

ДОБРОВІЛЬНА ЗГОДА НА ПРОВЕДЕННЯ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ У ЖИТЛІ ЧИ ІНШОМУ ВОЛОДІННІ ОСОБИ: АНАЛІЗ ПРАКТИКИ ВЕРХОВНОГО СУДУ

VOLUNTARY CONSENT TO INVESTIGATIVE (SEARCH) ACTIONS IN A PERSON'S HOME OR OTHER PROPERTY: ANALYSIS OF THE SUPREME COURT CASE LAW

Сенченко Н.М., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри кримінального права та правосуддя
Національний університет «Чернігівська політехніка»

Питання дослідження судової практики Верховного Суду у складі колегій не втрачає своєї актуальності у зв'язку з тим, законодавчі зміни займають значний час, тоді як реакція судової гілки влади на неточності, колізії, прогалини та неоднозначність деяких положень КПК України є швидкою. Водночас актор у цій статті звертає увагу на іншу сторону судової практики – на її непослідовність та відсутність правової визначеності.

Для візуалізації вказаної проблеми автор вирішила обрати дослідження одного з конституційних принципів – недоторканості житла чи іншого володіння особи. Саме з втручання органів досудового розслідування у реалізацію особою цієї засади пов'язано отримання первинних доказів у кримінальному провадженні у житлі чи іншому володінні особи, а також перевірки там же вже отриманих.

У статті звертається увага головним чином на те, що КПК України містить дві підстави для проникнення у житло чи інше володіння особи, серед яких добровільна згода є оціночним поняттям, яке не розкрито у процесуальному законі. Автором поставлено за мету дослідити як ВС тлумачить такі поняття як «добровільність» та «добровільна згода» і чи досягнуто у цьому вирішенні цього питанні єдності поглядів суддів.

Автором на підставі аналізу практики Верховного Суду та Європейського суду з прав людини виокремлено дві основні форми добровільного волевиявлення володільця на надання дозволу органам досудового розслідування на проникнення у житло чи інше володіння: письмова та усна, яка зафіксована у процесуальний спосіб.

Разом з тим, автором також наводиться і третій варіант, запропонований однією з багатьох колегій суддів Верховного Суду, за якого жодна з названих форм не має значення, якщо не буде встановлено дійсність «добровільності».

У зв'язку з цим, автором звертається увага, що існуюча виключна правова проблема (існування трьох різних позицій) з 2018 року жодного разу не передавалась для вирішення ВС у складі палати, об'єднаної палати Касаційного кримінального суду та Великої Палати ВС.

Як підсумок автор приходить до переконання, що мають право на існування дві форми і письмова, і усна, за умови, що їх зміст може дати відповідь на чотири питання: хто? кому? коли? та для чого? надається згода на проникнення у житло чи інше володіння особи.

Ключові слова: Верховний Суд, Європейський суд з прав людини, кримінальне провадження, докази, доказування, слідчі та розшукові дії, правова регламентація, конституційні права, судова правотворчість, судова практика.

The issue of studying the case law of the Supreme Court as a panel remains relevant due to the fact that legislative changes take a long time, while the judicial branch of power reacts to inaccuracies, conflicts, gaps and ambiguities in certain provisions of the CPC of Ukraine more quickly. At the same time, the actor in this article draws attention to the other side of judicial practice – its inconsistency and lack of legal certainty.

To visualise this problem, the author decided to study one of the constitutional principles – the inviolability of a person's home or other property. It is the interference of pre-trial investigation authorities with the implementation of this principle which is associated with obtaining primary evidence in criminal proceedings in a person's home or other possession, as well as verification of the evidence already obtained there.

The article focuses primarily on the fact that the CPC of Ukraine contains two grounds for entering a person's home or other property, among which voluntary consent is an evaluative concept which is not disclosed in the procedural law. The author aims to investigate how the Supreme Court interprets such concepts as "voluntariness" and "voluntary consent" and whether the judges have reached a unanimous opinion on this issue.

At the same time, the author also cites a third option proposed by one of the many panels of judges of the Supreme Court, in which none of the above forms is relevant unless the validity of "voluntariness" is established.

In this regard, the author draws attention to the fact that the existing exceptional legal problem (existence of three different positions) has never been referred to the Supreme Court for resolution by the panel, the joint chamber of the Criminal Court of Cassation and the Grand Chamber of the Supreme Court since 2018.

As a result, the author comes to the conclusion that there are two forms of consent, both written and oral, provided that their content can answer four questions: who? to whom? when? and for what purpose? is given consent to enter a person's home or other property.

Key words: Supreme Court, European Court of Human Rights, criminal proceedings, evidence, proof, investigative and search actions, legal regulation, constitutional rights, judicial law-making, case law.

Конституційний захист права особи на недоторканість житла чи іншого володіння, здійснюється не лише від кримінально караного діяння, але від дій осіб уповноважених на проведення досудового розслідування під час обшуку, огляду, тимчасового вилучення майна або проведення слідчого експерименту в житлі чи іншому володінні особи.

Разом з тим названа засада кримінального провадження, передбачена п. 6 ч. 1 ст. 7 та ст. 13 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України), у розрізі дослідження правозастосовчої практики Верховного Суду (далі – ВС) набуває зовсім іншого змісту.

Саме через те, що саме правозастосовча практика ВС відповідно до положень ч. 5 ст. 13 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» дедалі частіше відіграє суттєву роль у проведенні окремих слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій, а також під час

оцінки судом допустимості доказів, вважаємо за необхідне дослідити рішення касаційного суду, що стосуються проведення обшуку, огляду або проведення слідчого експерименту в житлі чи іншому володінні особи.

Співвідношенню дотримання конституційних прав осіб на недоторканість житла та іншого володіння з реалізацією дізнавачами, слідчими, прокурорами, службовими особами оперативних підрозділів правоохоронних органів присвячували свої наукові роботи С.В. Давиденко, І.В. Головнюк, В.В. Лисенко, О.С. Смирнов, С.С. Терещук, А.Я. Хитра, В.М. Феченко, А.О. Шаповал та інші. Крім того, В.В. Михайленко, С.В. Оверчук, Ю.І. Олійник, А.В. Панов, А.С. Сизоненко, В.М. Тертишник та інші розглядали питання допустимості доказів отриманих з порушеннями загальних засад кримінального провадження.

У той же час, залишається не повною мірою розкрита проблема впливу судової правотворчості (передусім мова

йде про рішення ВС) на проведення окремих слідчих (розшукових) дій у житлі чи іншому володінні особи, особливо коли судова практика має таку властивість як змінюватись з плином часу.

Як відомо, обшук завжди був і є процесуальною дією, яка суттєво порушує права і свободи людини, але у той же час без проведення такої слідчої (розшукової) дії, як обшук, іноді неможливо отримати докази [1, с. 645].

Відповідно до Конституції України кожному гарантується право на недоторканність житла, що включає захист від проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за вмотивованим рішенням суду (ч. 1 ст. 30) [2].

З вказаної імперативної норми є звичайно ж і виключення, передбачені ч. 2 ст. 30 Конституції України та ч. 1 ст. 233 КПК України, зокрема: 1) у невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей, 2) у невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням майна, 3) у невідкладних випадках, пов'язаних з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину [2], 4) за добровільною згодою особи, яка володіє житлом чи іншим володінням [3].

Разом з тим, у формулюванні виключень законодавцем використано оціночні поняття «невідкладний випадок», «безпосереднє переслідування», «добровільність», «добровільна згода» що на практиці призвело до їх різночитань серед органів досудового розслідування, прокуратури, захисників та суду. Це все знайшло своє відображення у правових висновках та правових позиціях ВС.

Ми у цьому доробку зупинимось саме на дослідженні поняття «добровільність» та «добровільна згода», оскільки правозастосовча практика ВС щодо цього питання є інколи різною, хоча в основі їх прийняття можуть лежати однієї ті ж фактичні обставини та правові підстави.

З огляду на те, що «добровільна згода» як вказують О.С. Смірнов та Т.Е. Зелкіна є однією з підстав для проведення обшуку в житлі чи іншому володінні особи [5, с. 33, 59], вона повинна мати відповідну процесуальну форму, яка б підтверджувала правомірність вчинення певних дій у приватній власності інших осіб.

Судова практика ВС з 2018 року має чималу кількість постанов, в яких розглядалось питання допустимості доказів (протоколів огляду місця події, слідчого експерименту, обшуку) саме через призму наявності / відсутності добровільної згоди та її якісні характеристики.

ВС у справі справа № 536/1048/16-к, сформулював правову позицію, відповідно до якої з аналізу кримінальних процесуальних норм, які містяться у ч. 1 ст. 233, ч. 2 ст. 234 та ч. 2 ст. 237 КПК України, огляд житла чи іншого володіння особи може бути проведено за добровільною згодою особи, яка ним володіє, за умови, що були наявні процесуальні гарантії, які захищали здатність особи висловлювати свою справжню думку при наданні такої згоди [6]. Аналогічні формулювання були наведені ВС у постановках від 30.10.2018 [7], 26.10.2021 [8] та 20.06.2023 [9].

Жодна з вказаних правових позицій ВС не містить відповіді на те, що мав на увазі касаційний суд, говорячи про «наявність процесуальних гарантій, які захищали здатність особи висловлювати свою справжню думку». Вказаним формулюванням суд мав би розкрити зміст поняття «добровільної згоди», використаного законодавцем у ч. 1 ст. 231 КПК України, натомість він ще більше створив неоднозначностей, що дає простір сторонам кримінального провадження використовувати на свою користь.

Передумовою таких рішень національного суду стало ухвалення Європейським судом з прав людини рішення у справі «Білоусов проти України», де було вказано, що будь-яке втручання згідно з п. 1 ст. 8 Конвенції повинно бути виправданим у розумінні п. 2 як таке, що здійснюється «згідно із законом» і є «необхідним у демократичному суспільстві» задля досягнення однієї або більше

законних цілей, що в ньому наводяться. Формулювання «згідно із законом» вимагає від оскаржуваного заходу як підґрунтя в національному законодавстві, так і його відповідності принципів верховенства права [10].

Ми можемо на підставі проведеного аналізу наведених вище рішень судів лише припустити, що процесуальною гарантією висловлення фактичним володільцем житла чи іншого володіння своєї справжньої думки є письмовий документ, який може мати назву «добровільна згода», «заява про надання добровільної згоди» чи просто «заявка», тексти яких дають можливість встановити: 1) автора цього документу (у подальшому суд може говорити, що автор був чи не був уповноваженим суб'єктом на надання такого дозволу), 2) на що саме надано дозвіл (провести огляд, обшук, слідчий експеримент), 3) кому такий дозвіл надається (це, на наше переконання, важливий елемент оцінки вказаного документу, враховуючи, що правом на проведення огляду, обшуку та слідчого експерименту наділені лише слідчий та прокурор, а тому, якщо дозвіл надано оперативному працівнику або просто органу досудового розслідування, це може свідчити про істотне порушення вимог КПК України), 4) коли такий дозвіл надано (до чи після проведення слідчої дії).

Поряд з цим, касаційний суд не лише використовує оціночні поняття, що допускають плуралізм їх тлумачень, він також проявив і не послідовність у своїх судженнях, у зв'язку з тим, що деякими своїми постановами допустив висловлення володільцями житла чи іншого володіння своєї згоди усно.

Так, у справі № 399/273/16-к ВС, розглядаючи доводи захисника щодо недопустимості протоколу огляду місця події від 01.02.2016 – житла засудженого – у зв'язку з відсутністю ухвали слідчого судді та письмової добровільної згоди засудженого, на підставі аналізу матеріалів кримінального провадження встановив, що добровільна згода засудженого на проникнення до домоволодіння проявилась у повідомленні телефоном швидкої та міліції про подію кримінального правопорушення [11]. Такого ж висновку касаційний суд дійшов і у справі № 760/22934/19 знову ж спираючись саме на телефонне повідомлення про подію злочину, зафіксоване у належній процесуальній формі, а тому відсутність письмової згоди володільця квартири не може ставити під сумнів її добровільність [12].

Більш того, усне «надання» добровільної згоди (включно зі згаданою нами вище відсутністю письмової згоди) на проникнення у житло чи інше володіння для проведення слідчих (розшукових) дій ВС не ототожнює з «відсутністю заперечення» на проведення слідчих (розшукових) дій. Зокрема, це впливає з аналізу постанов ВС у справах № 569/3708/15-к [13] та № 761/27114/14-к [14].

У цьому контексті ми б апелювали до єдиної правильної й такої, що може забезпечити процесуальну гарантію обвинуваченого на захист, письмової добровільної згоди, стверджуючи, що усне надання добровільної згоди у переважній більшості випадків не може бути інформативним щодо того, хто надав згоду, на що та кому надав згоду і коли надано таку згоду, якби не одне але.

Під цим «але» ми маємо на увазі правову позицію ВС сформульовану у постанові від 12.02.2019 (справа № 159/451/16-к, провадження № 51-1173км18) звернув увагу на те, що закон не визначає спеціальних засобів доказування добровільності згоди на проникнення до житла або іншого володіння особи. Тому наявність чи відсутність згоди, а також її добровільність чи вимушеність мають бути встановлені виходячи з сукупності обставин, за яких відбувалося проникнення до житла чи іншого володіння особи, і ці обставини можуть доводитись або спростовуватись сторонами за допомогою будь-яких засобів доказування. Не має значення або переваг добровільної згоди викладеної у формі письмового документа перед згодою або висловленою усно, оскільки і та, і інша форма

наявності та/або добровільності згоди володільця може бути поставлена сторонами під сумнів. У зв'язку з цим, касаційний суд інструктує сторони на те, що вони при наданні суду доказів, мають переконувати суд у наявності відповідної згоди та її добровільності [15].

Прикметність цього провадження полягає у тому, що, по-перше, сторона захисту, наполягаючи на істотному порушенні вимог КПК України, посилалась на правові позиції ВС, які орієнтували учасників кримінального провадження на наявність письмової добровільної згоди, тоді як сторона обвинувачення навпаки спиралась на правову позицію ВС у справі № 399/273/16-к щодо можливості і усної форми згоди. По-друге, станом на день розгляду цього провадження існували два різні погляди щодо «оформлення» добровільної згоди на проникнення у житло чи інше володіння особи і на це вказувала сторона захисту у касаційній скарзі, ВС у складі колегії суддів Касаційного кримінального суду (далі – ККС) з невідомих причин не вирішив постановити ухвалу про передачу цього провадження на вирішення палати чи об'єднаної палати ККС ВС (про це свідчать відомості Єдиного державного реєстру судових рішень). По-третє, цією постановою суд всі попередні правові позиції ВС, якими напрацьовувалась єдність судової практики щодо форми «добровільної згоди», фактично нівелював, перевівши з правової площини у медичну – встановлення та оцінка інтелектуально-вольових даних про особу (здатність володільця усвідомлювати правові наслідки надання ним згоди на проникнення у його житло чи інше володіння). Цей висновок, на наше переконання, був би релевантним до проваджень, у яких були підстави говорити, що володільця на момент надання згоди мав психічні (розумова відсталість, шизофренія інші психічні захворювання) або поведінкові розлади (внаслідок вживання алкоголю, наркотичних засобів чи психотропних речовин тощо). Натомість у цьому провадженні жодного з перелічених встановлено не було у жодного з трьох обвинувачених, підозрюваних за ч. 3 ст. 289 КК України. По-четверте, оскільки ані сторони кримінального провадження, ані суд не є фахівцями у галузі медицини, щоб встановлю-

вати здатність чи нездатність володільця усвідомлювати правові наслідки, так само це не можна перевірити шляхом допиту свідків, єдиним вагомим доказом у цьому випадку залишається лише висновок судово-психіатричної експертизи, отримання якого для перевірки згоди на огляд місця події, проведення слідчого експерименту буде нічим іншим як невинуватим затягуванням процесу та порушенням розумних строків розгляду кримінального провадження. До речі вказана справа з огляду на відсутність правової єдності судової практики щодо визначення «добровільності» та форми «добровільної згоди» сукупно триває досі вже вісім років.

Підсумовуючи, слід сказати, що наявна правова регламентація проведення таких слідчих (розшукових) дій як огляд місця події та слідчий експеримент, визначаючи одну з підстав правомірного доступу (проникнення) органів досудового розслідування та прокурора у житло чи інше володіння особи з добровільного дозволу фактичного володільця, не містить чіткі вимоги до такого дозволу ані щодо форми, ані щодо змісту. Тим більше законодавець не визначив і критерії для перевірки прояву добровільної волі особи. Наявна ж судово-практика ВС також не дає однозначної відповіді на те, чи можуть органи досудового розслідування та прокурори послуговуватись на стадії досудового розслідування отриманим ними усним дозволом, чи все ж треба просити володільця житлом скласти письмовий документ.

На наше переконання, обидві форми можуть бути достатньою підставою для проведення окремих слідчих (розшукових) дій у житлі чи іншому володінні особи, якщо вони можуть дати відповідь на чотири питання: хто? кому? коли? для чого? Але для того, щоб забезпечити однакові підходи до оцінки судами допустимості доказів, отримання яких було пов'язане з правом особи на недоторканість житла, ВС суд має ухвалити правовий висновок у складі об'єднаної палати ККС ВС чи ВП ВС, оскільки тлумачення таких понять як «добровільність» та «добровільна згода» є виключною правовою проблемою, про що свідчить проведений нами аналіз судової практики.

ЛІТЕРАТУРА

1. Терещук С.С. Окремі процесуальні аспекти проведення обшуку. Аналітично-порівняльне правознавство. 2024. № 1. С. 644–647. URL: file:///C:/Users/User/Downloads/300073-Текст%20статті-692534-1-10-20240317.pdf.
2. Конституція України (дата оновлення: 1.01.2020). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254/k/96-vp#Text> (дата звернення: 02.04.2024).
3. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/ed20240316#n455> (дата звернення 02.04.2024).
4. Краснопольська Л.П., Федотова Г.П. Дотримання гарантій концепції «житла» при проведенні обшуку у розумінні статті 8 Конвенції з прав людини і основоположних свобод. Збірник тез круглого столу, присвяченого 72-й річниці прийняття Загальної декларації прав людини (м. Київ, 10 грудня 2020 р.). Київ: ДНДІ МВС України, 2021. 165 с.
5. Смірнов О.С. Обшук у кримінальному провадженні: дис. ... док. філософії: 081. Кропивницький, 2023. 250 с.
6. Постанова Верховного Суду від 01.11.2018 у справі № 536/1048/16-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/77684989> (дата звернення 06.04.2024).
7. Постанова Верховного Суду від 30.10.2018 у справі № 671/1486/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/77590154> (дата звернення 06.04.2024).
8. Постанова Верховного Суду від 26.10.2021 у справі № 418/801/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100704552> (дата звернення 06.04.2024).
9. Постанова Верховного Суду від 20.06.2023 у справі № 756/16122/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/111772574> (дата звернення 06.04.2024).
10. Справа «Білоусов проти України»: рішення Європейського суду з прав людини, 07.11.2013 (заява № 4494/07). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_989#Text дата звернення 06.04.2024).
11. Постанова Верховного Суду від 31.10.2018 у справі № 399/273/16-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/77654133> (дата звернення 06.04.2024).
12. Постанова Верховного Суду від 14.09.2021 у справі № 760/22934/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/111772574> (дата звернення 06.04.2024).
13. Постанова Верховного Суду від 12.02.2019 у справі № 569/3708/15-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79878883> (дата звернення 06.04.2024).
14. Постанова Верховного Суду від 24.02.2021 у справі № 761/27114/14-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95241997> (дата звернення 06.04.2024).
15. Постанова Верховного Суду від 12.02.2019 у справі № 159/451/16-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80224144> (дата звернення 06.04.2024).