

UDC (УДК) 343.1
JEL Classification: K40; K41; K42

Басиста Ірина Володимирівна,
доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри кримінального процесу та криміналістики
Львівського державного університету внутрішніх справ
(Львів, Україна)
e-mail: basysta-i@ukr.net
ORCID ID: 0000-0001-9707-7386

ЩОДО ОКРЕМИХ АСПЕКТІВ РОЗУМІННЯ ПОНЯТТЯ «ЗАТРИМАНА ОСОБА»

Анотація. Проведення обшуку житла, обшуку осіб, які перебувають у житлі чи іншому володінні, часто спонукає учасників цих різновидів слідчої (розшукової) дії оскаржувати отримані результати, оскільки відбулося порушення права на захист. Також сторонами кримінального провадження по-різному тлумачиться таке право слідчого, прокурора, як уповноваженість заборонити будь-якій особі залишати місце обшуку до його закінчення. Деякими захисниками воно тлумачиться як обмеження права на вільне пересування, що, на їхнє переконання, межує із фактичним затриманням особи. Як результат – окремими правниками відстоюється позиція про порушення права на захист у означеному випадку, тому в кримінальних провадженнях захисники просять визнати недопустимими докази, зібрані під час слідчих (розшукових) дій і похідні від них докази.

З огляду на зазначене у цій публікації зроблено спробу спростувати припущення, що реалізація слідчим, прокурором свого права на заборону особі залишати місце обшуку до його закінчення може розглядатися як фактичне затримання.

Ключові поняття: обшук домоволодіння, особистий обшук, освідчування, допустимість доказів, фактичне затримання, обмеження права на вільне пересування, внесення відомостей в ЄРДР.

Basysta Iryna,
Doctor of Law, Professor,
Professor of the Department of Criminal Procedure and Criminalistics,
Lviv State University of Internal Affairs
(Lviv, Ukraine)
e-mail: basysta-i@ukr.net
ORCID ID: 0000-0001-9707-7386

ON CERTAIN ASPECTS OF REALIZATION OF THE NOTION “DETAINED PERSON”

Abstract. Residence searching or searching a person, staying at the residence or other ownership encourage participants to contest their results, as it could be the rights of violation to defence. The right of an investigator or a prosecutor, as power for prohibiting any person to leave crime scene till searching is finished can be interpreted differently by the parties of criminal case. It is interpreted by some defendants as the restriction of the right to free movement as on their conviction it is too close with actual arrest of a person. As a result – some lawyers present the position of violation of rights of defence in the mentioned above case, so in criminal cases the defendants ask for accepting inadmissible evidence, gathering during investigation actions and derivative from this evidence.

So as the result of personal scientific and practical research the following should be mentioned:

– such a procedural activity of an investigator or a prosecutor as applying by them requirements of part 1, 3 article 236 of CPC of Ukraine by taking measures for providing presence during the search of persons, whose rights and legitimate interests can be limited or violated and also statement of prohibition directed to indicated or any present people to leave the search of the crime till it will be finished and commit any actions, that interfere process of the searching as it is fundamental legitimate functions of an investigator or a prosecutor;

– it shouldn't be considered, that time range during which the person whose rights and legitimate interests can be limited or violated and also statement of prohibition directed to indicated or any of the present people to leave the search of the crime according to the requirements of parts 1,3 of the article CPC of Ukraine present during search of the crime and the moment, that is a beginning of march of the time and can be respectively interpreted as a period of their detention as well as the moment of detention.

Key concepts: searching homeownership, personal searching, inspection, admissibility of the evidence, actual arrest, restriction on the right to free movement, inclusion of the data to the Unified Register of pre-trial investigations.

DOI 10.32518/2617-4162-2021-1-12-20

Вступ

Незважаючи на те, що в судовій практиці численно вирішувалося питання про наявність підстав, за яких докази, зібрані з порушенням права на захист, визнаються недопустимими, продовжують виникати питання щодо застосування процесуальних норм, які мають певну колізію, зокрема це стосується і реалізації слідчим, прокурором свого права на заборону особі залишати місце обшуку до його закінчення, яке окремими фахівцями розглядається як фактичне затримання такої особи.

З огляду на ці реалії, у вересні 2020 року судді Касаційного кримінального суду Верховного Суду зверталися до членів Науково-консультативної ради при Верховному Суді, зокрема для вирішення було визначено такі питання, як чи є особа, якій слідчий, прокурор заборонив залишити місце обшуку до його закінчення та вчинити будь-які дії, що заважають проведенню обшуку, затриманою особою та з якого часу? Якщо слідчим суддею у порядку статті 208 КПК України було надано дозвіл на проведення обшуку особи і цей обшук особи проводився під час обшуку домоволодіння цієї особи, чи вважаються обшукувані особи такими, що затримані? Чи може вважатися такою, що затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення особа, якій не пред'явлено підозру, але щодо якої здійснюється досудове розслідування і надано дозвіл на проведення обшуку з метою відшукання і вилучення предметів, що свідчать про вчинення кримінального правопорушення, та яка при проведенні цієї слідчої (розшукової) дії вимушена залишатися поряд із уповноваженою службовою особою в приміщенні, де проводився обшук, і була обмеженою у здійсненні права на вільне пересування, та як це кореспондується із статтями 208, 209 КПК України?*. Моє бачення як члена Науково-консультативної ради при Верховному Суді свого часу отримало висвітлення у науковому висновку від 6 жовтня 2020 року**, а на шпальтах цієї

публікації спробую донести власні роздуми й до наукової спільноти, студентів, курсантів, практикуючих юристів. Звісно, що очікую на жваву дискусію, позаяк означена проблематика через чинне кримінальне процесуальне законодавство є такою, що апріорі її прогнозує.

За результатами науково-практичних пошуків мною констатовано наступне:

– така процесуальна діяльність слідчого, прокурора, як вжиття ними на виконання вимог частин 1, 3 статті 236 КПК України належних заходів для забезпечення присутності під час проведення обшуку осіб, чії права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені, а також висловлення заборони в адресу вказаних осіб чи будь-яких з присутніх особі залишати місце обшуку до його закінчення та вчинити будь-які дії, що заважають проведенню обшуку, є дотриманням слідчим, прокурором такої засади кримінального провадження, як законність;

– не вважаю, що часовий проміжок, протягом якого особи, чії права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені, чи інші особи, яким слідчим, прокурором заборонено залишати місце обшуку до його закінчення та вчинити будь-які дії, що заважають проведенню обшуку, зважаючи на вимоги частин 1, 3 статті 236 КПК України, присутні під час проведення обшуку та той момент, що є початком перебігу цього часу, можна, відповідно, розцінювати як період їх затримання та момент затримання;

– переконана, що правова природа цих кримінальних процесуальних відносин, які виникають у описаній ситуації під час проведення обшуку, є відмінною від тих, які виникають під час затримання особи у порядку статті 208 КПК України;

– не вважаю, що є такою, що затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення особа, якій не пред'явлено підозру, але стосовно якої здійснюється досудове розслідування і надано дозвіл на проведення обшуку з метою відшукання і вилучення предметів, що свідчать про вчинення кримінального правопорушення, та яка під час проведення цієї слідчої (розшукової) дії вимушена залишатися поряд із уповноваженою службовою особою в приміщенні, де проводився обшук. Однак у цій ситуації для слідчого, прокурора надважливо розуміти і дотримуватися такого правила – якщо сукупність зібраних доказів є достатньою

* Звернення судді ККС ВС у справі № 552/7485/17, провадження № 51-1526 км 20 із реєстраційним вхідним номером Верховного Суду 473/0/26-20 від 21.09.2020.

** Басиста І. Щодо окремих аспектів розуміння поняття «затримана особа» (на виконання звернення від судді Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду Олега Павловича Могильного): науковий висновок від 6 жовтня 2020 року. 17 с.

для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення, то письмове повідомлення про підозру має бути складене **негайно**. В іншому ж разі – варто мовити про ймовірність **порушення** слідчим, прокурором таких засад кримінального провадження, як **законність і право на захист**.

Отож спробую у цій статті запропонувати власні міркування та узагальнення, які дозволили мені сформулювати наведені висновки. Водночас хід думок варто поділити на три блоки, які логічно пов'язані між собою.

1. Чи є особа, якій слідчий, прокурор заборонив залишити місце обшуку до його закінчення та вчинити будь-які дії, що заважають проведенню обшуку, затриманою особою та з якого часу?

Пристаючи до розгляду цього питання, варто констатувати, що поняття «затримана особа» у чинному КПК вживається не щодо однієї події, а стосовно різних ситуацій, які можуть виникати та/або відбуватися на підставах і в порядку, визначених чинним КПК України, зокрема:

1) характеризуючи такого учасника кримінального провадження, як підозрюваний ми підкреслюємо, що цього процесуального статусу особа може набути, зокрема підозрюваним є особа, якій у порядку, передбаченому статтями 276–279 КПК України, повідомлено про підозру, особа, стосовно якої складено повідомлення про підозру, однак його не вручено їй унаслідок невстановлення місцезнаходження особи, проте вжито заходів для вручення у спосіб, передбачений КПК України для вручення повідомлень [1] (підкреслюю, що інститут «повідомлення про підозру» є новим в українському кодифікованому кримінальному процесуальному законодавстві. Він не охоплювався предметом правового регулювання КПК 1922, 1927 та 1960 років. Ці кодифіковані акти не передбачали складання окремого документа щодо констатації презумпції підозри [2, с. 87]), у момент затримання за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення (частина 1 статті 42 КПК України) [1].

Своєю чергою, КПК України передбачає таке затримання на підставі ухвали слідчого судді, суду (частина 1 статті 207 КПК України) або ж без неї, яке поділяється на затримання уповноваженою службовою особою (стаття 208 КПК України) або ж «кожним» (частини 2–3 статті 207 КПК України);

2) затриманою також може бути особа у зв'язку з її розшуком компетентним органом іноземної держави для притягнення до кримінальної відповідальності або виконання вироку (абзац 2 частини 4 статті 208 КПК України) [1];

3) затриманим без ухвали слідчого судді уповноваженою службовою особою також може бути підозрювана у вчиненні злочину (за який передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян) особа у випадку, якщо цей підозрюваний не виконав обов'язки, покладені на нього при обранні запобіжного заходу, або не виконав у встановленому порядку вимог щодо внесення коштів як застави та надання документа, що це підтверджує (частина 2 статті 208 КПК України) [1];

4) згідно з положеннями частин 2–3 статті 187 КПК України, затримання підозрюваного, обвинуваченого, який перебуває на свободі, може бути реалізоване на підставі ухвали слідчого судді, суду як один із заходів забезпечення прибуття особи для розгляду клопотання про застосування запобіжного заходу [1];

5) вельми дискусійним є питання «природи супроводження» особи в рамках виконання ухвали слідчого судді, суду про привід для забезпечення участі підозрюваного, обвинуваченого, свідка у певних процесуальних діях (статті 140–143 КПК). На мою думку, в цьому випадку *de facto* особу теж варто вважати затриманою із притаманними їй процесуальними правами, не говорячи про ті випадки, коли через невиконання особою, що підлягає приводу, законних вимог щодо виконання ухвали про здійснення приводу, до неї можуть бути застосовані заходи фізичного впливу, які дозволяють здійснити її супроводження до місця виклику (абзац 2 частини 3 статті 143 КПК України) [1].

На моє переконання, цей перелік демонструє, що, згідно із положеннями чинного КПК України, поняття «затримана особа» притаманне не лише ситуації із набуттям особою процесуального статусу підозрюваного.

Мета, підстави, а в окремих випадках і процесуальні документи, які складаються до (або ж вони не передбачені положеннями КПК України, тому і не готуються) і у процесі описаних ситуацій із затриманням, а також опісля такого затримання особи, відрізнятимуться. У цьому можемо переконатися, скрупульозно проаналізувавши вимоги чинного КПК України.

Якою ж є ситуація під час проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, зокрема на його робочому та заключному етапах?

По-перше, обшук є слідчою (розшуковою) дією, яка за загальним правилом проводиться на підставі ухвали слідчого судді місцевого загального суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться орган досудового роз-

слідування (частина 2 статті 234 КПК України). Якщо слідчий, прокурор не доведуть наявності достатніх підстав вважати, що існують ті обставини, які передбачені у частині 5 статті 234 КПК України, то на підставі будь-якого із цих п'яти пунктів частини 5 статті 234 КПК України слідчий суддя відмовляє у задоволенні клопотання про обшук.

По-друге, метою обшуку є виявлення та фіксація відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукування знаряддя кримінального правопорушення або майна, яке було здобуте у результаті його вчинення, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб (частина 1 статті 234 КПК України) [1].

Для досягнення означених складових мети обшуку надважливою є обрана слідчим, прокурором тактика проведення цієї слідчої (розшукової) дії. Тактиці проведення обшуку загалом і тактичним прийомом при розслідуванні окремих кримінальних правопорушень зокрема присвячені численні наукові публікації, розділи і підрозділи дисертацій, монографій, методичних рекомендацій, а також окремі шпальги підручників, посібників із «Криміналістики» тощо (ці науково-практичні рекомендації не можуть суперечити вимогами чинного КПК України (звісно, що чинного на момент їх підготовки та видання)).

Тому логічно, що сутнісна кількість із означених рекомендацій стосується ефективного дотримання такої законодавчої вимоги, як вжиття слідчим, прокурором належних заходів для забезпечення присутності під час проведення обшуку осіб, чії права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені (частина 1 статті 236 КПК України) [1]. Ця ж позиція була наявною і в попередніх редакціях чинного КПК України. Схожий підхід було застосовано і при викладі статей 177, 181 КПК 1960 року [3], хоча у ньому розмежувалися дві окремі слідчі дії – обшук та виймка, яка мала відмінний від обшуку процесуальний порядок [4, с. 166–168; 5, с. 148–149] і тактику проведення [6, с. 116–174].

З огляду на викладене варто планувати робочий етап обшуку так, щоб ці особи, чії права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені, були присутні.

В іншому ж разі матиме місце одна з «ускладнених» типових слідчих ситуацій, яка за емпіричними даними окремих досліджень притаманна у 8,0% обшуків житла, коли власник домоволодіння відсутній. Вона, зокрема, характеризується значною кількістю організаційно-тактичних заходів, які зобов'язані реалізувати слідчий, прокурор задля проникнення

до такого житла та дотримання вимог частини 4 статті 236 КПК України після його завершення [7, с. 10].

Для досягнення мети обшуку, а також в унісон законодавчій вимозі, що міститься в частині 1 статті 236 КПК України, слідчий, прокурор має право заборонити будь-якій особі залишити місце обшуку до його закінчення та вчиняти будь-які дії, що заважають проведенню обшуку (абзац 2 частини 3 статті 236 КПК України). У попередніх редакціях чинного КПК України таке положення також містилося у частині 3 статті 236) [1].

Враховуючи викладене, не вважаю, що той період, протягом якого триває обшук та слідчим, прокурором вжито, на виконання вимог частини 1 статті 236 КПК України, належних заходів для забезпечення присутності під час проведення обшуку осіб, чії права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені, а також задля досягнення однієї чи декількох складових мети обшуку, відповідно до частини 3 статті 236 КПК України, – заборонено цим особам чи будь-яким іншим особам залишати місце обшуку до його закінчення та вчиняти будь-які дії, що заважають проведенню обшуку, є тим самим часовим проміжком, коли особа є затриманою. Переконана, що правова природа тих кримінальних процесуальних відносин, які виникають у описаній ситуації під час проведення обшуку, є відмінною від тих, які виникають під час затримання особи у порядку статті 208 КПК України.

Також варто розуміти, що у випадку реалізації слідчим, прокурором ухвали слідчого судді про надання дозволу на проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, їхні процесуальні зусилля мають бути спрямовані на дотримання вимог частин 1, 3 статті 236 КПК України та криміналістичних рекомендацій задля досягнення мети обшуку, яка закріплена у частині 1 статті 234 КПК України.

На відміну від обшуку, який за своєю суттю, метою та завданнями є слідчою (розшуковою) дією, затримання особи є тимчасовим запобіжним заходом (частина 2 статті 176 КПК України) із притаманними лише запобіжним заходам метою і підставами застосування, які відрізняються від мети та підстав слідчих (розшукових) дій загалом та обшуку зокрема.

Так, метою застосування запобіжного заходу є забезпечення виконання підозрюваним, обвинуваченим покладених на нього процесуальних обов'язків, а також запобігання тим «спробам», які передбачені у п'яти пунктах частини 1 статті 177 КПК України [1].

Підставою застосування запобіжного заходу є наявність обґрунтованої підозри у вчи-

ненні особою кримінального правопорушення, а також наявність ризиків, які дають достатні підстави слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обвинувачений, засуджений може здійснити дії, передбачені частиною першою статті 177 КПК України. **Слідчий, прокурор не мають права ініціювати застосування запобіжного заходу без наявності для цього підстав, передбачених КПК України** (частини 1–2 статті 177 КПК України). Дозвіл на затримання особи під час досудового розслідування уповноважений надати лише слідчий суддя, суд на підставі мотивованого клопотання слідчого, прокурора [1].

Уповноважена службова особа має право без ухвали слідчого судді, суду затримати особу, підозрювану у вчиненні злочину, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі, лише у випадках, які унормовані у пунктах 1–4 частини 1 статті 208 КПК України.

Беручи до уваги викладені законодавчі вимоги, а також положення частини 2 статті 208 КПК України, варто констатувати, що у всіх інших випадках уповноважена службова особа не має права без ухвали слідчого судді, суду затримати особу, підозрювану у вчиненні злочину. Момент початку виконання вимог частин 1, 3 статті 236 КПК України слідчим, прокурором не варто розцінювати як момент затримання цієї особи (особа силою або через підкорення наказу змушена залишатися поряд із уповноваженою службовою особою чи в приміщенні, визначеному уповноваженою службовою особою (стаття 209 КПК України)).

При означеній кримінальній процесуальній діяльності в рамках проведення обшуку частина 1 статті 236 КПК України у первинній своїй редакції та у чинній редакції дозволяла і дозволяє, серед інших перелічених у ній учасників кримінального провадження, й присутність запрошених представника і захисника. На мою думку, це законодавче положення давало змогу учасникам обшуку реалізувати своє право на захист.

Нині ж абзацом третім частини 3 статті 236 КПК України для слідчого та прокурора ще й «уточнено», що вони не мають 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 [1]. Можу констатувати, що законодавцем у такий спосіб не лише створено умови для повноцінної реалізації права на захист, а й визначено заборони для слідчого та прокурора у випадку певних їх незаконних «процесуальних маневрів», допирами про які, на жаль, рясніють шпальти окремих видань [8].

Висновок до першого питання. На підставі викладеного, вважаю, що така процесуальна діяльність слідчого, прокурора, як вжиття ними на виконання вимог частин 1, 3 статті 236 КПК України належних заходів для забезпечення присутності під час проведення обшуку осіб, чії права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені, а також висловлення заборони в адресу вказаних осіб чи будь-яких з присутніх осіб залишати місце обшуку до його закінчення та вчиняти будь-які дії, що заважають проведенню обшуку, є дотриманням слідчим, прокурором такої засади кримінального провадження, як законність (адже у частині 1 статті 9 КПК України унормовано, що «під час кримінального провадження суд, слідчий суддя, прокурор, керівник органу досудового розслідування, слідчий, інші службові особи органів державної влади зобов'язані неухильно дотримуватися вимог Конституції України, цього Кодексу...» [1]).

Не вважаю, що варто розцінювати як період затримання та, відповідно, момент затримання той часовий проміжок, протягом якого особи (чії права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені або інші особи, яким слідчим, прокурором заборонено залишати місце обшуку до його закінчення та вчиняти будь-які дії, що заважають проведенню обшуку), в силу дотримання вимог частин 1, 3 статті 236 КПК України, присутні під час проведення обшуку. Переконана, що правова природа тих кримінальних процесуальних відносин, які виникають у описаній ситуації під час проведення обшуку, є відмінною від тих, які виникають під час затримання особи у порядку статті 208 КПК України.

Відповідно і процесуальні гарантії захисту прав таких осіб [9, с. 4–5, 7, 12] будуть різнитися, маючи водночас і деякі спільності.

2. Якщо слідчим суддею у порядку статті 208 КПК України було надано дозвіл на проведення обшуку особи і цей обшук особи провадився під час обшуку домоволодіння цієї особи, чи вважаються обшукувані особи такими, що затримані?

Розглядаючи запропоновану ситуацію, варто насамперед зауважити, що обшук особи передбачений кримінальними процесуальними положеннями і у процесі виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи (частина 5 статті 236 КПК України), і після затримання уповноваженою службовою особою (частина 3 статті 208 КПК України). Ця частина має відсилючий характер і скеровує уповноважену службову особу, слідчого,

прокурора дотримуватися правил, передбачених частиною 7 статті 223 та статтею 236 КПК України).

Частиною 5 статті 236 КПК України визначено, що «...**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» [1].

Якщо у першому випадку (у процесі виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи (частина 5 статті 236 КПК України)) фактичною підставою проведення обшуку особи за рішенням слідчого чи прокурора є сформоване (підставне) переконання слідчого, прокурора, що така особа переховує при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження, то у другому випадку (після затримання уповноваженою службовою особою (частина 3 статті 208 КПК України)), особистий обшук насамперед матиме на меті *убезпечення затриманої та присутніх при затриманні осіб* (віднайдення та вилучення холодної, вогнепальної та іншої зброї, спеціально пристосованих предметів для завдання тілесних ушкоджень тощо), а також віднайдення предметів або документів, які мають значення для кримінального провадження.

Очевидно, що й правова природа тих кримінальних процесуальних відносин, які виникають у обох описаних ситуаціях, має і спільності (в силу відсилочного характеру частини 3 статті 208 КПК України), і відмінності, та й учасники таких правовідносин можуть бути різними за своїми процесуальними статусами.

У юридичній літературі наявні й більш «радикальні» переконання, на кшталт того, що «...є додатково три процесуальні дії, що випливають зі статті 208 КПК України, які можна здійснювати до офіційного початку кримінального провадження...» та для того, щоб не виникло проблем із допустимістю отриманих у результаті доказів, ними слід доповнити частину 3 статті 214 КПК України, зокрема це тимчасове вилучення майна та особистий обшук під час затримання, які реалізуються спеціально уповноваженою службовою особою відособлено від затримання [10, с. 125–126]. Не поділяю таку «оптимістичну» позицію з огляду на наявну судову практику та ті заборони, які нині є в КПК щодо процесуальних дій, які дозволено реалізовувати до внесення відомостей в ЄРДР, але водночас сприймаю її як слушну пропозицію для вдосконалення чинного кримінального процесуального законодавства.

На підставі проведеного системного аналізу статей КПК України, переконана, що у першому випадку (у процесі виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи (частина 5 статті 236 КПК України)) особистий обшук особи може бути реалізований за рішенням слідчого чи прокурора без попереднього затримання такої особи.

Із цього приводу деякі дослідники, провівши вивчення кримінальних проваджень, узагалі стверджують, що обшук особи у 22,8% випадків проводився як продовження обшуку житла чи іншого володіння особи [7, с. 9].

Своєю чергою, якщо особистий обшук особи, підозрюваної у вчиненні злочину, реалізовується в рамках затримання уповноваженою службовою особою на підставі статті 208 КПК України, то *фактичне (фізичне) затримання* (особа є затриманою з моменту, коли вона силою або через підкорення наказу змушена залишатися поряд із уповноваженою службовою особою чи в приміщенні, визначеному уповноваженою службовою особою (стаття 209 КПК України)) [1] повинно передувати її особистому обшуку.

Про затримання особи, підозрюваної у вчиненні злочину, обов'язково складається протокол, в якому, крім відомостей, передбачених статтею 104 КПК України, зазначаються: місце, дата і точний час (година і хвилини) затримання відповідно до положень статті 209 КПК України; підстави затримання; результати особистого обшуку... (частина 5 статті 208 КПК України) [1].

Варто вкотре зауважити, що **уповноважена службова особа має обмежені частинами 1–2 статті 208 КПК України права на затримання без ухвали слідчого судді**, зокрема: право *без ухвали слідчого судді, суду затримати особу, підозрювану у вчиненні злочину*, за який передбачене покарання у виді позбавлення волі, лише у випадках, передбачених у пунктах 1–4 частини 1 статті 208 КПК України, а затримати особу, *підозрювану у вчиненні злочину*, за який передбачене основне покарання у виді штрафу в розмірі понад три тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, виключно у випадку, передбаченому частиною 2 статті 208 КПК України [1].

Якщо перелічених у частинах 1–2 статті 208 КПК України випадків для затримання немає (це стосується і ситуації у ході проведення обшуку), то слідчий, прокурор не вправі без ухвали слідчого судді затримати підозрювану у вчиненні злочину особу.

З огляду на викладене, алогічним виглядає у розглядуваній ситуації звернення слідчого, прокурора із відповідним клопотанням і

надання слідчим суддею у порядку статті 208 КПК України дозволу на проведення обшуку особи. За описаних у зверненні судді до членів НКР при Верховному Суді обставин, логічним було б отримання слідчим, прокурором до початку виконання ухвали слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи, ухвали слідчого судді про дачу дозволу на затримання особи на підставі мотивованого клопотання, яке підкріплене достатніми якісними додатками (звісно, якщо б для цього були наявні належні підстави).

Висновок до другого питання. Отже, у процесі виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи (частина 5 статті 236 КПК України) особистий обшук особи може бути реалізований за рішенням слідчого чи прокурора без попереднього затримання такої особи.

Якщо особистий обшук особи, підозрюваної у вчиненні злочину, реалізовується в рамках затримання уповноваженою службовою особою на підставі статті 208 КПК України, то фактичне (фізичне) затримання повинно передувати її особистому обшуку. Аналогічно повинна бути й черговість процесуальних дій при затриманні особи на підставі ухвали слідчого судді. Складення протоколу затримання є обов'язковим та повинно здійснюватися в унісон до вимог частини 5 статті 208 КПК України.

3. Чи може вважатися такою, що затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, особа, якій не пред'явлено підозру, але стосовно якої здійснюється досудове розслідування і надано дозвіл на проведення обшуку з метою відшукування і вилучення предметів, що свідчать про вчинення кримінального правопорушення, та яка при проведенні цієї слідчої (розшукової) дії вимушена залишатись поряд із уповноваженою службовою особою в приміщенні, де проводився обшук, і була обмеженою у здійсненні права на вільне пересування, та як це кореспондується із статтями 208, 209 КПК України?

Варто підкреслити, що у практиці розслідування кримінальних правопорушень часто позитивні результати такого обшуку в житлі чи іншому володінні особи (які підтверджують злочинну діяльність особи), серед інших фактичних даних, лягають в основу обґрунтованої підозри цій особі, якщо, звісно, немає випадків невідкладного повідомлення про підозру до проведення обшуку в житлі чи іншому володінні особи, визначені частиною 1 статті 276 КПК України (затримання особи на місці

вчинення кримінального правопорушення чи безпосередньо після його вчинення; обрання до особи одного з передбачених КПК України запобіжних заходів; наявності достатніх доказів для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення) [1].

Важливо у розглядуваній ситуації для слідчого, прокурора розуміти важливість і дотримуватися такого правила, що як тільки сукупність зібраних доказів є достатньою для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення, то письмове повідомлення про підозру має бути складене негайно. В іншому ж разі варто мовити про ймовірність **порушення** слідчим, прокурором таких засад кримінального провадження, як **законність і право на захист**.

КПК України передбачає логічну й обов'язкову послідовність процесуальних дій (етапів) за означеної ситуації. Так, письмове повідомлення про підозру вручається в день його складення слідчим або прокурором, а у разі неможливості такого вручення – у спосіб, передбачений КПК України для вручення повідомлень. Письмове повідомлення про підозру затриманій особі вручається не пізніше двадцяти чотирьох годин з моменту її затримання. У разі якщо особі не вручено повідомлення про підозру після двадцяти чотирьох годин з моменту затримання, така особа підлягає негайному звільненню. Дата та час повідомлення про підозру, правова кваліфікація кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа, із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність невідкладно вносяться слідчим, прокурором до Єдиного реєстру досудових розслідувань (частини 1–4 статті 278 КПК України) [1].

Висновок до третього питання. Враховуючи всі наведені мною аргументи при розгляді першого та другого питань, а також висновки щодо цих питань, **не вважаю**, що є такою, що затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення, особа, якій не пред'явлено підозру, але стосовно якої здійснюється досудове розслідування і надано дозвіл на проведення обшуку з метою відшукування і вилучення предметів, що свідчать про вчинення кримінального правопорушення, та яка при проведенні цієї слідчої (розшукової) дії вимушена залишатись поряд із уповноваженою службовою особою в приміщенні, де проводився обшук.

Висновки

На підставі викладеного, вважаю, що така процесуальна діяльність слідчого, прокурора, як

вжиття ними на виконання вимог частин 1, 3 статті 236 КПК України належних заходів для забезпечення присутності під час проведення обшуку осіб, чиї права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені, а також висловлення заборони в адресу вказаних осіб чи будь-яких з присутніх осіб залишати місце обшуку до його закінчення та вчиняти будь-які дії, що заважають проведенню обшуку, є дотриманням слідчим, прокурором такої засади кримінального провадження, як законність.

Не вважаю, що часовий проміжок, протягом якого особи (чиї права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені або інші особи, яким слідчим, прокурором заборонено залишати місце обшуку до його закінчення та вчиняти будь-які дії, що заважають проведенню обшуку) з огляду на вимоги частин 1, 3 статті 236 КПК України присутні під час проведення обшуку та той момент, що є початком перебігу цього часу, можна, відповідно, розцінювати як період їх затримання та момент затримання.

Переконана, що правова природа цих кримінальних процесуальних відносин, які виникають у описаній ситуації під час проведення обшуку, є відмінною від тих, що виникають під час затримання особи у порядку статті 208 КПК України.

У процесі виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи (частина 5 статті 236 КПК України) особистий обшук особи може бути реалізований за рішенням слідчого чи прокурора без попереднього затримання такої особи.

Якщо особистий обшук особи, підозрюваної у вчиненні злочину, реалізовується в рамках затримання уповноваженою службовою

особою на підставі статті 208 КПК України, то фактичне (фізичне) затримання має передувати її особистому обшуку. Аналогічною повинна бути й черговість процесуальних дій при затриманні особи на підставі ухвали слідчого судді. Складення протоколу затримання є обов'язковим і має здійснюватися в унісон до вимог частини 5 статті 208 КПК України.

Якщо немає підстав для затримання особи у порядку статті 208 КПК України, то її затримання уповноваженою службовою особою, слідчим, прокурором без ухвали слідчого судді, суду про дачу дозволу на таке затримання не може бути реалізоване, а у протилежному ж випадку – має розцінюватися як незаконне.

Не вважаю, що є такою, що затримана за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення особа, якій не пред'явлено підозру, але стосовно якої здійснюється досудове розслідування і надано дозвіл на проведення обшуку з метою відшукування та вилучення предметів, що свідчать про вчинення кримінального правопорушення, та яка при проведенні цієї слідчої (розшукової) дії вимушена залишатись поряд із уповноваженою службовою особою в приміщенні, де проводився обшук. Однак, у цій ситуації для слідчого, прокурора надважливо розуміти і дотримуватися такого правила, що як тільки сукупність зібраних доказів є достатньою для підозри особи у вчиненні кримінального правопорушення, то письмове повідомлення про підозру має бути складене **негайно**. В іншому ж разі варто мовити про ймовірність **порушення** слідчим, прокурором таких засад кримінального провадження, як **законність** і **право на захист**.

Список використаних джерел

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012. У редакції від 11.09.2020. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/page8>
2. Кримінальний процес України: досудове розслідування: навч. посіб./О. О. Волобуєва, М. С. Городецька, Т. О. Лоскутов та ін. ; за заг. ред. В. М. Бесчастного. Кривий Ріг : вид. Р. А. Козлов, 2019. 122 с.
3. Кримінально-процесуальний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та доповненнями станом на 01 травня 2007 року. Київ : вид. Паливода А. В., 2007. 200 с.
4. Басиста І. В., Галаган В. І., Удовенко Ж. В. Кримінальний процес України : навч. посіб. Київ : Центр учбової літератури, 2010. 352 с.
5. Басиста І. В., Галаган В. І., Удовенко Ж. В. Кримінальний процес України. 2-ге видання перероблене та доповнене : навч. посіб. Київ : Центр учбової літератури, 2012. 328 с.
6. Басиста І. В., Галаган В. І., Кузів О. М. Виїмка у кримінальному судочинстві України: процесуальний порядок і тактика проведення : монографія. Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2012. 204 с.
7. Нечваль А. О. Тактика обшуку у житлі та іншому володінні особи : автореф. дисертації на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09. Київ : НАВС. 2020. 20 с.
8. Белоусов Ю. Як маскують незаконні затримання, прикриваючись законодавством. Експертний центр з прав людини. 22.01.2019. URL: <https://ecpl.com.ua/news/yak-maskuiut-nezakonni-zatrymannia-trykryvaiuchys-zakonodavstvom/>

9. Побережник А. О. Гарантії забезпечення права на свободу та особисту недоторканність в кримінальному провадженні : автореф. дисертації на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09. Київ : Київський національний університет імені Тараса Шевченка, 2017. 20 с.
10. Войнарович А. Б. Окремі аспекти правового регулювання затримання уповноваженою службовою особою. *Кримінальний процес і криміналістика: виклики часу* : зб. статей за матеріалами Всеукраїнської науково-практичної конференції з нагоди 20-річчя кафедри кримінального процесу і криміналістики Львівського національного університету імені Івана Франка (м. Львів, 24 січня 2020 р.). С. 124–135.

References

1. Kryminal'nyy protsesual'nyy kodeks Ukrainy vid 13.04.2012. u redaktsiyi vid 11.09.2020 [Criminal Procedure Code of Ukraine of 13.04.2012. in the edition of 11.09.2020]. Retrieved from <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/page8> [in Ukr.].
2. Volobueva, O. O., Horodetska, M. S., Loskutov, T. O. and others (2019). Kryminal'nyy protses Ukrainy: dosudove rozsliduvannya [Criminal process of Ukraine: pre-trial investigation]. za zah. red. V. M. Beschastnoho. Kryvyi Rih: vyd. R. A. Kozlov [in Ukr.].
3. Kryminal'no-protsesual'nyy kodeks Ukrainy: chynne zakonodavstvo zi zminamy ta dopovnennamy stanom na 1 travnya 2007 roku [Code of Criminal Procedure of Ukraine: current legislation as amended on May 1, 2007]. Kyiv: Vyd. Palyvoda A. V. [in Ukr.].
4. Basysta, I. V., Halahan, V. I., & Udovenko, Zh., V. (2010). Kryminal'nyy protses Ukrainy [The criminal process of Ukraine]. K.: Tsentri uchbovoyi literatury [in Ukr.].
5. Basysta, I. V., Halahan, V. I., & Udovenko, Zh. V. (2012). Kryminal'nyy protses Ukrainy. 2-he vydannya pereroblene ta dopovnene [Criminal proceedings of Ukraine]. K.: Tsentri uchbovoyi literatury [in Ukr.].
6. Basysta, I. V., Halahan, V. I., & Kuziv, O. M. (2012). Vyyimka u kryminal'nomu sudochynstvi Ukrainy: protsesual'nyy porядok i taktyka provedennya [Seizure in criminal proceedings of Ukraine: procedural order and tactics]. L'viv: L'vivs'kyi derzhavnyi universytet vntrishnikh sprav [in Ukr.].
7. Nechval, A. O. (2020). Taktyka obshuku u zhytli ta inshomu volodinni osoby [Tactics of search in the home and other property of a person]. Kyiv: NAVS [in Ukr.].
8. Byelousov, Yu. (2019). Yak maskuyut' nezakonni zatrymannya, prykrivayuchys' zakonodavstvom [How to mask illegal detentions under the guise of the law]. Ekspertnyy tsentr z prav lyudyny. 22.01.2019. Retrieved from <https://ecpl.com.ua/news/yak-maskuyut-nezakonni-zatrymannya-prykrivayuchys-zakonodavstvom/> [in Ukr.].
9. Poberezhnyk, A. O. (2017). Harantiyi zabezpechennya prava na svobodu ta osobystu nedotorkannist' v kryminal'nomu provadzhenni [Guarantees of ensuring the right to liberty and security of person in criminal proceedings]. Kyiv: Kyivs'kyi natsional'nyy universytet imeni Tarasa Shevchenka [in Ukr.].
10. Voynarovich, A. B. (2020). Okremi aspekty pravovoho rehulyuvannya zatrymannya upovnovazhenoyu sluzhbovoyu osoboju [Some aspects of the legal regulation of detention by an authorized official]. Kryminal'nyy protses i kryminalistyka: vyklyky chasu: zbirnyk statey za materialamy Vseukrayins'koyi naukovo-praktychnoyi konferentsiyi z nahody 20-richchya kafedry kryminal'noho protsesu i kryminalistyky L'vivs'koho natsional'noho universytetu imeni Ivana Franka (24 sichnya 2020 r., misto L'viv), 124–135 [in Ukr.].

*Стаття: надійшла до редакції 11.01.2021
прийнята до друку 16.02.2021
The article: is received 11.01.2021
is accepted 16.02.2021*