

ОСОБЛИВОСТІ ЗДІЙСНЕННЯ ПОВЕРХНЕВОЇ ПЕРЕВІРКИ, ОСОБИСТОГО ОГЛЯДУ ТА ОСОБИСТОГО ОБШУКУ

FEATURES OF THE SURFACE REVIEW PERFORMANCE, PERSONAL REVIEW AND PERSONAL EXTENSION

Поцілуйко В.М.,

*аспірант кафедри кримінального права і правосуддя
Запорізького національного університету*

Статтю присвячено аналізу законодавчого регулювання порядку здійснення поверхневої перевірки, особистого обшуку й особистого огляду особи, визначенню спільних і відмінних ознак цих заходів адміністративно- та кримінально-процесуального забезпечення, виявленню недоліків їх застосування уповноваженими органами й висловленню пропозицій щодо вдосконалення законодавчого їх урегулювання та практики застосування.

Ключові слова: заходи адміністративного та кримінально-процесуального забезпечення, особистий обшук, особистий огляд, поверхнева перевірка, затримання особи, гарантії законності застосування.

Статья посвящена анализу законодательного регулирования порядка осуществления поверхностной проверки, личного обыска и личного досмотра лица, определению общих и отличительных признаков данных мер административно- и уголовно-процессуального обеспечения, выявлению недостатков их применения уполномоченными органами и высказыванию предложений по совершенствованию законодательного их урегулирования и практики применения.

Ключевые слова: меры административного и уголовно-процессуального обеспечения, личный обыск, личный досмотр, поверхностная проверка, задержание лица, гарантии законности применения.

The article is devoted to the analysis of the legislative regulation of the procedure for conducting a surface check, a personal search and a personal review of a person, the definition of common and distinctive features of these administrative and criminal procedure measures, revealing the disadvantages of their application by the authorized bodies and making suggestions for improving their legislative regulation and application practices.

Key words: measures of administrative and criminal-procedural support, personal search, personal review, superficial examination, detention of a person, guarantees of legality of application.

Постановка проблеми. Право на недоторканість особи закріплено в Конституції України, а також у міжнародних нормативно-правових актів. Воно поряд з іншими особистими немайновими правами особи зараховано до найвищих соціальних цінностей. Порушення цього права може допускатись тільки для блага суспільства з метою запобігання вчиненню правопорушень, усунення їх наслідків і зібрання доказів про причетність особи до його вчинення. Водночас аналіз судової практики показує на недосконалість законодавства, що регламентує діяльність уповноважених осіб щодо здійснення поверхневої перевірки, особистого огляду та особистого обшуку. Тому це питання є важливим і потребує комплексного дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням здійснення огляду як заходу забезпечення провадження в справах про адміністративні правопорушення займались такі провідні вчені, як В.Б. Авер'янов, М.І. Ануфрієв, Д.М. Бахрах, Ю.П. Битяк, І.П. Голосніченко, Є.В. Додін, Р.А. Калужний, Л.В. Коваль, В.К. Колпаков, А.Т. Комзюк, М.В. Корнієнко, В.С. Куйбіда, О.В. Негодченко, В.І. Олефір, В.Л. Ортинський, С.В. Петков, В.М. Плішкін, В.Я. Тацій, Ю.С. Шемшученко, О.Г. Шило, В.К. Шкарупа та інші. Проблема проведення слідчих (розшукових) дій, у тому числі й обшуку, у різні роки присвятили праці А.Я. Дубинський, В.І. Галаган, В.Я. Горбачев-

ський, Ю.М. Грошевий, А.В. Іщенко, О.В. Капліна, В.С. Кузьмічов, О.П. Кучинська, Л.М. Лобойко, Є.Д. Лук'янчиков, М.М. Михеєнко, В.Т. Малайченко, В.В. Назаров, Д.Й. Никифорчук, В.Т. Нор, М.А. Погорецький, В.О. Попелюшко, Д.Б. Сергєєва, С.В. Слінько, В.М. Тertiшник, Л.Д. Удалова, С.С. Чернявський, Ю.М. Черноус, В.Ю. Шепітько, М.Є. Шумило й інші.

Виділення невіршених раніше частин загальної проблеми, яким присвячується стаття. Але роботи зазначених науковців переважно виконані на основі норм кримінально-процесуального законодавства, що на цей час утратило чинність. Також малодослідженим є такий превентивний поліцейський захід, як поверхнева перевірка, оскільки з'явився в чинному законодавстві не так давно.

Формулювання цілей статті. Метою статті є розгляд законодавства, що регламентує поверхневу перевірку, особистий обшук та особистий огляд особи, виявлення недоліків і надання пропозицій щодо його вдосконалення.

Виклад основного матеріалу. Натепер чинне законодавство передбачає проведення огляду (особистого обшуку особи) в трьох випадках. Перший випадок визначений у статті 34 Закону України «Про Національну поліцію» та має назву «поверхнева перевірка». Другий – особистий огляд, передбачений статтею 264 Кодексом України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП) і застосовується як

захід забезпечення провадження в справах про адміністративні правопорушення. І, нарешті, третій – особистий обшук, передбачений Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК України).

Важливим є правильне розуміння ознак зазначених примусових заходів, а також підстав і порядку застосування, адже від цього залежить належність і допустимість зібраних доказів у кримінальному провадженні чи провадженні у справах про адміністративні правопорушення, дотримання конституційних прав і свобод людини та громадянина.

Згідно з вимогами частини 3 статті 62 Конституції України [1] і Рішенням Конституційного Суду від 20.10.2001 № 12-рп/2011 [2], обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, тобто з порушенням конституційних прав і свобод людини та громадянина або встановлених законом порядку, засобів, джерел отримання таких доказів. Визнаватися допустимими й використовуватися як докази в кримінальній справі можуть тільки фактичні дані, отримані відповідно до вимог законодавства. Перевірка доказів на їх допустимість є найважливішою гарантією забезпечення прав і свобод людини та громадянина в кримінальному процесі й ухвалення законного і справедливого рішення у справі.

Згідно зі статтею 86 КПК України, доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому цим Кодексом. Недопустимий доказ не може бути використаний для прийняття процесуальних рішень, на нього не може посилятися суд під час ухвалення судового рішення.

Постановою Верховного Суду України визначено критерій розмежування поверхневої перевірки та особистого огляду, огляду місця події під час розгляду касаційної скарги за частиною 1 статті 309 Кримінального кодексу України. Зокрема, як вбачається з матеріалів провадження, обвинувальний вирок щодо *Особи 1* обґрунтовано даними, які містяться в протоколі огляду місця події від 20.11.2015, висновку експерта від 20.11.2015, показаннями свідків *Особи 3* та *Особи 4*. Разом із тим, оцінюючи як доказ протокол огляду місця події за його допустимістю, суд першої інстанції не врахував, що речовина, яка в подальшому виявилась наркотичним засобом – канабісом, вилучена з лівої внутрішньої кишені куртки обвинуваченого працівником поліції. Однак у протоколі міститься посилання, що вона вилучена під час поверхневого огляду.

У процесі проведення вказаної слідчої дії не враховані вимоги статті 34 Закону України «Про Національну поліцію», якими передбачено, що поверхнева перевірка як превентивний поліцейський захід є здійсненням візуального огляду особи, проведенням по поверхні вбрання особи рукою, спеціальним приладом або засобом, візуальним оглядом речі або транспортного засобу.

Поліцейський для здійснення поверхневої перевірки особи може зупиняти осіб і/або оглядати їх, якщо існує достатньо підстав уважати, що особа має при собі річ, обіг якої заборонено чи обмежено або яка становить загрозу життю чи здоров'ю такої особи або

інших осіб. Крім того, поза увагою суду залишилися ті обставини, що зазначений огляд місця події був проведений у кімнаті поліції на станції м. Лісова, до якої *Особа 1* був запрошений працівником правоохоронного органу. Отже, з огляду на вимоги статті 209 КПК України, *Особа 1* був особою, яку фактично затримала уповноважена службова особа. Однак у матеріалах провадження відсутній протокол затримання *Особи 1*, складений відповідно до вимог статті 208 КПК України. Разом із тим суд не оцінив законність проведення обшуку затриманого відповідно до вимог частини 3 вказаної норми закону. Також суд не звернув увагу й не усунув суперечності в показаннях свідків *Особи 3* та *Особи 4* щодо обставин виявлення й вилучення в *Особи 1* наркотичного засобу, проте поклав їх в основу обвинувального вироку. Отже, розглядаючи кримінальне провадження щодо *Особи 1*, суд на вказані порушення вимог закону увагу не звернув, в основу обвинувального вироку поклав докази, зібрані органом досудового розслідування з порушенням прав людини й основоположних свобод [3]. Наведене, відповідно до вимог частини 1 статті 412 КПК України, є істотним порушенням кримінального процесуального закону, що перешкодило суду ухвалити законне й обґрунтоване рішення, як про це зазначено в касаційній скарзі захисника.

Якщо порівнювати ці примусові заходи, які застосовуються до особи, залежно від учиненого нею правопорушення, можна зазначити, що для особистого огляду та особистого обшуку необхідно чітко кваліфікувати правопорушення й визначитись, чи є це адміністративне правопорушення чи кримінальне. Для здійснення поверхневої перевірки це не є обов'язковою умовою. Але останній захід є обмеженим у можливості поліцейського щодо виявлення речей обмежених чи заборонених в обігу, адже поверхнева перевірка передбачає здійснення візуального огляду особи, проведення по поверхні вбрання особи рукою, спеціальним приладом або засобом. Під час поверхневої перевірки речі або транспортного засобу особа повинна самостійно показати поліцейському вміст особистих речей чи транспортного засобу.

Частина 7 статті 34 Закону України «Про Національну поліцію» визначає, що в разі виявлення в ході поверхневої перевірки будь-яких слідів правопорушення поліцейський забезпечує їх схоронність та огляд відповідно до вимог статті 237 КПК України [4]. Водночас, щоб здійснити огляд речі, її потрібно спочатку вилучити (дістати з кишені чи іншого місця зберігання) в особи, а поверхнева перевірка не дозволяє цього зробити. А отже, для цього потрібно здійснити або особистий огляд, або особистий обшук залежно від виду правопорушення.

Ураховуючи зазначене, пропонуємо внести зміни до частини 7 статті 34 Закону України «Про Національну поліцію», виклавши її в такій редакції: «7. У разі виявлення в ході поверхневої перевірки в особи заборонених чи обмежених в обігу речей або документів поліцейський має право провести особистий огляд або особистий обшук з дотриман-

ням вимог Кодексу України про адміністративні правопорушення чи Кримінального процесуального кодексу України залежного від виду вчиненого правопорушення. Якщо виявлені в особи речі чи документи дають підстави вважати, що особою вчинено кримінальне правопорушення, подальший їх огляд і вилучення здійснюються відповідно до вимог статті 237 Кримінального процесуального кодексу України».

Порядок здійснення особистого огляду й огляду речей визначено в статті 264 КУпАП. Підстави здійснення такого огляду, як і всіх інших заходів забезпечення провадження в справах про адміністративні правопорушення, визначені в статті 260 КУпАП, а саме: припинення адміністративних правопорушень, коли вичерпано інші заходи впливу, встановлення особи, складення протоколу про адміністративне правопорушення в разі неможливості складення його на місці вчинення правопорушення, якщо складення протоколу є обов'язковим, забезпечення своєчасного і правильного розгляду справ і виконання постанов по справах про адміністративні правопорушення [5].

Як бачимо, серед зазначених підстав відсутні ті, які б мали безпосередній стосунок до особистого огляду особи та її речей. З урахуванням зазначеного пропонуємо внести зміни до статті 260 КУпАП, а саме: в частині 1 після слів «та виконання постанов по справах про адміністративні правопорушення» доповнити словами «а також виявлення речей і документів, заборонених чи обмежених в обігу в разі наявності обґрунтованих підстав вважати, що вони знаходяться в особі».

Найбільше питань щодо нормативного забезпечення викликає особистий обшук особи, адже, на відміну від особистого огляду та поверхневої перевірки, цей кримінально-процесуальний захід не має окремої норми в КПК України, яка б регламентувала порядок його здійснення.

Загалом усі правила про проведення особистого обшуку затриманої особи, відповідно до КПК України, можна представити так: 1) суб'єктами проведення особистого обшуку є уповноважена службова особа, слідчий, прокурор (частина 3 статті 208 КПК України); 2) обшук особи здійснюється з обов'язковою участю не менше ніж двоє понять незалежно від застосування технічних засобів фіксування (частина 7 статті 223 КПК України); 3) обшук особи повинен бути здійснений особами тієї ж статі (частина 5 статті 236 КПК України); 4) під час обшуку може бути тимчасово вилучене майно затриманої особи (стаття 168 КПК України); 5) результати особистого обшуку зазначаються в протоколі затримання особи, підозрюваної в учиненні злочину (частина 5 статті 208 КПК України) [6].

Щодо відсутності чіткої правової регламентації в КПК України підстав і порядку проведення особистого обшуку можна стверджувати, що існує реальна загроза визнання під час судового розгляду отриманих у процесі обшуку відомостей як неналежащих і недопустимих доказів (стаття 87 КПК України) через порушення прав і свобод людини

та громадянина. Варто відзначити, що особистий обшук супроводжується використанням примусу, що прямо стосується істинного обмеження прав громадян [7, с. 97].

Якщо особистий обшук уважати різновидом обшуку, порядок проведення якого передбачений у статті 234 КПК України, то його мета взагалі нівелюється та втрачає будь-який сенс, адже такий обшук потребує отримання ухвали слідчого судді місцевого суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться (зареєстрований) орган досудового розслідування як юридична особа.

Так, частина 3 статті 208 зазначає, що уповноважена службова особа, слідчий, прокурор може здійснити обшук затриманої особи. При цьому зазначеним суб'єктам потрібно дотримуватись вимог статей 223 і 236 Кримінального процесуального кодексу України [8]. Аналіз цих норм дає змогу стверджувати, що для здійснення особистого обшуку потрібна ухвала слідчого судді. За таких обставин втрачається оперативність отриманої інформації та практично унеможливується виконання покладених на поліцію обов'язків і завдань кримінальної відповідальності.

Ще одним недоліком чинного законодавства є те, що особистий обшук є слідчою дією і її виконанню має передувати внесення відомостей до єдиного реєстру досудових розслідувань. А коли поліцейській проводить поверхневу перевірку, закон не вимагає внесення відомостей до єдиного реєстру досудових розслідувань, оскільки це є превентивним поліцейським заходом.

Окремо варто виділити питання щодо правового режиму вилученого майна під час особистого огляду. Відповідно до частини 1 статті 167 КПК України, тимчасовим вилученням майна є фактичне позбавлення підозрюваного або осіб, у володінні яких перебуває зазначене в частині 2 цієї статті майно, можливості володіти, користуватися та розпоряджатися певним майном до вирішення питання про арешт майна або його повернення.

Частина 7 статті 236 КПК України передбачає, що вилучені речі й документи, які не входять до переліку, щодо якого прямо надано дозвіл на відшукання в ухвалі про дозвіл на проведення обшуку, і не належать до предметів, які вилучені законом з обігу, вважаються тимчасово вилученим майном. Аналогічні правила поширюються й на майно, вилучене під час проведення огляду [9, с. 521].

Тимчасово вилучити майно може кожен, хто законно затримав особу в порядку, передбаченому статтями 207, 208 цього Кодексу. Кожна особа, яка здійснила законне затримання, зобов'язана одночасно з доставленням затриманої особи до слідчого, прокурора, іншої уповноваженої службової особи передати їй тимчасово вилучене майно. Факт передавання тимчасово вилученого майна засвідчується протоколом. Тимчасове вилучення майна може здійснюватися також під час обшуку, огляду.

Після тимчасового вилучення майна законодавством визначено необхідність учинення певних процесуальних дій для прокурора чи слідчого. Недо-

тримання цієї вимоги призведе до того, що права особи будуть порушені, а докази будуть уважатись неналежними та недопустимими. До таких дій чинний КПК України зараховує звернення слідчого, прокурора з клопотанням про арешт вилученого майна не пізніше наступного робочого дня після вилучення майна. В інакшому випадку майно має бути негайно повернуто особі, у якій його вилучено. Зазначене клопотання слідчий-суддя розглядає протягом 72 годин, і в разі її незадоволення та невинесення ухвали про арешт майна воно також повертається особі, у якій її вилучено.

Проблема полягає в тому, що на практиці часто такі вимоги кримінально-процесуального законодавства не дотримуються працівниками слідчих органів і прокурорами, що призводить до порушення прав і законних інтересів особи, у якій такі речі вилучено. Також у такому разі тимчасово вилучені речі не можуть розглядатись як докази, адже за таких умов вони не будуть відповідати принципам належності й допустимості доказів.

Але тимчасове вилучення майна можливе не тільки в затриманій особі, підозрюваного чи обвинуваченого (або осіб, які в подальшому набудуть такого статусу). Воно може вилучатись і у свідка чи інших осіб. Виникає питання: як бути в такому разі щодо вимог частини 5 статті 171 КПК України щодо накладення на нього арешту?

Із цього приводу О.Ю. Татаров зазначає, що суперечливим є порядок вирішення питань щодо подальшої долі майна, яке вилучено під час проведення слідчих (розшукових) дій у кримінальних провадженнях (тимчасово вилученого майна) та не належать підозрюваному або особам, які в силу закону несуть цивільну відповідальність за шкоду, завдану підозрюваним або неосудною особою, яка вчинила суспільно небезпечне діяння. Виникає питання щодо процесуального порядку подальшого утримання в слідчого майна, яке не належить переліченим у частині 1 статті 170 КПК України учасникам провадження, а належить, наприклад, свідку,

потерпілому, юридичній особі та утримання якого необхідне для проведення певних процесуальних дій (експертиз тощо) чи забезпечення його збереження [10, с. 186].

Виходом із цієї ситуації, можливо, було б унесення змін до частини 2 статті 168 і частини 7 статті 236 КПК України в частині визначення правового статусу вилученого майна в інших осіб, окрім затриманих, підозрюваних, обвинувачених, з можливістю звернення слідчого, прокурора до слідчого судді з клопотанням не про арешт майна, а про здійснення тимчасового доступу до нього.

Висновки. Проаналізувавши норми КПК України та виявивши недоліки законодавчого регулювання проведення особистого обшуку, вважаємо за необхідне передбачити в КПК України окрему статтю, яка б установлювала підстави й порядок проведення цього заходу. При цьому необхідно відокремити особистий обшук від обшуку житла чи іншого володіння особи та дозволити проводити його до внесення відомостей до єдиного реєстру досудових розслідувань, а також без ухвали слідчого судді. До того ж пропонуємо таке: 1) удосконалити порядок проведення поверхневої перевірки шляхом унесення відповідних змін до статті 34 Закону України «Про Національну поліцію» в частині запровадження можливості здійснити особистий обшук чи особистий огляд у разі виявлення в особи заборонених чи обмежених в обігу речей або документів; 2) доповнити статтю 260 КУпАП у частині доповнення підставою проведення заходів забезпечення провадження в справах про адміністративні правопорушення, яка б безпосередньо стосувалась здійснення особистого огляду особи; 3) унести зміни до частини 2 статті 168 і частини 7 статті 236 КПК України в частині визначення правового статусу вилученого майна в інших осіб, окрім затриманих, підозрюваних, обвинувачених, з можливістю звернення слідчого, прокурора до слідчого судді з клопотанням не про арешт майна, а про здійснення тимчасового доступу до нього.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Конституція України: прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28.06.1996. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.
2. Рішення Конституційного Суду від 20.10.2001 № 12-рп/2011. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-11>.
3. Постанова Верховного Суду № 754/5978/16-к.
4. Про Національну поліцію: Закон України від 02.07.2015. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/580-19>.
5. Кодекс України про адміністративні правопорушення. Відомості Верховної Ради УРСР. 1984. Додаток до № 51. Ст. 1122.
6. Кримінальний процесуальний кодекс України. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/print1516126044139130>.
7. Столітній А.В. Обшук та огляд: сучасні реалії, європейський досвід. Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція». 2015. Вип. 16 (2). С. 96–99.
8. Степанова Г., Степанов О., Кулик М. Обшук особи за КПК України: проблемні питання та шляхи вдосконалення. Науковий журнал «Підприємство, господарство і право». 2017. № 2. С. 294–298.
9. Гловюк І.В. Деякі проблеми тимчасового вилучення та арешту майна як заходів забезпечення кримінального провадження. Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». Одеса, 2013. Т. XIII. С. 520–528.
10. Татаров О.Ю. Застосування деяких положень нового КПК України потребує унормування. Митна справа. 2013. Ч. 2. С. 182–187.