



Баганець О. В.,
заслужений юрист України, адвокат,
здобувач кафедри правосуддя
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

ОБШУК ОСОБИ ЯК ЗАСІБ ОТРИМАННЯ ДОКАЗІВ СТОРОНОЮ ОБВИНУВАЧЕННЯ У ДОСУДОВОМУ РОЗСЛІДУВАННІ ПРИЙНЯТТЯ ПРОПОЗИЦІЇ, ОБІЦЯНКИ АБО ОДЕРЖАННЯ НЕПРАВОМІРНОЇ ВИГОДИ СЛУЖБОВОЮ ОСОБОЮ

Автором статті розглянуто проблемні питання застосування стороною обвинувачення такого засобу отримання доказів, як обшук особи під час здійснення досудового розслідування прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою в умовах дії останніх змін чинного кримінального процесуального та кримінального законодавства України.

Ключові слова: обшук, особа, сторона обвинувачення, доказування, прийняття пропозиції.

Автором статті рассмотрены проблемные вопросы применения стороной обвинения такого средства получения доказательств, как обыск личности при осуществлении досудебного расследования принятия предложения, обещания или получения неправомерной выгоды должностным лицом в условиях действия последних изменений действующего уголовного процессуального и уголовного законодательства Украины.

Ключевые слова: обыск, личность, сторона обвинения, доказывание, принятие предложения.

Прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою є одним з найбільш розповсюджених проявів корупції, яка сьогодні пронизує усі сфери життєдіяльності українського суспільства і становить безпосередню загрозу національній безпеці,

зумовлює низьку інвестиційну привабливість країни, гальмує розвиток економіки [1, с. 184]. Саме тому розслідування злочинів цієї категорії на сьогодні має край важливе значення та повинно бути пріоритетним завданням нашої держави.

Ефективність розслідування прийняття пропозиції, обіцянки або одер-

жання неправомірної вигоди службовою особою безумовно залежить від діяльності сторони обвинувачення у досудовому розслідуванні, зокрема під час застосування таких засобів отримання доказів як слідчі (розшукові) дії. Одним із дієвих засобів отримання доказів у кримінальних провадженнях цієї категорії є обшук особи. Разом з тим результати проведеного аналізу матеріалів кримінальних проваджень дають підстави для висновку, що на практиці виникає низка проблемних питань, пов'язаних із отриманням доказів стороною обвинувачення за результатами проведення обшуку особи під час здійснення досудового розслідування прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою, наявність яких негативно позначається як на ефективності здійснення стороною обвинувачення доказування у кримінальних провадженнях цієї категорії, так і на всебічності, повноті та неупередженості проведенні всього досудового розслідування цих злочинів. Основною причиною цього є недосконалість положень глави 20 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) щодо проведення обшуку особи.

У науковій літературі питаннями розслідування прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою займалися такі вчені, як В. І. Бояров, А. А. Вознюк, П. В. Жовтан, В. А. Журавель, С. П. Кушніренко, В. М. Ліщенко, М. А. Погорецький, О. С. Тарасенко, О. Ю. Татаров, О. М. Толочко, Л. Д. Удалова, А. Н. Халіков, С. С. Чернявський, А. І. Шило, В. Ю. Шепітько, Д. О. Шумейко та ін. Водночас проблемні питання застосування такого засобу отримання доказів стороною обвинувачення як обшук особи під час здійснення досудового розслідування прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою в умовах дії останніх змін чинного кримінального процесуального та кримінального законодавства

України є недослідженими, що і є метою нашої статті.

Слід зазначити, що глава 20 КПК України, яка визначає процесуальний порядок провадження слідчих (розшукових) дій, підстави їх проведення тощо, не передбачає норму, яка б регламентувала процесуальний порядок проведення обшуку особи, підстави його проведення. Виходячи з результатів аналізу положень чинного КПК України можемо зробити висновок, що обшук особи проводиться у таких випадках: 1) під час затримання особи у порядку, передбаченому частиною третьою ст. 208 КПК України; 2) під час проведення обшуку житла чи іншого володіння особи у порядку, передбаченому частиною п'ятою ст. 236 КПК України. У цьому контексті доцільно навести позицію О. Б. Комарницької, яка цілком обґрунтовано констатує, що діючий КПК України, на відміну від КПК України 1960 р., не виділяє правових підстав для проведення обшуку особи, а містить загальні умови для проведення обшуку в цілому. Такий обшук відповідно до теорії кримінального процесуального законодавства має підвиди, серед яких є особистий обшук. Сформульовані КПК України 2012 р. загальні підстави для проведення обшуку, на практиці призводять до різного їх трактування та застосування, а це, своєю чергою, породжує різні правові наслідки для кримінального провадження та особи, яку обшукали. Зокрема, у колі науковців та практиків активно обговорюється питання наскільки є законним застосування положень ст. 234 КПК України (обшук житла чи іншого володіння особи) до подібних правовідносин, якими є особистий обшук [2, с. 43]. Подібну думку висловлює й Д. О. Шумейко, зазначаючи, що відсутність в КПК регламентації нормативно-правових підстав та порядку проведення обшуку особи зумовлює неоднозначність застосування в практичній діяльності слідчих та судових органів положень про обшук при розслідуванні прийняття пропозиції, обі-

цянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою [3, с. 133].

Відсутність правових підстав для проведення обшуку особи негативно відображається не лише на сторінках наукової літератури, а й викликає певні розбіжності серед практичних працівників. Так, зокрема, 62% слідчих, 54% прокурорів та 42% суддів вважають, що сторона обвинувачення має право проводити обшук особи у порядку, передбаченому ст.ст. 208, 223, 234, 236, 241 КПК України, а 38% слідчих, 46% прокурорів та 58% суддів зазначають, що процесуальний порядок проведення обшуку особи, прийняття рішення щодо його проведення КПК України не визначає. Наявність такої неоднозначності серед практичних працівників призводить до різного правозастосування ними положень чинного КПК України щодо застосування такого засобу отримання доказів як обшук особи під час здійснення розслідування прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою. Так, наприклад, у кримінальному провадженні № 12013080350001379, відкритому за ознаками злочину, передбаченого частиною четвертою ст. 368 КК України, слідчий СВ Токмацького МВ ГУМВС України в Запорізькій області особа А. звернувся до слідчого судді з клопотанням про проведення обшуку особи К. В обґрунтування клопотання слідчий посилається на те, що особа К., перебуваючи на посаді егеря в Чернігівському районі та виконуючи свої службові обов'язки, вимагає від особи Л. грошові кошти в сумі 1500 гривень в якості неправомірної вигоди за не притягнення останнього до адміністративної відповідальності за знищення очерету та фазанів в с. Олександрівка Чернігівського району. Слідчий суддя особа М., керуючись положеннями ст.ст. 234, 235, 237, 372 КПК України, відповідне клопотання задовольнив [4]. Подібні випадки надання дозволів на проведення обшуку осіб зустрічаються й в інших кримінальних провадженнях цієї категорії [5, 6 та ін.].

У той же час, під час здійснення кримінального провадження щодо прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою спостерігається й інша практика надання дозволів щодо проведення обшуку особи. Так, наприклад, у кримінальному провадженні № 12014042010000511, відкритому за фактом вчинення особою Г. злочину, передбаченого частиною третьою ст. 368 КК України, слідчий СВ ЛВ на ст. Дніпропетровськ УМВС України на Придніпровській залізниці особа Л. звернувся до слідчого судді особи Р. з клопотанням про проведення обшуку особи Г., який при відкритому виявленні та фіксуванні обставин вчинення кримінального може сховати в особистих речах, одязі, предмет кримінального правопорушення – задалегідь ідентифіковані (помічені) засоби – грошові купюри. Слідчий суддя, виходячи з положень ст.ст. 223, 233, 234–236 КПК України, відхилив відповідне клопотання, обґрунтовуючи це тим, що проведення обшуку особи не передбачено КПК України [7]. Аналогічні випадки застосування відповідних положень чинного КПК України зустрічаються й в інших кримінальних провадженнях цієї категорії [8, 9 та ін.]. На наш погляд, така практика розгляду слідчими суддями клопотань сторони обвинувачення про надання дозволу щодо проведення обшуку особи є цілком обґрунтованою, проте той факт, що окремі слідчі судді розглядають відповідні клопотання та надають дозвіл на проведення обшуку осіб, які одержують неправомірну вигоду, є недопустимим і таким, що не відповідає загальним засадам кримінального процесуального доказування. Зауважимо, що слідчий суддя уповноважений постановляти лише ухвалу про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння. Процесуальний порядок розгляду слідчим суддя клопотань про надання дозволу щодо обшуку осіб та постановлення відповідних ухвал чинний КПК України не визначає. У зв'язку з чим, результати проведення стороною

обвинувачення обшуку осіб, що здійснені на підставі відповідних ухвал слідчих суддів, не можуть бути використані як допустимі докази у кримінальних провадженнях цієї категорії.

Стороні обвинувачення як суб'єкту доказування у кримінальних провадженнях цієї категорії необхідно враховувати, що у разі проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, то за рішенням слідчого чи прокурора 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 (ч. 5 ст. 236 КПК України). Крім того, обшук особи може бути здійснений без ухвали слідчого судді уповноваженою особою, слідчим, прокурором під час затримання особи у порядку, передбаченому частиною третьою ст. 208 КПК України.

Разом із тим залишається відкритим питання щодо можливості проведення особистого обшуку особи, якщо вона не затримувалась (ч. 3 ст. 208 КПК України) або не перебуває в житлі чи іншому володінні особи, в якому проводиться обшук (ч. 5 ст. 236 КПК України) [2, с. 44; 10, с. 226; 11, с. 12]. У цьому контексті доцільно навести позицію Д. О. Шумейка, який слушно зазначає, що практичний досвід розслідування кримінальних проваджень зазначеної категорії свідчить про необхідність застосування саме обшуку особи для належного документування факту одержання неправомірної вигоди, оскільки положення частини п'ятої ст. 236 КПК України щодо можливості проведення за рішенням слідчого чи прокурора обшуку особи, яка перебуває в житлі чи іншому володінні, дозвіл на обшук якого надано судом і відносно якої є достатні дані вважати, що вона переховує на собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження не задовольняють вимоги практики, оскільки службова особа з метою уникнення можливості факту

викриття може неодноразово змінювати місце передачі предмету неправомірної вигоди. За таких умов передбачити з достовірністю місце її одержання практично неможливо, а отримання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, наприклад, ще не є запорукою проведення вдалого спеціального слідчого експерименту, оскільки особа може вийти з житла чи автомобіля та перебувати в публічно доступному місці. У такому випадку, навіть за умов наявності ухвали про проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, застосувати положення про проведення обшуку особи підстави відсутні, позаяк особа не перебуває в цьому приміщенні. Вказаний факт у практичній діяльності зумовлює ситуацію, за якої підстави для проведення обшуку особи, яка перебуває у публічно доступному місці відсутні, відповідно належним чином закріпити та вилучити сліди кримінального правопорушення, предмет неправомірної вигоди у слідчого немає можливості [3, с. 137–138]. У такому випадку сторона обвинувачення позбавлена законних можливостей застосування такого засобу отримання доказів як обшук особи, що, своєю чергою, призводить до неможливості забезпечення встановлення події кримінального правопорушення чи винуватості службової особи у вчиненні злочину цієї категорії. Як результат, це негативно відображається на всьому процесі доказування у кримінальних провадженнях щодо прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою.

Окремі науковці вважають, що у випадку необхідності документування факту отримання неправомірної вигоди на ділянці місцевості, на вулиці, ухвалу на обшук якої неможливо отримати, деякі науковці та практики пропонують проводити огляд місця події відповідно до вимог ст. 237 КПК України. Але при цьому проведення змивів з долонь рук особи, яка може бути причетна до вчинення корупційного правопорушення,

можливо при проведенні обшуку приміщення та особи або при винесенні постанови про освідування особи [12, с. 40–41], що на цьому етапі провадження є неможливим, оскільки особа, яка ймовірно одержала неправомірну вигоду не є підозрюваним в розумінні ст. 42 КПК. Можливість виникнення такої ситуації при проведенні тактичної операції провокує практичних працівників слідчих органів «вишукувати» способи завчасного одержання ухвали про проведення обшуку особи, використовуючи положення частини шостої ст. 9 КПК України та звертатись до суду про надання дозволу на проведення обшуку особи, застосовуючи загальні засади кримінального провадження [3, с. 138]. Водночас, як вже нами було зазначено, що відповідний порядок отримання дозволу на проведення обшуку особи не відповідає загальним засадам кримінального процесуального доказування й відповідно результати таких обшуків не можуть бути використані як допустимі докази у кримінальних провадженнях щодо прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою. На зазначеному також акцентує увагу й О.Б. Комарницька, стверджуючи, що відсутність чіткої правової регламентації в КПК України підстав та порядку проведення особистого обшуку, створює реальну загрозу визнання під час судового розгляду отриманих при обшуку відомостей, як недопустимих та неналежних доказів, через порушення прав і свободи людини і громадянина [2, с. 46; 10, с. 229].

У зв'язку з чим вважаємо слушною точку зору Л. Д. Удалової, яка обґрунтовує необхідність чіткого нормативного врегулювання підстав і порядку проведення особистого обшуку, яке на жаль, за її справедливим твердженням, є неповним і має несистемний характер. Особистий обшук, на відміну від інших видів обшуку, має власну специфіку підстав і порядку проведення, що потрібно закріпити в окремій статті КПК

України [11, с. 11–12]. Потрібно враховувати той факт, що особистий обшук супроводжується застосуванням примусу, що означає істотне обмеження прав громадян, тому він має бути передбачений та детально врегульований у законі [10, с. 229]. Зважаючи на вищенаведене, а також враховуючи кримінальне процесуальне законодавство зарубіжних країн, норми якого докладно регламентують процесуальний порядок проведення стороною обвинувачення обшуку особи (ст. 246 КПК Республіки Азербайджан [13]; ст. 272 КПК Республіки Туркменістан [14]; ст. 255 КПК Республіки Казахстан [15]; ст. 184 КПК Російської Федерації [16]; ст. 211 КПК Республіки Білорусь [17]; ст. 185 КПК Киргизької Республіки [18]; ст. 229 КПК Республіки Вірменії [19]), ми пропонуємо доповнити чинний КПК України ст. 234–1 «Обшук особи» наступного змісту:

1. Обшук особи проводиться слідчим, прокурором на підставі ухвали слідчого судді з метою виявлення та вилучення речей і документів, що знаходяться на тілі обшукуваної особи, в її одязі та наявних у неї речей.

2. Підставою для проведення обшуку особи є наявність достатніх даних вважати, що відповідні речі або документи можуть перебувати у конкретної особи.

3. Обшук особи проводиться у порядку, передбаченому ст. 236 цього Кодексу.

4. Обшук особи проводиться виключно особою тієї ж статі, за участю понятих. Для проведення обшуку особи слідчий, прокурор мають право запросити спеціалістів.

5. Слідчий, прокурор мають право провести обшук особи без ухвали слідчого судді, якщо:

а) є достатньо підстав вважати, що особа, яка знаходиться в житлі чи іншому володінні особи, в якій проводиться обшук, приховує при собі документи або речі, що можуть мати значення для кримінального провадження;

б) є необхідність проведення обшуку особи при її затриманні. В цьому випадку обшук особи може бути проведений за відсутності понять.

На наш погляд, запровадження відповідної норми у чинному КПК України створить належні гарантії для отримання доказів стороною обвинувачення

шляхом проведення обшуку особи під час здійснення досудового розслідування прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою, а також підвищить ефективність здійснення доказування стороною обвинувачення у кримінальних провадженнях цієї категорії.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. *Погорецький М. А.* Забезпечення доказування одержання неправомірної вигоди службовою особою негласними заходами: проблемні питання / М. А. Погорецький // Оперативно-розшукове запобігання корупційним та пов'язаним з корупцією правопорушенням: матер. круглого столу (Київ, 24 черв. 2015 р.) / ред. кол. С. С. Чернявський, М. М. Алексійчук, О. В. Хуторянський, І. М. Куранець, В. І. Василичук. – К.: ФОП Кандиба Т. П., 2015. – С. 184–186.
2. *Комарницька О.* Особистий обшук: сучасний стан та перспектива / О. Комарницька // Часопис Акад. адвокатури України. – 2014. – Т. 7. – № 2 (23). – С. 41–46.
3. *Шумейко Д. О.* Розслідування прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою: дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / Д. О. Шумейко. – К., 2015. – 263 с.
4. Кримінальне провадження № 12013080350001379. – Архів Токмацького районного суду Запорізької області.
5. Кримінальне провадження № 42015270000000246. – Архів Новозаводського районного суду м. Чернігова.
6. Кримінальне провадження № 12014140030000692. – Архів Галицького районного суду м. Львова.
7. Кримінальне провадження № 12014042010000511. – Архів Кіровського районного суду м. Дніпропетровськ.
8. Кримінальне провадження № 120151400000000415. – Архів Галицького районного суду м. Львова.
9. Кримінальне провадження № 42014020420000055. – Архів Вінницького міського суду Вінницької області.
10. *Комарницька О.* Обшук особи відповідно до КПК України / В. Берназ, С. Спільник, О. Комарницька // *Evropsky politicky a pravni diskurz.* – 2014. – Vol. 1. – Iss. 5. – С. 219–230.
11. *Удалова Л.* Деякі проблемні питання правозастосування кримінального процесуального законодавства / Л. Удалова // *Актуальні питання кримінального процесуального законодавства України* (Київ, 26 квіт. 2013 р.): зб. матер. міжвуз. наук. конф. / Нац. акад. прокуратури України. – К.: Алерта, 2013. – С. 8–12.
12. Особливості розслідування прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою: метод. рек. / С. С. Чернявський, О. Ф. Вакуленко, О. М. Толочко [та ін.]. – К.: Нац. акад. внутр. справ, 2014. – 65 с.
13. Уголовно-процессуальный кодекс Азербайджанской Республики от 14 июля 2000 г. № 907-ПГ / [Электронный ресурс]. – Режим доступа: https://www.unodc.org/tldb/pdf/Azerbaijan_Code_of_Criminal_Procedure_in_Russian_Full_text.pdf.
14. Уголовно-процессуальный кодекс Туркменистана [Электронный ресурс]: Закон Туркменистана от 18 апр. 2009 г. – Режим доступа: http://www.base.spininform.ru/show_doc.fwx?rgn=27706.
15. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 4 июля 2014 г. / [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575852.
16. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 дек. 2001 г. / [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.consultant.ru/popular/upkrf>.
17. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь от 16 июля 1999 г. / [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://etalonline.by/?type=text®num=НК9900295#load_text_none_1.
18. Уголовно-процессуальный кодекс Кыргызской Республики от 30 июня 1999 г. / [Электронный ресурс]. – Режим доступа: http://kenesh.kg/RU/Articles/7312-UGOLOVNOPROCESSUALNYJ_KODEKS_KYRGYZSKOJ_RESPUBLIKI_v_red_ZKR_ot_1032012g.aspx.
19. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Армения от 01 июля 1998 г. / [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1450&lang=rus#7>.

Baganets O. The search of a person as a means of obtaining evidence by the prosecution in the pre-trial investigation acceptance of an offer, promise or receiving illegal benefits by an official.

The author of the article deals with issues such application by the prosecution as a means of obtaining evidence search of a person in the course of the preliminary investigation acceptance of the offer, promise or obtain undue advantage by an official in terms of recent changes to the current criminal procedural and criminal legislation of Ukraine. Based on the results of the analysis of materials of criminal proceedings, the author concludes that in practice there are a number of problems related to the obtaining of evidence by the prosecution on the results of a search of a person in the course of the preliminary investigation acceptance of the offer, promise or receipt of improper benefits officer, which can adversely affect both the efficiency of the prosecution of evidence in criminal proceedings that category, and on the comprehensiveness, completeness and impartiality conduct all pretrial investigation of these crimes. The main reason is the absence in the current Criminal Procedure Code of Ukraine articles that regulated the procedural order to obtain permission to conduct a search of the person of their sockets.

In view of the above, and given criminal procedure legislation of foreign countries, the rules which detail regulate the procedural order of the prosecution searched person (art. 246 CPC Republic of Azerbaijan; art. 272 CPC Republic of Turkmenistan; art. 255 CPC Republic of Kazakhstan; art. 184 CPC of Russian Federation, art. 211 CPC Republic of Belarus; art. 185 CPC Kyrgyz Republic; art. 229 CPC Republic of Armenia), supplements the existing Code of Ukraine Article 234–1 «Searching person».

Keywords: search, person, prosecutor, proving, acceptance of the offer.

Стаття надійшла до редакції журналу 15.05.2016 р.