

УДК: 347.91

ORCID: 0000-0003-0780-2957

e-mail: andreynatyk13@gmail.com

**Andrii Y. Hnatiuk,**

Assistant professor at the Department of  
Criminal Law and Criminal Law  
Disciplines  
(Poltava Law Institute of the Yaroslav  
Mudryi National Law University)

**Гнатюк Андрій Юрійович,**

асистент кафедри кримінального права  
та кримінально-правових дисциплін  
(Полтавський юридичний інститут  
Національного юридичного  
університету імені Ярослава Мудрого)

## **ОСОБЛИВОСТІ ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ**

### **THE SPECIFICS OF CONDUCTING A SEARCH IN CONDITIONS OF MARTIAL LAW**

**Анотація.** У статті досліджується питання щодо особливостей проведення обшуку в умовах воєнного стану. Обґрунтовано необхідність проведення обшуку вночі та без залучення понятих якщо існує об'єктивна неможливість їх залучення або потенційна небезпека для життя чи здоров'я. Особливу увагу приділено законності делегування повноважень слідчого судді керівнику органу прокуратури. Здійснено аналіз крізь призму «трискладового тесту» щодо законності, пропорційності та легітимності такого втручання. З'ясовано, що делегування повноважень слідчого судді іншим учасникам процесу суперечить Конституції України. Як вирішення проблеми запропоновано змінювати територіальну підсудність справ. Встановлено, що пропорційність втручання за рішенням неналежного суб'єкта є невиправданою, оскільки немає визначення категорії «відсутність об'єктивної можливості», що може призводити до зловживань повноваженнями слідчого судді. Визначено, що в умовах воєнного стану держава може відступати від своїх зобов'язань, відповідно до ст. 15 Конвенції про захист прав і основоположних свобод людини (далі-КЗПЛ).

Висунена пропозиція визначити поняття «відсутність об'єктивної неможливості», а також заборонити делегування функцій слідчого судді керівнику органу прокуратури для уникнення зловживання повноваженнями та нівелювання функцій судового контролю, що може призводити до порушення прав та основоположних свобод людини і громадянина, закріплених КЗПЛ. Надано рекомендації, що законодавцю необхідно найближчим часом визначити дефініцію «відсутності об'єктивної можливості» здійснювати повноваження, щоб уникнути зловживання для власних інтересів прокурором, нівелюванням ролі судового контролю та порушень прав та основоположних свобод людини. Автор приходить до думки, що доцільніше не покладати виконання повноважень слідчого судді на керівника органу прокуратури, а змінювати підсудність на відповідних територіях, що передбачено Законом України «Про правовий режим воєнного стану» № 389-VIII.

**Ключові слова:** обшук, воєнний стан, делегування повноважень слідчого судді, «відсутність об'єктивної можливості», законність, пропорційність, легітимність мети, основоположні права та свободи людини.

**Summary.** The article studies the issue of the specifics of conducting a search in conditions of martial law. The need to initiate a search at night and without the involvement of attesting witnesses is substantiated if there is an objective impossibility of involving them or a potential danger to life or health. Special attention is paid to the legality of the delegation of powers of the investigating judge to the head of the prosecutor's office. The analysis was carried out through the prism of the "three-part test" regarding the legality, proportionality, and legitimacy of such an intervention. It was found that the delegation of authority of the investigating judge to other participants in the process contradicts the Constitution of Ukraine. It offers a solution to the problem to change the territorial jurisdiction of cases. It was established that the proportionality of the intervention based on the decision of an improper subject is unjustified since there is no definition of the category "the lack of objective

possibility", which can lead to abuses of the official authority of the investigating judge. It is determined that in martial law conditions, the state can deviate from its obligations, in accordance with Article 15 of the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter referred to as ECHR). The proposal is made to define the concept of "absence of objective impossibility", as well as to prohibit the delegation of the functions of the investigating judge to the head of the prosecutor's office in order to avoid the abuse of powers and the leveling of the functions of judicial control, which may lead to the violation of the rights and fundamental freedoms of a person and a citizen, enshrined in ECHR.

**Key words:** search, martial law, legality, proportionality, legitimacy of law, fundamental human rights and freedoms.

**Постановка проблеми.** Порядок проведення слідчих (розшукових) дій останніми роками неодноразово доповнювався положеннями, що гарантують дотримання прав та свобод людини. Така слідча дія як обшук зазнала найбільших корегувань, про що свідчить надання можливості відеозапису особою, у якій проводиться обшук та його адвокатом, допуск останнього на будь-якій стадії цієї процесуальної дії, особливості вилучення комп'ютерної техніки та інше. Оскільки обшук є слідчою дією, яка полягає у значному втручанні у права та свободи особи, тому законодавець закріпив необхідні умови допустимості такої дії, а саме передбачивши обов'язкову участь мінімум двох понятих, безперервну відео фіксацію, забезпечення проведення у денний час, за винятком невідкладних випадків та інші гарантії. У зв'язку із застосуванням національними судами доктрини «плодів отруєного дерева» все більше ухвалюється вироків, в яких похідні докази від тих, що вилучені під час обшуку, визнаються недопустимими. Враховуючи це можна констатувати, що обшук посідає важливе місце серед ієрархії слідчих дій.

З початком повномасштабної війни та введенням воєнного стану в Україні виникла необхідність реформування кримінально-процесуальних законодавчих

актів для ефективного та оперативного здійснення кримінального провадження в сучасних умовах. Прийнятим законом України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо удосконалення порядку здійснення кримінального провадження в умовах воєнного стану» від 14.04.2022 року № 2201-IX (далі – Закон України № 2201-IX) внесено низку змін, серед яких важливе місце посідають положення оновленої статті 615 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України). Вказані зміни значно вплинули на процедуру обшуку та як результат потребують аналізу на відповідність національному законодавству та міжнародним конвенціям.

**Стан опрацювання обраної проблематики останніх публікацій та досліджень.** Питання щодо проведення обшуку неодноразово досліджували такі науковці: Ю.П. Аленіна, В.П. Бахін, С.Ф. Денисюк, А.М. Колодій, Ю.М. Чорноус, О.Г. Яновська та інші. Проте їхні роботи стосувалися здебільшого поняття, особливостей, процесуальних аспектів здійснення, етапів проведення обшуку тощо. У зв'язку із внесеними змінами вважаємо за необхідне проаналізувати особливості проведення обшуку в умовах воєнного стану та таких нововведень Конституції України.

**Мета.** Мета статті полягає в здійсненні комплексного дослідження законодавчих змін в умовах воєнного стану щодо проведення обшуку, зокрема крізь призму європейських стандартів дотримання прав та основоположних свобод людини, визначенні проблем теоретичного та практичного характеру та пошук шляхів їх вирішення.

**Виклад основного матеріалу.** Відповідно до ч. 1 ст. 234 КПК України проведення обшуку необхідне для виявлення та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукання та фіксації відомостей про обставини кримінального правопорушення, відшукання знаряддя кримінального правопорушення або майна, яке було здобуто в результаті його вчинення, а також встановлення місцезнаходження осіб у розшуку [1]. Практично жодне досудове розслідування у кримінальному провадженні по

тяжкому або особливо тяжкому злочину яке завершується складанням обвинувального акту не обходиться без цієї слідчої дії. Тобто, можна констатувати, що обшук є важливим інструментом у діяльності органу досудового розслідування та його результативна реалізація дає змогу здійснити ефективне розслідування кримінальних правопорушень, зібравши доказову базу.

Положеннями ч. 4 ст. 233 КПК України передбачено, що проведення слідчих (розшукових) дій у нічний час (з 22 години до 6 години) не допускається, за винятком невідкладних випадків, коли затримка в їх проведенні може призвести до втрати слідів кримінального правопорушення чи втечі підозрюваного, а також крім здійснення кримінального провадження у порядку, встановленому ст. 615 КПК України [1]. Вважаємо такі зміни необхідними в сучасних умовах. Можна змоделювати ситуацію, коли вночі буде затримано особу підозрювану у колабораціонізмі та виникне необхідність невідкладно провести обшук його житла чи іншого володіння. Така нагальність пояснюється тим, що в разі зволікання можуть бути знищені чи приховані докази. Разом з тим необхідно також говорити про те, що правоохоронні органи не повинні зловживати можливістю проведення «нічного» обшуку, якщо для цього дійсно немає нагальної проблеми та достатніх підстав.

Новим для кримінального процесу стало також надання правоохоронним органам можливості не залучати понятих для проведення слідчих дій, якщо таке залучення є обов'язковим. Відповідно до вищевказаної статті обшук можна проводити без залучення понятих за таких умов: якщо існує об'єктивна неможливість їх залучення або потенційна небезпека для їхнього життя чи здоров'я. У такому разі повинен проводитися безперервний відеозапис обшуку за допомогою доступних технічних засобів [1]. Для визначення необхідності та законності таких змін слід зазначити, що інститут понятих покликаний забезпечити процесуальні гарантії прав особи та унеможливити свавілля з боку правоохоронних органів, підтвердити правильність фіксації порядку здійснення, зміст та результати проведення обшуку [2]. Такі зміни є виправданими в

сучасних реаліях. Наприклад, коли обшук проводиться в місцях, де відбуваються бойові дії й можуть виникати небезпечні умови для життя та здоров'я понять. Або ж у випадках, коли обшук проводиться під час комендантської години, протягом якої заборонено перебувати на вулиці, у інших громадських місцях без спеціальних перепусток [3]. Сьогодні ані законодавством, ані судовою практикою не визначено поняття «об'єктивна неможливість», оскільки вона встановлюється в кожному конкретному випадку з урахуванням обставин, що відбуваються. Це у свою чергу може призводити до зловживань з боку правоохоронних органів.

Що стосується обов'язковості здійснення безперервного відеозапису обшуку за допомогою доступних технічних засобів, то вважаємо такі положення актуальними, оскільки в сучасних умовах діджиталізації суспільства зафіксувати слідчу дію за допомогою смартфона простіше, аніж знайти та скласти протокол за участю понять. Важливими в контексті наведеного є положення абз. 3 ч. 2 ст. 104 КПК України, що до протоколу обшуку не можуть бути внесені дії та обставини, які не були зафіксовані в звуко- та відео-записі та не можуть бути використані як доказ у кримінальному провадженні [1]. Згідно з ч. 6 ст. 107 КПК України у випадках, коли застосування технічних засобів фіксування кримінального провадження є обов'язковим і не здійснювалося, наслідком є визнання такої слідчої дії проведеної з порушенням, а відомостей, отриманих у результаті її проведення недопустимими доказами [1].

Досить цікавим в аспекті дослідження змін щодо проведення обшуку є положення, передбачені п. 2 ч. 1 ст. 615 КПК України, відповідно до якого керівнику органу прокуратури делеговано повноваження слідчого судді у разі, коли останній об'єктивно не має можливості для їх виконання. Саме тому виникають питання з приводу законності такого делегування, можливих зловживань та порушень прав громадян. Право на особисту недоторканність та недоторканність житла гарантовані ст. 30 Конституції України та ст. 8 КЗПЛ. Згідно із зазначеним положенням КЗПЛ таке втручання органів державної влади

може бути виправдано в разі, коли було дотримано так званий «трискладовий тест», що передбачає законність, пропорційність та наявність легітимної мети для втручання [4]. Отже, проаналізуємо проведення даної слідчої дії під час воєнного стану крізь призму зазначених принципів.

Законність як один із критеріїв втручання в приватне життя особи передбачає, що обшук повинен проводитися відповідно до національного законодавства, зокрема Конституції України та положень КПК України. Європейський суд з прав людини (далі-ЄСПЛ) у своїй практиці визначає, що принцип законності включає в себе наявність нормативного підґрунтя в національній системі, доступність та ясність законодавчих положень та наявність дієвих гарантій для дотримання прав людини при здійсненні процесуальних дій [5]. Отже, проаналізувавши наведені елементи засади законності можемо підсумувати, що проведення обшуку за рішенням керівника прокуратури передбачене п. 2 ч. 1 ст. 615 та ст. 234 КПК України, у якому цілком доступно викладено порядок та процедуру його проведення, тому зацікавлена особа може передбачити для себе наслідки здійснення такого обшуку. У разі, коли обшук буде проведено незаконно, то отримані докази мають бути визнані недопустимими.

При дослідженні законності виконання керівником прокуратури повноважень слідчого судді, необхідно звернутися до ч. 1 ст. 124 Конституції України, відповідно до якої заборонено делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншим органам чи посадовим особам [6]. Таким чином, можемо говорити про те, що делегування повноважень слідчого судді прямо суперечить Конституції України.

З аналізу ч. 3 ст. 26 Закону України «Про правовий режим воєнного стану» № 389-VIII (далі – Закон України № 389-VIII) та п. 18 ч. 1 ст. 3 КПК України [1, 7] видається логічним, що в разі неможливості здійснення правосуддя, одним із проявів якого є судовий контроль за дотриманням прав та свобод осіб у

кримінальному провадженні, може бути змінена територіальна підсудність справ, що розглядаються в цих судах або за місцезнаходженням цих судів.

Аналізуючи питання щодо наявності легітимної мети, необхідно звернутися до п. 2 ст. 8 КЗПП, яким передбачено, що порушення прав може здійснюватися для національної й громадської безпеки, економічного добробуту країни, запобігання заворушенням або злочинам, захисту здоров'я, моралі або прав та свобод інших осіб [8]. Згідно з ч. 1 ст. 234 КПК України мета обшуку полягає у виявленні та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукання знаряддя або майна, здобутого в результаті його вчинення, встановлення місця перебування розшукуваних осіб [1]. Отже, у кожній справі потрібно виходити з конкретних обставин, щоб проведення обшуку відповідало його законній меті, що визначена ч. 1 ст. 234 КПК України та враховуючи запровадження воєнного стану на всій території України.

Пропорційність втручання передбачає, що втручання, здійснене органами державної влади повинне відповідати нагальній суспільній проблемі, бути співмірним з легітимною метою та достатньо обґрунтованим [5]. Як зазначав ЄСПЛ у справі «Санді Таймс проти Сполученого Королівства» від 26.03.1979 року: для того, щоб визначити виправданість того чи іншого втручання, потрібно виходити з сукупності фактів та обставин конкретної справи [9, с. 147]. Таким чином, пропорційність втручання за рішенням неналежного суб'єкта є не виправданою, оскільки процесуальне законодавство не містить визначення категорії «відсутність об'єктивної можливості», що може призвести до довільного тлумачення керівником органу прокуратури та зловживань повноваженнями слідчого судді. Тобто, законодавцю найближчим часом необхідно законодавчо визначити критерії неможливості виконання слідчим суддею повноважень та підтверджувати таку інформацію на офіційному ресурсі відповідного суду, у разі якщо не було змінено підсудності.



У ст. 15 КЗПЛ міститься положення, що під час надзвичайної ситуації, під ознаки якої підпадає війна, держава має право відступити від своїх зобов'язань [8]. Отже, справді допускається відступ від статті 8 КЗПЛ, оскільки вона не становить виняток передбачений п. 2 ст. 15 КЗПЛ.

**Висновки та пропозиції.** Таким чином, можемо говорити про позитивний характер змін в кримінальному процесі, що були викликані новими реаліями. Проведення обшуку в нічний час, без залучення понятих та з обов'язковою відеофіксацією в такому разі є необхідними для здійснення ефективного розслідування кримінальних правопорушень та збереження здоров'я та життя його учасників. Проаналізувавши ст. ст. 8, 15 КЗПЛ можемо говорити, що обшук в умовах воєнного часу відповідає принципам законності, пропорційності та легітимності мети. Однак проведення обшуку за рішенням керівника органу прокуратури, прирівнюється до делегування функцій слідчого судді прямо суперечить Конституції України. Законодавцю необхідно найближчим часом визначити дефініцію «відсутності об'єктивної можливості» здійснювати повноваження, щоб уникнути зловживання для власних інтересів прокурором, нівелюванням ролі судового контролю та порушень прав та основоположних свобод людини. На нашу думку, доцільніше не покладати виконання повноважень слідчого судді на керівника органу прокуратури, а змінювати підсудність на відповідних територіях, що передбачено Законом України № 389-VIII.

### *ЛІТЕРАТУРА*

1. 1. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/4651-17>. (дата звернення: 06.09.2022).

2. Маленко О. Інститут понятих у кримінальному процесі. *Протокол.ua*. 2015. URL: [https://protocol.ua/ua/institut\\_ponyatih\\_u\\_kriminalnomu\\_protsezi\\_ukraini/](https://protocol.ua/ua/institut_ponyatih_u_kriminalnomu_protsezi_ukraini/).(дата звернення: 06.09.2022).

3. Питання запровадження та здійснення деяких заходів правового режиму воєнного стану: Постанова Кабінету Міністрів України від 08.07.2020 р. № 573. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/573-2020-%D0%BF#Text>. (дата звернення: 06.09.2022).
4. Кульчицька А. Обшук. Чи можливо провести законно? *Василь Кісіль і Партнери*. 2020. URL: <https://vkr.ua/>. (дата звернення: 06.09.2022).
5. Довідник із застосування статті 8 Європейської конвенції з прав людини. 2018. URL: Режим доступу до ресурсу: [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_8\\_UKR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_UKR.pdf). (дата звернення: 06.09.2022).
6. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-0#Text>. (дата звернення: 06.09.2022).
7. Про правовий режим воєнного стану: Закон України від 12.05.2015 р. № 389- VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text>. (дата звернення: 06.09.2022).
8. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: Конвенція. Міжнародний документ. Протокол від 04.11.1950 р. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text). (дата звернення: 06.09.2022).
9. Фулей Т.І. Застосування практики Європейського суду з прав людини при здійсненні правосуддя: Науково-методичний посібник для суддів. Київ: ВАПЛІТЕ, 2015. 208 с.