



СЕКЦІЯ 8

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА; СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА; ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

УДК 343.132.1

ОБШУК: ПРОЦЕСУАЛЬНІ Й ТАКТИЧНІ АСПЕКТИ ЧЕРЕЗ ПРИЗМУ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ

Ахтирська Н.М., к. ю. н., доцент
кафедри правосуддя юридичного факультету
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Стаття присвячена дослідженню процесуальних новел регламентації обшуку та практики Європейського суду з прав людини щодо оцінки результатів проведення окремих його видів.

Ключові слова: обшук, слідча (розшукова) дія, ухвала слідчого судді, доводи клопотання, вразливість прав громадян, вилучення електронних носіїв.

Статья посвящена исследованию процессуальных новел регламентации обыска и практики Европейского суда по правам человека относительно оценки результатов проведения отдельных его видов.

Ключевые слова: обыск, следственное (розыскное) действие, определение следственного судьи, доводы ходатайства, чувствительность прав граждан, извлечение электронных носителей.

Akhtyrska N.M. SEARCH: PROCEDURAL AND TACTICAL ASPECTS THROUGH THE PRISM OF THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT

The article is devoted to procedural novels of the search regulation and the practice of the European Court of Human Rights regarding the evaluation of the results of certain types

Key words: search, investigative (investigative) action, determination of the investigating judge, arguments of the petition, sensitivity of citizens' rights, retrieval of electronic carriers of its.

Постановка проблеми. Ганс Гросс зазначав, що поза всяким сумнівом, будь-який обшук є суттєвим порушенням особистої свободи громадянина, а тому слід вдаватися до цього заходу лише у виключних випадках. Але якщо прийнято рішення про проведення обшуку, то його слід провести з усією енергією та обшукати не тільки дім, але й самого підозрюваного [1, с. 169]. І.М. Якімов, розкриваючи особливості обшуку, вказував, що прийоми під час обшуку застосовуються різноманітні, втім, їх сутність полягає у з'ясуванні п'яти питань, з якими доводиться стикатися під час кожного обшуку, а саме: а) коли шукати; б) як шукати; в) у кого шукати; г) що шукати; д) де шукати [2, с. 311].

Але, перш за все, обшук має проводитися відповідно до закону. За тлумаченням Європейського суду з прав людини, вислів «у відповідності до закону» в сенсі п. 2 ст. 8 Конвенції означає, по-перше, щоб захід, який піддається оскарженню, мав деякі підстави в національному законодавстві. По-друге, національне законодавство має бути доступним відповідній особі. По-третє, особа повинна мати можливість одержати відповідну юридичну консультацію та передбачити наслідки застосування до неї національного законодавства. В-четвертих, національне законодавство має визнавати принцип верховенства права [3].

Проведення обшуку регламентовано ст. 234 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України, згідно з якою обшук

проводиться з метою виявлення та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукання знаряддя кримінального правопорушення або майна, яке було здобуте в результаті його вчинення, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб.

Мета статті – дослідження процесуальних новел регламентації обшуку та практики Європейського суду з прав людини щодо оцінки результатів проведення окремих його видів.

Виклад основного матеріалу. На підвищений рівень «вразливості» прав громадян під час проведення обшуку вказує прагнення законодавця вчасно реагувати вдосконаленням норм, що скеровані на врегулювання виявлених шпарин ризику неправомірності дій правоохоронних органів під час його проведення. Так, процесуальна регламентація даної слідчої (розшукової) дії після прийняття КПК України 2012 р. корегувалася чотирма законами: Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України стосовно відповідальності юридичних осіб» від 23.05.2013 р. [4], Законом України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо порядку тимчасового вилучення майна та проведення обшуку» від 13.05.2015 р. [5], Законом України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо окремих питань накладення арешту на

майно з метою усунення корупційних ризиків при його застосуванні» від 10.11.2015 р. [6] та Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо забезпечення дотримання прав учасників кримінального провадження та інших осіб правоохоронними органами під час здійснення досудового розслідування» від 16.11.2017 р. [7].

Процесуальні аспекти обшуку в світлі останніх новел варто розглянути детально. По-перше, обшук проводиться на підставі ухвали слідчого судді. У разі необхідності провести обшук слідчий за погодженням із 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 із 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) речі, документи або осіб, яких планується відшукати. 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.

Наведені вимоги є суттєвими, дотримання яких обов'язкове в разі постановлення ухвали про проведення обшуку. Водночас, у справі «Юдицька та інші проти Російської Федерації», Європейський суд встановив порушення в наданні дозволу на проведення обшуку в офісі адвоката, Суд зазначив, що «<...> тільки адвокат І.Т. є підозрюваним у кримінальному провадженні, але районний суд вказав, що юридична фірма є однією зі сторін фіктивної угоди, а тому дозволив проведення обшуку всього офісу» [8]. Не допускається вилучення предметів у помешканнях, які не вказані в ордері, належать особам, які не є підозрюваними у кримінальному провадженні [9].

Слідчий суддя відмовляє в задоволенні клопотання про обшук, якщо прокурор, слідчий не доведе наявності достатніх підстав вважати, що: 1) було вчинено кримінальне правопорушення; 2) відшукувані речі й 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 в зазначеному в клопотанні житлі чи іншому володінні особи (ч. 5 ст. 223).

На необхідність наявності «відносних і достатніх» причин для проведення обшуку Європейський суд вказує в постанові у справі «Колесниченко проти Російської Федерації», в якій обшук був проведений у квартирі адвоката та його батьків, де була вилучена

комп'ютерна та інша копіювальна техніка за підозрою у вчиненні підробки документів та шахрайства. При цьому єдиним доказом, наданим слідчим на підтримку свого клопотання про проведення обшуку, був висновок експерта, призначеного для порівняння документів, підготовлених С. та заявником, з метою визначення того, чи були вони виготовлені на одному друкарському пристрої. У висновку вказувалося, що категоричний висновок не може бути наданий, оскільки документи не мають жодних характерних особливостей, які б могли визначити друкарський засіб. Слідчий не пояснив суду, в який спосіб вилучена техніка могла допомогти слідству, він не посилався також на інші докази, які могли підтвердити його міркування. Районний суд прийняв в якості підстави для обшуку висновок експерта, не дослідивши його зміст та висновки [10].

Втім, особа, щодо якої приймається рішення щодо проведення обшуку, не мала можливості пересвідчитися в дотриманні проголошених вимог, оскільки відповідно до ч. 4 ст. 223 КПК України клопотання про обшук розглядається в суді в день його надходження за участю *слідчого або прокурора*. Отже, сама особа одержує лише правову підставу – ухвалу слідчого судді, оскаржити яку вкрай важко. Задля забезпечення транспарентності процесу прийняття рішення та у світлі розвитку інформаційних технологій у кримінальному судочинстві новелою стало положення, згідно з яким під час судового розгляду та у випадках, передбачених КПК, під час досудового розслідування забезпечується *повне фіксування судового засідання та процесуальних дій за допомогою звуко- та відеозаписувальних технічних засобів*. Офіційним записом судового засідання є лише технічний запис, здійснений судом у порядку, передбаченому КПК (ч. 5 ст. 27 КПК України). Дане положення буде введено в дію з 1 січня 2019 р.

Якщо така ухвала винесена слідчим суддею без проведення повної технічної фіксації засідання, то докази, що були отримані під час виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи, визнаються *недопустимими* (п. 4 ч. 3 ст. 87 КПК). Згідно з ч. 5 ст. 107 КПК України, учасники судового провадження мають право отримати копію запису судового засідання, зробленого за допомогою технічного засобу, за виключенням, передбаченим ч. 4 ст. 107 КПК, коли слідчий суддя, суд може обмежити чи заборонити доступ сторін кримінального провадження з боку захисту до результатів технічного запису з метою забезпечення недопустимості розголошення відомостей досудового розслідування в разі, *якщо на обґрунтування клопотання про проведення обшуку слідчий, прокурор надали результати проведення негласних слідчих (розшукових) дій*.

Ухвала слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи повинна відповідати загальним вимогам до судових рішень, а також містити відомості про: 1) строк дії ухвали, який не може перевищувати одного місяця із дня постановлення ухвали;



2) прокурора, слідчого, який подав клопотання про обшук; 3) положення закону, на підставі якого постановлено ухвалу; 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 (ч. 2 ст. 235). Ухвала надає право проникнути до житла чи іншого володіння особи лише один раз (ч. 1 ст. 235).

Аналіз наведених норм свідчить про обов'язковість наведення у клопотанні слідчого (прокурора) та в ухвалі судді конкретизації речей, документів або осіб, для виявлення яких проводиться обшук. КПК не містить виключень. Водночас Європейський суд з прав людини допускає випадки, коли на стадії досудового розслідування важко окреслити коло пошуку. Ситуації, що стосуються підозри в запланованих масштабних терактах, створюють особливі складнощі: доказів може бути достатньо для формування розумної підозри в підготовці теракту, але відсутність конкретної інформації про характер запланованого нападу та його цілі позбавляє проведення обшуку на підставі ордеру, сформульованого з використанням слів, зміст яких більш широкий, ніж допустимий в інших випадках. Чисельність підозрюваних та використання кодів слів ускладнює проблеми, з якими стикається поліція, намагаючись визначити до обшуку точні характеристики речей і документів, які підлягають виявленню. Нарешті, не можна ігнорувати той факт, що ситуація не терпить зволікань. Вимога на підставі ст. 8 Конвенції детально описувати в ордері характеристики предметів, що підлягають виявленню та вилученню, може поставити під серйозну загрозу ефективність розслідування, коли на кону може стояти чисельність життів. У справах такого роду поліції має бути дозволено певна диспозитивність в оцінці виявленого під час обшуку, того, які предмети можуть бути пов'язані з терористичною діяльністю, та у прийнятті рішення щодо їх вилучення. Суд дійшов висновку, що ордери на обшук не можуть визнаватися як сформульовані занадто широко. Отже, національна влада має право на «втручання» у право заявників на повагу їх особистого життя і житла, оскільки воно було «необхідним в демократичному суспільстві», що відповідає змісту п. 2 ст. 8 Конвенції [11].

На національному рівні дискусійним є питання щодо визнання належності доказів, одержаних під час обшуку, дозвіл на який надав суд в іншому кримінальному провадженні, тобто суть питання зводиться до того, як використовувати докази, виявлені під час «незаконного» обшуку? Відповідь на це питання не міститься в чинному КПК України, втім, Європейський суд з прав людини постановою у справі «Праде проти Німеччини» (Prade v. Germany, скарга № 7215/10) від 3 березня 2016 року визначив наступне: «Суд повинен, перш за все, розглянути пи-

тання про «незаконність» одержання доказів у справі заявника. Суд відмічає, що обшук у житлі, проведений в рамках іншого кримінального провадження відносно заявника та такий, що призвів до (випадкового) виявлення наркотиків, не відповідав національному законодавству. Федеральний Конституційний Суд скасував рішення суду першої інстанції, яким дозволялось проведення обшуку, оскільки воно було ухвалене без достатніх підстав підозрювати заявника в порушенні авторського права (що виразилося у продажу підроблених речей, таких як годинники, комп'ютерні програми через eBay) на підставі того, що були відсутні достатні підстави, які виправдовували б такий суттєвий вплив на конституційні права заявника, який здійснюється під час обшуку в житлі. Тим не менш, як передбачено в ст. 13 Основного закону Німеччини, влада одержала рішення суду на проведення обшуку до його проведення. Ніщо не вказує на те, що в даному випадку поліцейські діяли несумлінно або з наміром порушити формальні правила, звертаючись за рішенням суду, яке дозволило проводити обшук, і виконали його [12].

Далі суд має розглянути питання якості доказів, про які йдеться. Що стосується інтенсивності втручання, то Суд відзначає, що дана справа суттєво відрізняється від справи Яллоха [13]. По справі Яллоха влада допустила серйозне втручання у фізичну та психічну цілісність заявника проти його волі (за допомогою чотирьох поліцейських, що утримували його, лікар ввів заявнику через ніс соляний розчин та блювотний корінь, а також зробив йому ін'єкцію аморфіну, деривату морфіну, діючого як засіб, що викликає блювоту, в результаті чого заявника змудило, та було виявлено невеликий пакет з кокаїном), і, таким чином, докази були одержані завдяки заходу, який порушує статтю 3 Конвенції – одне з ключових прав, гарантованих Конвенцією. Що стосується того, чи викликають ці обставини сумніви, Суд відмічає, що між сторонами відсутній спір відносно того, що доказ був виявлений у квартирі в тій кімнаті, якою користується заявник. Кількість та якість виявленого гашишу було встановлено експертом, до висновків якого заявником претензії на жодному з етапів розгляду справи не пред'являлись. Таким чином, ніщо не дає підстав для будь-яких сумнівів у достовірності доказів.

Стосовно спірного доказу для обґрунтування висновку про винуватість заявника у вчиненні злочину, Суд відмічає, що спірний матеріал представляє собою єдиний доказ проти заявника. Суд другої інстанції спирався на показання самого заявника, зроблені в письмовій формі, зміст яких полягав у тому, що він зберігав наркотики. Необхідність існування інших доказів, окрім спірних, залежить від обставин справи. У даному випадку, де наркотичні засоби, виявлені в житлі заявника, є вагомим доказом, при цьому був відсутній ризик неналежності цього доказу, відповідно, додаткові докази були необхідні в меншій мірі.

Суд відмічає, що національні суди ретельно проаналізували аргументи заявника щодо використання доказів, детально мотивували

своє рішення про те, що докази можуть бути використані в рамках кримінального провадження, незважаючи на те, що одержані вони в ході незаконного обшуку житла. Вони зіставили суспільний інтерес, який полягає у притягненні до відповідальності за вчинення такого злочину, як зберігання наркотиків, з інтересами заявника, які полягають у вимогах поваги до його житла. На відміну від справи Яллоха, де національні суди розглядали питання допустимості використання доказів, одержаних у результаті насильницького введення фармацевтичних препаратів, що було передбачено національним законодавством, в даній справі національні суди розуміли, що вони мають можливість на власний розсуд визнати неприпустимим використання такого доказу. Суди врахували значну кількість виявленого гашишу (приблизно 464 г), на відміну від справи Яллоха (близько 0,2 г), а тому їхні висновки про те, що суспільні інтереси превалюють над конституційними правами заявника, були ретельно та детально мотивованими та не свідчать про вияв свавілля або невідповідності втручання. Європейський суд із прав людини дійшов висновку, що розгляд у справі заявника в цілому не був таким, що не відповідає вимогам справедливої судового розгляду, порушення статті 6 § 1 Конвенції допущено не було [12].

По-друге, чинний КПК визначає коло осіб, які беруть участь в обшуку. Згідно з ч. 1 ст. 236 КПК України, ухвала про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи може бути виконана слідчим чи прокурором. Для участі у проведенні обшуку може бути запрошений потерпілий, підозрюваний, захисник, представник, адвокат та інші учасники кримінального провадження. З метою одержання допомоги з питань, що потребують спеціальних знань, слідчий, прокурор для участі в обшуку має право запросити спеціалістів. Слідчий, прокурор вживає належних заходів для забезпечення присутності під час проведення обшуку осіб, чий права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені.

Варто зазначити, що у зв'язку із внесенням змін до Кримінального кодексу України Законом України від 23.05.2013 р. щодо кримінальної відповідальності юридичних осіб, обшук або тимчасовий доступ до речей та предметів проводиться за участю представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження.

Водночас імперативним застереженням є випадки обов'язкової участі осіб. Так, згідно з ч. 6 ст. 223 КПК слідча (розшукова) дія, що здійснюється за клопотанням сторони захисту, потерпілого, представника юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, проводиться за участю особи, яка її ініціювала, та (або) її захисника чи представника, крім випадків, коли через специфіку слідчої (розшукової) дії це неможливо або така особа письмово відмовилася від участі в ній.

Відповідно до п. 3 ч. 3 ст. 87 КПК України недопустимими є докази, що були отримані під час виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи у зв'язку з недопущенням адвоката до цієї слідчої

(розшукової) дії. Факт недопущення до участі в обшуку адвокат зобов'язаний довести в суді під час судового провадження.

Як передбачено ч. 7 ст. 223 КПК України, 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. У рішенні Європейського суду у справі «Місан проти Росії» було встановлено, що, згідно протоколу, під час проведення обшуку донька обвинуваченого брала участь в якості понятої, про що свідчить підпис у протоколі [9].

Відповідно до чинного законодавства обшук може проводитися лише після відкриття кримінального провадження, в деяких країнах у випадках невідкладності – поза межами кримінального провадження (до його початку). Так, в постанові Європейського суду з прав людини у справі «Преждарови проти Болгарії» [14] зазначено, що дії поліції в належному заявника комп'ютерному клубі мали деякі підстави в національному законодавстві, оскільки п.1 ст. 191 Кодексу передбачає право провести обшук та вилучення. Суд має розглянути питання, чи був закон «співставним з принципом верховенства права». Національне законодавство має забезпечити достатні гарантії від свавільного втручання в права, передбачені ст. 8 Конвенції в плані обшуку та вилучення [14]. Кодекс 1974 р. дозволяє поліції проводити обшук за відсутності кримінального провадження, якщо це надає єдину можливість зібрати та зберегти докази. Формулювання такого положення дозволяло поліцейським без попередньої санкції суду проведення обшуку та по суті самостійно вирішувати питання: чи відноситься цей випадок до невідкладних. Суд висловив сумнів щодо наявності такої ситуації, оскільки рішення про проведення обшуку було прийняте прокурором *за три тижні до того, як він був проведений*. Влада одержала інформацію про незаконне поширення програмного забезпечення 31 січня, проте операція/обшук була запланована на 21 лютого. У влади було достатньо часу для збирання додаткової інформації щодо вірогідних злочинних дій, відкриття кримінального провадження та звернення до суду з клопотанням. Суд визнав, що в такій ситуації відсутність попередньої судової санкції може бути компенсовано доступністю наступного судового контролю [15]. Незважаючи на свободу розсуду, яку Суд визнає за Договірними державами в цій сфері, він має бути особливо ретельним, коли виявляється, що згідно з чинним законодавством влада уповноважена приймати рішення щодо проведення обшуків та проводити їх без санкції суду. Суд має розглядати питання про те, чи надав послідо-



чий судовий контроль достатні гарантії того, що право заявників на повагу їх особистого життя не було порушено. Закон не передбачає судову перевірку. А національний суд обмежив своє мотивування описом ходу обшуку та вилучення, вибірково цитуванням тексту п. 2 ст. 135, підкреслюючи, що випадок відноситься до невідкладних. Жодних додаткових доказів наведено не було [16].

Суд також відмітив, що заявники подали скарги, в яких посилалися на те, що на комп'ютерах містилась персональна інформація, вимагали повернути техніку. Суд вказує, що масштаб обшуку та вилучення є важливим фактором, який необхідно брати до уваги під час оцінки того, чи відповідає проведення обшуку вимогам ст. 8 Конвенції [17]. Суд не може спекулювати відносно питання наявності персональної інформації на комп'ютерах, але відмічає, що національні суди жодного разу не звернули уваги на претензії заявників: суд, що погодив проведення обшуку, не розглядав питання масштабу операції та не виявив розбіжностей між інформацією, що була необхідна для розслідування, та інформацією, яка не мала до нього відношення. Заявники вимагали повернути комп'ютери, оскільки на них була персональна інформація, втім, ані прокурор, ані суд не розглянули з належною ретельністю їхнє твердження.

Часто в рамках кримінального провадження виникає необхідність вилучення комп'ютерної техніки або інформації, що міститься на електронних носіях. Як закріплено в ст. 160 КПК України, сторони кримінального провадження мають право звернутися до слідчого судді під час досудового розслідування чи суду під час судового провадження із клопотанням про тимчасовий доступ до речей і документів, за винятком зазначених у статті 161 КПК України. Слідчий має право звернутися із зазначеним клопотанням за погодженням із прокурором, в якому, зокрема, вказати *обґрунтування необхідності вилучення речей і оригіналів або копій документів, якщо відповідне питання порушується стороною кримінального провадження*.

Як свідчить слідча та судова практика, непоодинокими були випадки безпідставного вилучення комп'ютерної техніки, яка містила особисту інформацію, що завдало шкоди честі, гідності, діловій репутації особи, або, у випадку вилучення техніки в юридичних осіб, тягло перешкоджання здійсненню статутної діяльності. У зв'язку з цим, законодавець передбачив обов'язок обґрунтування вилучення оригіналів або копій документів.

Тривалий час у кримінальному судочинстві превалювали підходи, згідно з якими експертні дослідження мали проводитися лише за наявності оригіналів документів. Оскільки очевидно є необхідність вилучення електронних доказів, ч. 4 ст. 99 КПК зазнала суттєвих новацій, які стосуються того, що дублікат документа (документ, виготовлений таким самим способом, як і його оригінал), а також копії інформації, що міститься в інформаційних (автоматизованих) системах, телекомунікаційних системах, інформаційно-телекому-

нікаційних системах, їх невід'ємних частинах, виготовлені слідчим, прокурором *із залученням спеціаліста*, визнаються судом як оригінал документа. Тож, коло осіб, участь яких є обов'язковою під час обшуку чи тимчасового доступу до речей та документів, метою яких є вилучення електронних доказів, доповнено *обов'язковою участю спеціаліста*.

Обшук на підставі ухвали слідчого судді повинен проводитися в *обсязі, необхідному для досягнення мети обшуку*. 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. Обшук особи повинен бути здійснений особами тієї ж статі.

Як зазначено в ст. 107 КПК України, 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.

Відповідно до ст. 168 КПК України, тимчасово вилучити майно може кожен, хто законно затримав особу в порядку, передбаченому статтями 207, 208 КПК. Факт передання тимчасово вилученого майна засвідчується протоколом (ч. 1). Тимчасове вилучення майна може здійснюватися також під час обшуку, огляду (ч. 2). Тимчасове вилучення електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку для вивчення фізичних властивостей, які мають значення для кримінального провадження, здійснюється лише в разі, *якщо вони безпосередньо зазначені в ухвалі суду*.

Забороняється тимчасове вилучення електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку, крім випадків, коли їх надання разом з інформацією, що на них міститься, є *необхідною умовою проведення експертного дослідження*, або якщо такі об'єкти отримані в результаті вчинення кримінального правопорушення чи є засобом або знаряддям його вчинення, а також якщо доступ до них обмежується їх власником, володільцем або утримувачем чи пов'язаний з подоланням системи логічного захисту.

У разі необхідності слідчий чи прокурор здійснює копіювання інформації, що міститься в інформаційних (автоматизованих) системах, телекомунікаційних системах, інформаційно-телекомунікаційних системах, їх невід'ємних частинах. Копіювання такої інформації здійснюється із залученням спеціаліста. Слідчий, прокурор, інша уповноважена службова особа *під час затримання або обшуку і тимчасового вилучення майна або негайно після їх здійснення* зобов'язана скласти відповідний протокол, копія якого надається особі, в якій вилучено майно, або її представнику.

Певні особливості притаманні окремим видам обшуку. Європейський суд неодноразово вказував, що переслідування та залякування представників юридичної професії тор-

кається самого серця конвенційної системи. Таким чином, обшук адвокатських приміщень повинен бути предметом особливо ретельного контролю [18]. Відповідно до Рекомендації № 21 2000 р. Комітету міністрів Ради Європи державам-учасницям Ради Європи щодо питання свободи здійснення адвокатами професійних обов'язків, серед іншого, передбачає наступне: «Принцип 1 – Загальні принципи свободи здійснення адвокатами своїх професійних обов'язків: <...> 6. Повинні вживатися всі необхідні заходи для забезпечення поваги до таємниці взаємовідносин між адвокатом та його довірительом. Виключення приймаються лише в тих випадках, коли вони відповідають верховенству права» [19].

У справі «Смирнов проти Росії» було встановлено, що слідчий у справі про створення організованої злочинної організації під час обшуку в квартирі адвоката, який представляв інтереси підзахисних, виявив та вилучив більше двадцяти документів, про які адвокат заявив, що вони були його власними, а також центральний блок комп'ютера заявника. Відповідно до протоколу, в адвоката не було скарг на порядок проведення обшуку, водночас він заперечував проти вилучення центрального блоку комп'ютера, оскільки в ньому було два диски, й він коштував 1000 доларів. Вилучені документи, зокрема, включали довіреність, видану адвокату громадянином С., а також витяг із процесуальних документів у справі щодо громадянина Б.

Через 8 днів був накладений арешт на документи та комп'ютерну техніку. Заявник у скарзі стверджував, що центральний блок комп'ютера, його особистий записник та матеріали, пов'язані з його довірительми, не мали відношення до кримінального провадження, на них не можна було накладати арешт як на докази, тому що вилучення порушило права його довірительів на захист.

Європейський суд послідовно інтерпретував поняття «житло приватних осіб» та «службові приміщення осіб, зайнятих вільних професіях» [20]. Отже, владою було допущене втручання в право заявника на повагу до його житла. Чи був акт втручання «необхідним в демократичному суспільстві»? Суд залишає за Договірними сторонами свободу розсуду в певних рамках.

Втім, виключення, передбачені п. 2 ст. 8 Конвенції, варто тлумачити вузько, а необхідність застосовувати їх повинна бути з усією переконливістю встановлена. Суд зазначає, що Сторони вправі застосовувати такі заходи для одержання речових доказів вчинення певних злочинів. Але оцінці підлягають підстави для таких заходів – чи були вони «важливими» та «достатніми», чи дотриманий принцип пропорційності застосованих заходів.

Суд має пересвідчитись, по-перше, в тому, що чинне законодавство та правозастосування надають громадянам адекватні та ефективні гарантії проти зловживання владою. По-друге, Суд має вивчити конкретні обставини кожної справи з тим, щоб встановити, чи був акт втручання в права людини пропорційним його цілям. Критеріями, якими доцільно керуватися, є: обставини, за яких видавався

ордер на обшук, наявність додаткових доказів на момент видачі ордера, зміст і сфера дії ордера на обшук, спосіб проведення обшуку, включаючи присутність незалежних спостерігачів; масштаб імовірних наслідків обшуку, які можуть вплинути на роботу та репутацію особи [21].

З урахуванням матеріалів, які були оглянуті та вилучені, Суд дійшов висновку, що обшук посягнув на адвокатську таємницю в тій мірі, яка була непропорційна будь-якій меті, що переслідувалась обшуком та вилученням. У випадках, коли йдеться про адвоката, зазіхання на адвокатську таємницю може мати негативні наслідки для належного відправлення правосуддя і, тим самим, для прав, гарантованих статтею 6 Конвенції. Отже, обшук, проведений без «важливих та достатніх підстав та за відсутності гарантій проти адвокатської таємниці у квартирі заявника, який не обвинувачувався у вчиненні будь-якого злочину, а лише представляв інтереси обвинувачених у цьому кримінальному провадженні, не був «необхідним в демократичному суспільстві», що свідчить про порушення ст. 8 Конвенції.

У контексті положень статті 1 Протоколу № 1 до Конвенції заявник також скаржився до Європейського суду на порушення його права власності, що виразилося у вилученні та утриманні владою впродовж шести років його документів та комп'ютера. Стаття 1 Протоколу 1 передбачає: «Кожна фізична та юридична особа має право безперешкодно користуватися своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений свого майна, інакше як в інтересах суспільства та на умовах, передбачених законом та загальними принципами міжнародного права.

Європейський суд приймає те, що утримання владою речових доказів може виявитись необхідним заходом в інтересах належного відправлення правосуддя, що є «правомірною метою» в «загальних інтересах» населення. Втім, має існувати розумне співвідношення пропорційності між засобами, що використовуються, та метою, яка переслідується державою за допомогою будь-яких засобів, включаючи контроль за використанням громадянином своєї власності. Ця вимога виражена в понятті «справедлива рівновага», має бути встановлена межа між вимогою дотримуватися загальних інтересів населення і вимогами охорони фундаментальних прав особи [22].

Вилучений під час обшуку комп'ютер не був знаряддям вчинення злочину, предметом, що мав відношення до злочину, або результатом вчинення злочину. Цінною для слідства була інформація, яка зберігалась на жорсткому диску, втім, дана інформація була вивчена слідчим, роздрукована та залучена до матеріалів кримінального провадження. Дані обставини виключає будь-які очевидні підстави для тривалого утримання центрального блоку комп'ютера.

З іншого боку, комп'ютер був робочим інструментом заявника, який він використовував для складання юридичних документів та зберігання більше 200 файлів стосовно своїх довірительів. Утримання владою комп'ютера не



лише спричинило заявнику особисту незручність, а й перешкоджало його професійній діяльності, а це, у свою чергу, могло мати негативні наслідки для відправлення правосуддя.

Отже, в результаті влада не встановила «справедливу рівновагу» між вимогами дотримуватися загальних інтересів та вимогами захисту права заявника на безперешкодне користування власним майном, що свідчить про порушення ст. 1 протоколу № 1 до Конвенції.

Особистий обшук проводиться негайно після затримання. Європейський суд у постанові у справі «Сакід Заїдов проти Азербайджану» вказує, що особистий обшук заявника не був проведений відразу після його затримання о 19 годині 23 червня. Він був проведений о 19 годині 20 хвилин у приміщенні ГУБНОН МВС, що знаходився поруч з місцем затримання. На думку Суду, проміжок часу близько 20 хвилин, що минули з часу затримання до обшуку, викликають обґрунтовану підозру, що доказ був підкинутий, оскільки впродовж цього часу особа перебувала під повним контролем співробітників поліції. Окрім того, не виявлено жодних підстав вважати, що будь-які інші обставини робили неможливим проведення обшуку негайно після затримання. Суд відмітив, що національні суди відмовились досліджувати відеозапис обшуку, незважаючи на те, що заявником було прямо заявлено клопотання. Влада також не надала на запит Суду копію відеозапису [23].

Висновки. На підставі наведеного, можна дійти висновку про те, що процесуальна регламентація слідчих (розшукових) дій попри детальну регламентацію в чинному Кримінальному процесуальному кодексі України потребує корегування з огляду на практику Європейського суду з прав людини, яка, як відомо, є джерелом права. Водночас виникає питання: яким має бути криміналістична тактика в майбутньому? Очевидно, одним із домінуючих джерел формування її тактичних прийомів є досвід правоохоронних органів країн ЄС та рекомендації Європейського суду з прав людини.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Гросс Г. Руководство для судебных следователей как система криминалистики. Новое изд., перепеч. с изд. 1908 г. М.: ЛексЭст, 2002. 1088 с.
2. Якимов И.Н. Криминалистика. Руководство по уголовной технике и тактике. Новое изд., перепеч. с изд. 1925 г. М.: ЛексЭст, 2003. 496 с.
3. Постановления Европейского суда по правам человека по делам *Rota v. Romania* [GC], no. 28341/95, § 52, ECHR 2000-V; *Liberty and Others v. the United Kingdom*, no. 58243/00, § 59, 1 July 2008; и *Sallinen and Others v. Finland*, no. 50882/99, § 76, 27 September 2005. URL: <http://www.eurocourt.in.ua/Article.asp?AIdx=212>.
4. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо виконання Плану дій щодо лібералізації Європейським Союзом візового режиму для України

стосовно відповідальності юридичних осіб» від 23.05.2013 р. Офіційний вісник України від 02.07.2013 р. № 47. С. 9.

5. Законом України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо порядку тимчасового вилучення майна та проведення обшуку» від 13.05.2015 р. Голос України від 05.06.2015 р. № 98.

6. Закон України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо окремих питань накладення арешту на майно з метою усунення корупційних ризиків при його застосуванні» від 10.11.2015 р. Голос України від 10.12.2015 р. № 233.

7. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо забезпечення дотримання прав учасників кримінального провадження та інших осіб правоохоронними органами під час здійснення досудового розслідування» від 16.11.2017 р. Голос України від 06.12.2017 р. № 228.

8. Постановление ЕСПЧ по делу «Юдицкая и другие против Российской Федерации» (Жалоба № 5678/06) (Страсбург, 12 февраля 2015 г.). URL: <http://zakoniro.ru/?p=18338>.

9. Постановление ЕСПЧ от 02.10.2014 г. «Дело «Мисан (Misan) против Российской Федерации» (жалоба № 4261/04) от 02.10.2014 г. URL: <http://narodirossii.ru/?p=9488>.

10. Постановление Европейского суда по делу «Колесниченко против Российской Федерации» от 09.04.2009 г. URL: <https://www.lawmix.ru/vas/64704>.

11. Постановление Европейского Суда по правам человека по делу «Шер и другие против Соединенного Королевства» (*Sher and Others v. the United Kingdom*, жалоба № 5201/11) от 20 октября 2015 г.

12. Постановление ЕСПЧ по делу «Праде против Германии» (*Prade v. Germany*, жалоба № 7215/10) от 03 марта 2016 года; *Kaletsch v. Germany* (dec.), no. 31890/06, 23 June 2009). URL: <http://europeancourt.ru/2016/03/03/21827/>.

13. *Jalloh v. Germany* [GC], no. 54810/00, ECHR 2006-IX. URL: <http://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/5691870/>.

14. *Prezhdarovi v. Bulgaria*, жалоба № 8429/05. URL: <http://europeancourt.ru/tag/842905/>.

15. *Camenzind v. Switzerland*, 16 December 1997, § 45, Reports 1997-VIII, и [*Heino v. Finland*, no. 56720/09, §§ 40 и 46, 15 February 2011. URL: http://www.hrcr.org/safrica/privacy/camenzind_switzerland.html.

16. *Smirnov v. Russia*, no. 71362/01, § 45, 7 June 2007 URL: <http://europeancourt.ru/resheniya-evropejskogo-suda-narusskom-yazyke>.

17. *Gutsanovi v. Bulgaria*, no. 34529/1.0, § 223, ECHR 2013 URL: <http://europeancourt.ru/2014/10/01/17029/>.

18. *Iliya Stefanov v. Bulgaria*, no. 65755/01, § 38, 22 May 2008. URL: <http://europeancourt.ru/2014/10/01/17029/>.

19. Постановление Европейского Суда от 13 ноября 2003 г. по делу «Элджи и другие против Турции» (*Elci and Others v. Turkey*), жалобы № 23145/93 и 25091/94, § 669. URL: <https://www.lawmix.ru/vas/64704>.

20. Рекомендация г (2000 г.) 21-го Комитета министров Совета Европы «о свободе осуществления профессии адвоката», приняты Комитетом министров Совета Европы на 727-м заседании на уровне заместителей министров 25 октября 2000 года. URL: <https://studfiles.net/preview/2956325/page/13/>.

21. Постановление Европейского Суда по делу «Бак против Германии» [*Buck v. Germany*], жалоба № 41604/98, § 31; Постановление Европейского Суда от 16 декабря 1992 года по делу «Нимиц против Германии» [*Niemietz v. Germany*], № 251-В, с.33-34, § 29-31//. Сборник постановлений и решений Европейского Суда по правам человека ECHR. 2005-IV.

22. Постановление Европейского Суда от 24 октября 2006 года по делу «Эдвардс против Мальты» [*Edwards v. Malta*], жалоба № 17647/04, § 69.

23. Постановление ЕСПЧ по делу «Сакит Заїдов против Азербайджана» (*Sakit Zahidov v. Azerbaijan*, жалоба № 51164/07) от 12 ноября 2015 года. URL: <http://europeancourt.ru/tag/sakit-zaidov-protiv-azerbajdzhana/>.