопотання про відвід понятого; по-третє, продовжувати без суттєвої затримки проведення цієї процесуальної дії.

**V.** «Стаття 100. Зберігання речових доказів і документів та вирішення питання про спеціальну конфіскацію

…

2. Речовий доказ або документ, наданий добровільно або на підставі судового рішення, зберігається у сторони кримінального провадження, якій він наданий, ***крім громіздких речей, які зберігаються у спеціально призначених для цього приміщеннях органу досудового розслідування***. Сторона кримінального провадження, якій наданий речовий доказ або документ, зобов'язана зберігати їх у стані, придатному для використання у кримінальному провадженні. Речові докази, які отримані або вилучені слідчим, прокурором, оглядаються, фотографуються та докладно описуються в протоколі огляду. Зберігання речових доказів стороною обвинувачення здійснюється в порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України».

Обґрунтування:

У цій пропозиції йдеться про речі та документи, вилучені під час обшуку за клопотанням сторони захисту, що повинні бути передані саме їй відповідно до частини 2 статті 100 КПК України після їхнього детального описання у протоколі та опечатування відповідно до криміналістичних рекомендацій. Вважаємо, що загальне правило щодо зберігання речових доказів, визначене у цій нормі Кодексу, прийнятне лише у випадку, якщо виявлені та вилучені речі і документи не є громіздкими і можуть бути збереженими стороною захисту для використання у суді. Натомість коли вилучають громіздкі речі (великогабаритна побутова техніка, вузли чи агрегати транспортного засобу, будівельні матеріали тощо), у сторони захисту відсутнє спеціально визначене місце для їхнього зберігання. Тож у цьому разі після їхнього огляду на місці виявлення, фотографування та докладного описання в протоколі огляду ці речі мають бути направлені до камери зберігання органу досудового розслідування, посадова

особа якого проводила обшук за клопотанням сторони захисту. У подальшому сторона захисту вирішуватиме, чи подавати вилучені речі і документи суду та як саме їх використати під час доказування.

**VI.** «Стаття 107. Застосування технічних засобів фіксування кримінального провадження

…

3. У матеріалах кримінального провадження зберігаються оригінальні примірники технічних носіїв інформації зафіксованої процесуальної дії, резервні копії яких зберігаються окремо ***і мають бути надані за клопотанням сторони захисту***».

Обґрунтування:

Закон прямо не зазначає про вручення відеозапису особі, в якої проведено обшук, і в практичній діяльності ці особи отримують лише протокол вказаної слідчої (розшукової) дії. Водночас, вважаємо за доцільне, за наявності клопотання сторони захисту, безперешкодного отримання копії такого відеозапису. Це клопотання має бути розглянуте відповідно до загальних правил статті 220 КПК України.

**VII.** «Стаття 166. Наслідки невиконання ухвали слідчого судді, суду про тимчасовий доступ до речей і документів

…

2. У разі якщо дозвіл на проведення обшуку надано за клопотанням сторони захисту, слідчий суддя, суд доручає забезпечення його проведення слідчому, прокурору або органу Національної поліції за місцем проведення цих дій. ***Отримавши ухвалу слідчого судді, керівник органу досудового розслідування, прокурор чи начальник територіального органу Національної поліції або його відокремлених підрозділів, призначають службову особу для її виконання у встановлений цим Кодексом строк.*** Проведення обшуку здійснюється за

участю особи, за клопотанням якої надано дозвіл на його проведення, згідно з положеннями цього Кодексу».

Обґрунтування:

У частині 2 статті 166 КПК України лише зазначено, що слідчий суддя доручає забезпечення проведення обшуку за клопотанням сторони захисту слідчому, прокурору або органу Національної поліції за місцем проведення цих дій. Невизначеним залишається питання, що розуміти під таким забезпеченням: виконання ухвали безпосередньо однією з вказаних осіб чи доручення від них провести обшук іншим особам. В ухвалі слідчого судді однозначно не варто вказувати прізвище адвоката, за клопотанням якого дозволене проведення обшуку. Адже обшук належить до заходів процесуального примусу, а здійснювати їх адвокат не уповноважений в силу свого процесуального статусу. Навряд чи доцільно у цих випадках зазначати в ухвалі конкретні прізвища слідчого, прокурора чи працівника органу Національної поліції за місцем проведення обшуку: по-перше, не вони зверталися з відповідним клопотанням; по-друге, в момент постановлення ухвали важко прогнозувати, хто саме буде виконувати ухвалу слідчого судді. Вирішувати це питання й визначати конкретного слідчого для проведення обшуку за клопотанням сторони захисту доцільно керівникові органу досудового розслідування (у випадках доручення проведення цієї слідчої (розшукової) дії підлеглому йому слідчому) чи начальник органу Національної поліції, якщо обшук буде доручено співробітнику оперативного підрозділу.

**VIII.** «Стаття 223. Вимоги до проведення слідчих (розшукових) дій

7. Слідчий, прокурор зобов’язаний запросити не менше двох незаінтересованих осіб (понятих) для пред’явлення особи, трупа чи речі для впізнання, огляду трупа, в тому числі пов’язаного з ексгумацією, слідчого експерименту, освідування особи. Винятками є випадки застосування безперервного відеозапису ходу проведення відповідної слідчої (розшукової) дії.

Поняті можуть бути запрошені для участі в інших процесуальних діях, якщо слідчий, прокурор вважатиме це за доцільне.

Обшук або огляд житла чи іншого володіння особи, обшук особи здійснюються з обов'язковою участю не менше двох понятих незалежно від застосування технічних засобів фіксування відповідної слідчої (розшукової) дії.

Понятими не можуть бути потерпілий, родичі підозрюваного, обвинуваченого і потерпілого, працівники правоохоронних органів, а також особи, заінтересовані в результатах кримінального провадження.

Зазначені особи можуть бути допитані під час судового розгляду як свідки проведення відповідної слідчої (розшукової) дії.

***Особа, у якої проводять обшук, її захисник, представник чи законний представник мають право заявити відвід понятим за наявності підстав, що виключають можливість присутності цих осіб під час проведення слідчої (розшукової) дії, про що робиться відповідна відмітка в протоколі. Питання про відвід вирішується у порядку, визначеному у частині 2 статті 81 цього Кодексу».***

Обґрунтування:

Нерідкісними під час проведення обшуку є випадки залучення стороною обвинувачення як понятих осіб, які так чи інакше залежать від правоохоронних органів. Мали місце випадки, коли працівники цих органів як понятих на обшук залучали своїх колег, що є грубим порушенням норм процесуального законодавства. Крім цього, запрошеним понятим можуть стати відомі обставини особистого, зокрема інтимного життя особи, що займає певне приміщення, або інших осіб. Серед них також можуть виявитися люди, які недоброзичливо налаштовані до особи, яку обшукують.

З огляду на зазначене, уявляється доцільним закріплення в законі права сторони захисту заявляти клопотання про заміну (відвід) понятих за наявності цих встановлених обставин. У цьому разі пріоритетним буде запрошення як понятих сторонніх незацікавлених осіб, не поінформованих про осіб, у яких проводять обшук. Запропонована норма була б гарантією запобігання

однобічності й тенденційності відображення ходу й результатів обшуку, а також безумовно сприяла б розширенню демократичних основ кримінального провадження.

**IX.** «Стаття 234. Обшук

…

3. У разі необхідності провести обшук слідчий за погодженням з прокурором або прокурор звертається до слідчого судді з відповідним клопотанням, яке повинно містити відомості про:

1) найменування кримінального провадження та його реєстраційний номер;

2) короткий виклад обставин кримінального правопорушення, у зв'язку з розслідуванням якого подається клопотання;

3) правову кваліфікацію кримінального правопорушення з зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність;

4) підстави для обшуку;

5) житло чи інше володіння особи або частину житла чи іншого володіння особи, де планується проведення обшуку;

6) особу, якій належить житло чи інше володіння, та особу, у фактичному володінні якої воно знаходиться;

7) індивідуальні або родові ознаки речей, документів, іншого майна або осіб, яких планується відшукати, а також їхній зв'язок із вчиненим кримінальним правопорушенням;

8) обґрунтування того, що доступ до речей, документів або відомостей, які можуть у них міститися, неможливо отримати органом досудового розслідування у добровільному порядку шляхом витребування речей, документів, відомостей відповідно до частини другої статті 93 цього Кодексу, або за допомогою інших слідчих дій, передбачених цим Кодексом, а доступ до осіб, яких планується відшукати, – за допомогою інших слідчих дій, передбачених цим Кодексом. Зазначена вимога не поширюється на випадки проведення обшуку з метою

відшукання знаряддя кримінального правопорушення, предметів і документів, вилучених з обігу.

До клопотання також мають бути додані оригінали або копії документів та інших матеріалів, якими прокурор, слідчий обґрунтовує доводи клопотання, а також витяг з Єдиного реєстру досудових розслідувань щодо кримінального провадження, в рамках якого подається клопотання, ***крім випадків звернення сторони захисту до слідчого судді з відповідним клопотанням***».

Обґрунтування:

В силу різних причин адвокат, який не є стороною обвинувачення й відповідно не здійснює досудове розслідування, може не мати необхідних копій документів, які згідно з абзацом другим частини 3 статті 234 КПК України мають бути додані, а саме: оригінали або копії документів та інших матеріалів, якими прокурор, слідчий обґрунтовує доводи клопотання, витяг з ЄРДР щодо кримінального провадження, в рамках якого подається клопотання. Однак ці обставини не можуть розцінюватися як заборона захисникові подавати клопотання слідчому судді про дозвіл на проведення обшуку. З огляду на зазначене, ця норма не повинна розповсюджуватися на випадки подання адвокатом клопотання до слідчого судді саме з причини більш обмеженого характеру його діяльності з доказування обставин вчинення кримінального правопорушення у порівнянні зі стороною обвинувачення.

**X.** «Стаття 236. Виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи

1. Ухвала про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи може бути виконана слідчим чи прокурором, ***а у випадках, визначених цим Кодексом – іншою службовою особою.*** Для участі в проведенні обшуку може бути запрошений потерпілий, підозрюваний, захисник, представник та інші учасники кримінального провадження. ***Особам, у яких проводиться обшук, а за їхньої відсутності повнолітнім членам сім'ї, понятим, представникам роз'яснюється їхнє право бути присутнім при всіх діях слідчого, крім***

***випадків, передбачених частиною 5 цієї статті.*** З метою одержання допомоги з питань, що потребують спеціальних знань, ***сторони кримінального провадження*** для участі в обшуку ***мають*** право запросити спеціалістів. Слідчий, прокурор вживає належних заходів для забезпечення присутності під час проведення обшуку осіб, чиї права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені. Незалежно від етапу цієї слідчої дії слідчий, прокурор, ***інша службова особа, яка проводить обшук,*** зобов'язані допустити на місце його проведення захисника чи адвоката, повноваження якого підтверджуються згідно з положеннями статті 50 цього Кодексу».

Обґрунтування:

Під випадками, визначеними КПК України, насамперед розуміють доручення слідчим суддею відповідно до частини 2 статті 166 КПК України забезпечення проведення обшуку за клопотанням сторони захисту слідчому, прокурору або органу Національної поліції за місцем проведення цих дій. Якщо проведення цього обшуку доручене службовій особі органу Національної поліції, саме вона є особою, повноваження якої мають бути безпосередньо визначені у частині 1 статті 236 КПК України. Врегулювання цього положення надасть ствердну відповідь на питання, чи може інша особа, крім слідчого, прокурора, провести обшук.

Під час обшуку житла чи іншого володіння особи подеколи виникає потреба проведення особистого обшуку, найчастіше пов'язаного з оголенням тіла людини. У цих випадках чинними є приписи частини 5 статті 236 КПК України, згідно з якими обшук особи здійснює особа тієї самої статі у присутності адвоката, представника на вимогу такої особи. Як понятих під час особистого обшуку слід залучати як чоловіків, так і жінок з тим, щоб під час проведення цього виду обшуку запрошені поняті були однієї статі з обшукуваною особою. Інші учасники проведення обшуку особи, крім зазначених, для участі в ньому не залучаються.

Під час виконання ухвали слідчого судді про проведення обшуку стороні захисту, відповідно до абзацу третього частини 1 статті 107 КПК України, надане

право безперешкодного фіксування за допомогою відеозапису. Оскільки проведення відеофіксації обшуку вимагає фахових знань не лише в аспекті володіння навичками роботи з технікою, але й має низку тактичних та методичних особливостей фіксації результатів його проведення, виникає питання щодо залучення спеціаліста стороною захисту та вимог щодо його фаховості. Водночас про таке право сторони захисту у жодній нормі КПК України не йдеться. З огляду на зазначене, виникає суперечність між загальною нормою абзацу третього частини 1 статті 107 та спеціальною нормою частини 1 статті 236 КПК України у частині законодавчого врегулювання права сторони захисту запросити спеціаліста для участі у проведенні обшуку. Вирішення цього питання саме таким чином надасть реальну можливість захисникові як стороні захисту залучати не лише фахівців для здійснення відеофіксації проведення обшуку, а й інших спеціалістів. Вони можуть надати дієву допомогу захисникові в частині виконання ним процесуальних обов'язків, спрямованих на збирання доказів та з'ясування обставин, що спростовують підозру, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підозрюваного.

Викликає заперечення унормування у частині 1 статті 236 КПК України положення про те, що 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 згідно з положеннями статті 50 цього Кодексу. Наразі, за логікою законодавця, службова особа, яка сама запрошена для участі в проведенні обшуку (наприклад, спеціаліст – працівник Національної поліції, запрошений для надання допомоги щодо здійснення безперервної відеофіксації), може вирішувати питання про допуск на місце його проведення захисника чи адвоката. Погодитися з цим навряд чи можна, оскільки зазначена особа, будучи службовою, має зовсім інші завдання й повноваження. Натомість, врахування висловленої пропозиції сприятиме однаковому визначенню тих учасників, які, по-перше, самі уповноважені провести обшук, по-друге, вирішувати питання про допуск на місце його проведення інших осіб, зокрема захисника чи адвоката.

…

«4. У разі відсутності осіб у житлі чи іншому володінні ***обов'язковим учасником проведення обшуку є захисник, адвокат чи представник.*** Копія ухвали ***у цьому випадку*** повинна бути ***вручена зазначеним особам, а також*** залишена на видному місці у житлі чи іншому володінні особи. При цьому слідчий, прокурор зобов'язаний забезпечити схоронність майна, що знаходиться у житлі чи іншому володінні особи, та неможливість доступу до нього сторонніх осіб».

Обґрунтування:

Обшук належить до заходів процесуального примусу, тож його проведення повною мірою має відповідати засадам кримінального провадження та гарантіям їх дотримання. Законодавчий дозвіл на проведення обшуку в житлі чи іншому володінні особи без присутності власників або осіб, які займають ці приміщення, ставить під сумнів об'єктивність його проведення й можливість подальшого беззастережного використання отриманих доказів. З іншої сторони, по-перше, ця особа може бути тривалий час відсутньою (перебування за межами місця проживання, хвороба, відрядження); по-друге, особа може не мати договору з адвокатом про надання їй правової допомоги, а його укладення за допомогою членів сім'ї чи близьких родичів неминуче призведе до затягування проведення обшуку. Вважаємо, що у цих випадках, з метою дотримання прав і законних інтересів відсутньої під час обшуку особи обов'язковою має бути участь захисника, адвоката або представника цієї особи. За наявності договору такі особи мають бути запрошені стороною обвинувачення, а за його відсутності – їх запрошують через центр надання вторинної правової допомоги.

Необхідність доповнення щодо вручення захиснику, адвокату чи представнику копії ухвали пов'язана з тим, що для проведення окремої процесуальної дії може бути залучений не лише захисник (для захисту підозрюваного), а й адвокат (свідка чи особи, чиї права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені) чи як представник (потерпілого). Тож запропоновані доповнення до частини 4 статті 236 КПК України передбачають

законодавче врегулювання їх участі під час проведення обшуку й гарантування ними забезпечення прав та законних інтересів осіб, які в силу різних причин відсутні на місці проведення обшуку.

«5. Обшук на підставі ухвали слідчого судді повинен проводитися в обсязі, необхідному для досягнення мети обшуку. За рішенням слідчого чи прокурора, ***прийнятим у порядку, передбаченому статтею 110 цього Кодексу,*** може бути проведено обшук осіб, які перебувають в житлі чи іншому володінні, якщо є достатні підстави вважати, що вони переховують при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження».

Обґрунтування:

Закон не містить жодних критеріїв, за наявності яких рішення щодо проведення обшуку особи під час проведення обшуку житла або іншого володіння особи може бути прийняте. Не встановлено також, яким повинно бути це рішення, як воно має бути оформлено. У практичній діяльності під час проведення обшуку це створює ситуацію, коли уповноважена особа на власний розсуд визначає необхідність обшуку особи, і користуючись цим, нехтує засадами, закріпленими кримінальним процесуальним законодавством. Відповідно до частини 5 статті 236 КПК України, обшук осіб, які перебувають в житлі чи іншому володінні, може бути проведено за рішенням слідчого чи прокурора, якщо є достатні дані вважати, що вони переховують при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження. Проблема тлумачення цієї процесуальної норми полягає в тому, що саме розуміти під рішенням слідчого чи прокурора: його процесуальне чи тактичне рішення. Якщо вести мову про процесуальне рішення, то, відповідно до частини 3 статті 110 КПК України, рішення слідчого, прокурора приймається у формі постанови, яка виготовляється на офіційному бланку та підписується службовою особою, а якщо про тактичне – норма частини 5 статті 236 КПК України надає йому підстави оцінити ситуацію під час проведення обшуку житла чи іншого володіння особи та провести обшук осіб за наявності до того підстав.

Це рішення слідчого значною мірою носить оцінний характер, а його прийняття не виключає порушення прав та законних інтересів осіб, присутніх під час проведення обшуку. З огляду на зазначене, вважаємо за доцільне запропонувати безальтернативність проведення особистого обшуку на підставі процесуального рішення слідчого, яким є його постанова. Вимога частини 6 статті 110 КПК України щодо її складання на офіційному бланку не є перепоною для її виготовлення на місці проведення обшуку, а, навпаки, є додатковою гарантією дотримання прав та законних інтересів осіб, яких вона стосується відповідно до частини 7 зазначеної статті цього Кодексу.

«7. При обшуку слідчий, прокурор має право проводити вимірювання, фотографування, ***~~звуко- чи відеозапис~~,*** складати плани і схеми, виготовляти графічні зображення обшуканого житла чи іншого володіння особи чи окремих речей, виготовляти відбитки та зліпки, оглядати і вилучати документи, тимчасово вилучати речі, які мають значення для кримінального провадження. Предмети, які вилучені законом з обігу, підлягають вилученню незалежно від їх відношення до кримінального провадження. Вилучені речі та документи, які не входять до переліку, щодо якого прямо надано дозвіл на відшукання в ухвалі про дозвіл на проведення обшуку, та не відносяться до предметів, які вилучені законом з обігу, вважаються тимчасово вилученим майном».

…

«10. Обшук житла чи іншого володіння особи на підставі ухвали слідчого судді в обов’язковому порядку фіксується за допомогою ***~~аудіо- та~~*** відеозапису».

Обґрунтування:

Позиції законодавця з питання фіксації ходу та результатів проведення обшуку не є послідовною. Норми абзацу першого частини 1 статті 107 КПК України покладають на особу, яка проводить відповідну процесуальну дію, рішення про її фіксацію за допомогою технічних засобів під час досудового розслідування. З цієї загальної норми вбачається, що такими технічними засобами насамперед є засоби відеозапису, що найчастіше використовують під

час проведення обшуку. Водночас низка норм КПК України не повною мірою наразі узгоджена між собою. Зокрема, у абзаці другому частини 1 статті 107 цього Кодексу йдеться про обов'язкову фіксацію проведення обшуку за допомогою звуко- та відеозаписувальних технічних засобів. Згідно з частиною 7 статті 236 КПК України, під час обшуку слідчий має право проводити звуко- чи відеозапис, у той час як частина 10 цієї ж статті вказаного Кодексу передбачає обов'язкову фіксацію за допомогою аудіо- та відеозапису. Системний аналіз цих процесуальних норм й вживання в них сполучника «та» в обох випадках засвідчує про необхідність комплексного застосування стороною обвинувачення як звукозапису, так і відеозапису. Водночас, під час відеозапису здійснюється як аудіо-, так і відеофіксація ходу та результатів проведення обшуку. Особлива наочність відеофіксації потрібна насамперед у випадках виявлення та вилучення речей та предметів під час обшуку, а звуко- чи аудіозапис такої наочності не забезпечує. З огляду на зазначене, враховуючи, що технічні можливості відеозаписувальних технічних засобів охоплюють фіксацію та відтворення звуку, з метою однакового унормування використання технічних засобів, пропонуємо з абзацу другого частини 1 статті 107 КПК України вилучити слова: «звуко- та», а з частини 10 статті 236 цього Кодексу – слова «аудіо- та».

**Додаток Д**

**ЗАТВЕРДЖУЮ**
Перший проректор
Національної академії
внутрішніх справ
доктор юридичних наук,
професор
**Станіслав ГУСАРЄВ**
«__» ____ 2020 р.

**АКТ**
**про впровадження результатів дисертації ад'юнкта кафедри досудового розслідування навчально-наукового інституту №1 Національної академії внутрішніх справ Дульського Олександра Леонідовича на тему: «Забезпечення стороною захисту дотримання прав та законних інтересів учасників проведення обшуку» у освітній процес Національної академії внутрішніх справ**

Комісія у складі: т.в.о. начальника відділу організації та координації освітнього процесу Національної академії внутрішніх справ, кандидата юридичних наук Власенка В.П., заступника директора навчально-наукового інституту № 1 з навчально-методичної та наукової роботи, кандидата юридичних наук Моргун Н.С., завідувача кафедри досудового розслідування, кандидата юридичних наук Сухомлин Ю.В. склала цей акт про те, що результати дисертації Дульського О.Л. на тему: «Забезпечення стороною захисту дотримання прав та законних інтересів учасників проведення обшуку» впроваджені у освітній процес академії.

На основі проведеного аналізу комісія дійшла висновку, що подані наукові праці Дульського О.Л. містять науково-обґрунтовані теоретичні положення і практичні рекомендації, запроваджені для використання в освітньому процесі Національної академії внутрішніх справ, зокрема під час викладання і вивчення навчальних дисциплін «Кримінальний процес», «Судові та правоохоронні органи України», «Складання кримінальних процесуальних документів», «Організація роботи слідчо-оперативної групи», «Адвокатура України» для здобувачів ступеня вищої освіти бакалавра, у

рамках підвищення кваліфікації слідчих згідно з затвердженими навчальними програмами Національної академії внутрішніх справ, а також у процесі підготовки навчально-методичних і дидактичних матеріалів, які можуть бути рекомендовані під час самостійної роботи курсантів, студентів та слухачів.

**Голова комісії:**
**кандидат юридичних наук** **Валерій ВЛАСЕНКО**

**Члени комісії:**
**кандидат юридичних наук** **Надія МОРГУН**

**кандидат юридичних наук** **Юлія СУХОМЛИН**