

## ОКРЕМІ ПИТАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗАХИСТУ ПРАВ ОСОБИ ПРИ ОТРИМАННІ ДОЗВОЛУ НА ОБШУК ПІСЛЯ НЕВІДКЛАДНОГО ПРОНИКНЕННЯ ДО ЖИТЛА АБО ІНШОГО ВОЛОДІННЯ ОСОБИ

### CERTAIN ISSUES OF ENSURING THE PROTECTION OF PERSONAL RIGHTS WHEN RECEIVING A SEARCH PERMIT AFTER IMMEDIATE ENTRY INTO A PERSON'S HOME OR OTHER PROPERTY

Тарасюк С.М., д.філос.,  
доцент кафедри кримінального права і процесу  
Національний авіаційний університет

**Мета:** дослідити існуючий процесуальний порядок захисту прав і свобод володільця вилученого внаслідок невідкладного проникнення до житла або іншого володіння такої особи майна та дотримання принципу гласності в умовах процесуальної діяльності сторони обвинувачення і слідчого судді під час розгляду клопотання про надання дозволу на обшук. **Методи дослідження:** загальнонаукові та спеціально-юридичні методи, зокрема метод аналізу, формально-юридичний метод. **Результати:** сформовані висновки щодо необхідності удосконалення існуючого кримінального процесуального механізму захисту прав і свобод особи під час розгляду клопотання про надання дозволу на обшук після невідкладного проникнення у володіння особи. **Обговорення:** На сучасному етапі розвитку правосвідомості представників правоохоронних органів у умовах воєнного стану суспільство зіштовхнулося з регулярним порушенням конституційних прав і свобод людини, особливо це стосується права мирного володіння майном та недоторканості володіння особою. Судовий контроль із запобіжника зловживанню процесуальними правами перетворився на спосіб легалізації будь-якої діяльності сторони обвинувачення та надання їй процесуального вигляду. На нашу думку, суспільство опинилося за крок до нормалізації сприйняття свавільного втручання в фундаментальні права і свободи. На нашу думку, вимоги воєнного часу дійсно несуть нові виклики державі та суспільству, і головний виклик недопустити свавілля правоохоронних органів та виробити такі процесуальні механізми, які будуть сприяти ефективності досудового розслідування та відповідати основним конвенційним принципам. Наше завдання проаналізувати, як додаткові процесуальні важелі сторони захисту можуть вплинути на ефективність захисту своїх прав і свобод та головне, чи не зашкодить це ефективності досудового розслідування.

На обговорення ставиться два питання: 1) Яким чином кримінально процесуальне законодавство з метою недопустимості розголошення відомостей досудового розслідування визначає допустимість обмеження принципу гласності судового розгляду та судових рішень на прикладі процесуальної діяльності слідчого судді під час розгляду клопотання про надання дозволу на обшук у ретроспективі; 2) яку функцію виконує така форма судового контролю з огляду на його ретроспективність; 3) Чи існують спільні ознаки негласності між процесуальною діяльністю слідчого судді під час надання дозволу на проведення НСРД та надання дозволу на обшук. Надання відповіді на ці питання забезпечить нам можливість сформулювати висновки щодо існуючих гарантій забезпечення права та свобод осіб, майно яких вилучено в результаті невідкладного проникнення у їх володіння та надати рекомендації щодо їх удосконалення.

**Ключові слова:** невідкладне проникнення у житло чи іншого володіння особи, обшук, гласність і відкритість судового провадження

**Purpose:** to investigate the existing procedure for the protection of the rights and freedoms of the owner seized as a result of an urgent intrusion into the home or other possession of such a person's property and compliance with the principle of publicity in the conditions of the procedural activities of the prosecution and the investigating judge during the consideration of the motion for a search warrant. **Research methods:** general scientific and special legal methods, in particular the method of analysis, formal legal method. **Results:** conclusions were formed regarding the need to improve the existing criminal procedural mechanism for the protection of a person's rights and freedoms during consideration of a motion for a search warrant after an urgent entry into a person's possession. **Discussion:** At the current stage of the development of legal awareness of law enforcement agencies under martial law, society has faced regular violations of constitutional rights and freedoms, especially the right to peaceful possession of property and the inviolability of personal property. Judicial control has turned from a safeguard against the abuse of procedural rights into a way of legalizing any activity of the prosecution and giving it a procedural appearance. In our opinion, society is one step away from normalizing the perception of arbitrary interference with fundamental rights and freedoms. In our opinion, the requirements of martial law really bring new challenges to the state and society, and the main challenge is to prevent the arbitrariness of law enforcement agencies and to develop such procedural mechanisms that will contribute to the effectiveness of the pre-trial investigation and comply with the main convention principles. Our task is to analyze how additional procedural levers for the defense can affect the effectiveness of the protection of their rights and freedoms, and most importantly, whether this will not harm the effectiveness of the pre-trial investigation.

Two questions are put up for discussion: 1) How does the criminal procedural law, with the aim of inadmissibility of disclosure of pre-trial investigation information, determine the admissibility of limiting the principle of publicity of court proceedings and court decisions on the example of the procedural activity of the investigating judge during the review of the request for a retrospective search warrant; 2) what function does this form of judicial control perform in view of its retrospectivity; 3) Are there common signs of secrecy between the procedural activities of the investigating judge during the granting of permission to conduct the NSRD and the granting of permission to search. Providing an answer to these questions will give us the opportunity to form conclusions about the existing guarantees of ensuring the rights and freedoms of persons whose property was seized as a result of urgent intrusion into their possession and provide recommendations for their improvement.

**Key words:** urgent entry into a person's home or other property, search, publicity and openness of court proceedings.

**Постановка проблеми та її актуальність.** 24 лютого 2022 року у зв'язку з військовою агресією Російської Федерації проти України Указом Президента України № 64/2022 введено воєнний стан. Ці трагічні обставини змінили правосвідомість багатьох громадян, зокрема і правоохоронців. З одного боку, необхідність своєчасно та ефективно протидіяти злочинності зумовила зростання кількості невідкладних проникнень у житло чи інше володіння особи, а з іншого боку обмежені воєнним станом права осіб ще більше порушуються таким невідкладними обшуками. На нашу думку назріла необхідність удоскона-

лення кримінального процесуального механізму захисту інтересів особи, чії права і свободи постраждали внаслідок невідкладного проникнення в її житло чи інше володіння та вилучення речей та документів.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Дослідженням та узагальненням проблемних питань процесуальної діяльності щодо слідчої (розшукової) дії обшуку за Кримінальним процесуальним кодексом України [1] 2012 р. (надалі – КПК України) присвятили свої праці О.В. Капліна, О.О. Торбас, С.Г. Ханін, О.В. Швидкова та інші. Достатньо багато досліджень проведено на основі

статистичних даних та судової практики. Важливо зазначити, що свій вклад до реформування кримінального процесуального законодавства внесла і бізнес спільнота через лобювання змін до КПК України в частині посилення гарантій забезпечення права власності, як одного із фундаментальних конституційних принципів. Мова про обов'язкову відеофіксацію, право захисника брати участь у проведенні обшуку на будь-якій стадії та інше.

Останнім часом, навіть до повномасштабного терористичних військ вторгнення російської федерації правоохоронні органи практикували невідкладне проникнення до житла та іншого володіння особи з метою саме обшуку. Судова практика з даної проблеми не є усталеною на час написання цієї статті, що і стало підставою для її написання.

**Вклад основного матеріалу.** Кримінальне процесуальне законодавство України, відповідно ч. 2 ст. 1 КПК України, складається з відповідних положень Конституції України, міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, цього Кодексу та інших законів України.

Інститут негласних слідчих розшукових дій регулюється зокрема Законом України «Про державну таємницю», який в свою чергу має відсылку норму у вигляді посилення на Звод відомостей, що становлять державну таємницю (надалі – «Звод») [2], який затверджується наказами Служби безпеки України. Саме у Зводі відомостей зазначено, що відомості про факт або методи проведення негласної слідчої (розшукової) дії (надалі – НСРД) становлять державну таємницю. І якщо, сторона обвинувачення має намір використовувати у докази отримані внаслідок проведення НСРД, то усі документи, які були підставою для проведення НСРД підлягають розсекреченню, про що Велика палата Верховного суду (надалі – ВП ВС) поставила крапку у постанові ВП ВС від 16 січня 2019 р. у справі № 751/7557/15-к [3] та відкриттю сторони захисту.

Разом з тим, і відомості досудового розслідування не підлягають розголошенню без дозволу слідчого або прокурора. Механізм негласності на основі застосування положень про державну таємницю надає додаткові гарантії запобігання розголошення відомостей про досудове розслідування.

В свою чергу забезпечення таємниці досудового розслідування, який існує разом із конституційним принципом гласності судового провадження. Саме для забезпечення цього принципу Закон України «Про доступ до судових рішень» (надалі – Закон) [4] гарантує вільний доступ до судових рішень. Відповідно до преамбули цього Закону він «визначає порядок доступу до судових рішень з метою забезпечення відкритості діяльності судів загальної юрисдикції, прогнозованості судових рішень та сприяння однаковому застосуванню законодавства».

Судовий контроль над досудовим розслідуванням є надзвичайно важливим елементом запобігання від свавілля та слугує меті гарантування дотримання конституційних прав особи.

Законодавець саме з метою забезпечення балансу інтересів держави в сфері захисту суспільства від кримінальних правопорушень та забезпечення дотримання конституційних права передбачає відповідні вclusions у Законі України «Про доступ до судових рішень».

Так обмеження гласності з точки зору ч. 2 ст. 2 Закону України «Про доступ до судових рішень» не підлягають розголошенню ухвали про арешт майна та тимчасовий доступ до речей та документів у кримінальних провадженнях, які підлягають оприлюдненню не раніше дня їх звернення до виконання, тобто є виключення щодо деяких заходів забезпечення кримінального провадження для дієвості яких необхідно забезпечити певну негласність.

Щодо надання дозволу на проведення обшуку та негласних слідчих розшукових дій, абз. 2 ч. 4 ст. 4 Закону України «Про доступ до судових рішень» передбачено «обмеження загального доступу до ухвал про дозвіл на обшук

*житла чи іншого володіння особи, про відмову у задоволенні клопотання про обшук житла чи іншого володіння особи, про дозвіл на проведення негласної слідчої (розшукової) дії, про відмову у задоволенні клопотання про проведення негласної слідчої (розшукової) дії забезпечується через один рік після внесення таких ухвал до Реєстру».*

У якості проміжного висновку можемо констатувати, що метою таких виключень щодо гласності, є саме забезпечення збереження відомостей досудового розслідування. Основним критерієм, що відрізняє між собою є строк на який гарантується збереження негласності. Цей строк прив'язаний до настання першої події: виконання ухвали про арешт або тимчасовий доступ до речей і документів, сплив одного року після постановлення ухвали про обшук або ж розсекречення ухвали про надання дозволу на проведення НСРД.

Надзвичайно важливо відмітити, що в кожному випадку законодавець зміщує баланс розумного втручання між конституційними правами і свободами особи та інтересами досудового розслідування по запобігання розголошенню.

Разом з тим, у визначених кримінальним процесуальним законодавством випадках, відомості досудового розслідування підлягають розголошенню (відкриттю) сторони захисту. І хоча у разі закриття кримінального провадження відомості кримінального провадження не підлягають розголошенню, частина судових рішень підлягає опублікуванню (до прикладу ухвали про надання дозволу на обшук, ухвали про відмову надання дозволу на обшук). Єдиним виключенням є ухвали про надання дозволу на проведення НСРД, які де-юре підлягають опублікуванню через рік після постановлення, а де-факти можуть бути опубліковані лише після перегляду грифу таємності.

Отже, за виключенням випадків із рішенням слідчого судді, які не підлягають розголошенню в силу державної таємниці, основним призначенням принципу «нерозголошення відомостей досудового розслідування» є сприяння ефективності заходів кримінального провадження (накладання арешту наприклад) та здобуттю доказів (рапортів обшуку).

Конституційному принципу гласності присвячена ст. 27 КПК України. В цій статті гарантується право особи на отримання усної і письмової інформації про судові рішення, які зачіпають її права, свободи, інтереси чи обов'язки, так і приймати в них участь. Проте в ч. 1 ст. 27 КПК України міститься виключення з посиланням на випадки встановлені законом.

Разом з тим, слідчий суддя, суд можуть здійснити закритий судовий розгляд у деяких випадках, зокрема якщо розгляд у відкритому судовому засіданні може призвести до розголошення державної таємниці. На закритому засіданні можуть бути присутні лише сторони та інші учасники кримінального провадження. Як бачимо, прямих обмежень щодо участі особи, права, свободи, інтереси та обов'язки якої можуть порушені цією нормою не передбачені.

Як ми зазначали раніше, гласність має на меті забезпечити конституційне гарантії щодо відкритості судового процесу та судових рішень. В свою чергу гласність передбачає механізм реалізації права особи на отримання усної та письмової інформації щодо судового рішення, процесу яке зачіпає її права, свободи, інтереси та обов'язки з урахуванням особливостей кримінального процесуального законодавства. Тобто, якщо особа знає про розгляд суддею, слідчим суддею клопотання, яке на думку слідчого має бути розглянуто без участі сторін, така сторона все одно має право на участь у такому засіданні, за виключенням випадків пов'язаних із необхідністю збереження державної таємниці.

На нашу думку ця норма є дещо конкуруючою з процесуальною діяльністю сторони обвинувачення, яка на думку слідчого або прокурора з тактичних чи методологічних міркувань не має стати відомою іншим учасникам кримінального провадження.

Кримінальне процесуальне законодавство не містить загального терміну щодо процесуальних рішень та дій, судових рішень, щодо яких існують існують законні підстави обмежити принцип гласності. Кримінальний процесуальний кодекс України містить лише особливості процесуального порядку здійснення тієї чи іншої процесуальної діяльності, відомості про що не підлягають розголошенню до настання певної події (період часу або ж процесуальне рішення в кримінальному провадженні).

Ми пропонуємо об'єднати усю процесуальну діяльність, відомості про яку в силу прямих заборон та виключень в кримінальному процесуальному законодавстві на противагу конституційному принципу гласності під загальною назвою – *негласна процесуальна діяльність*.

Важливо відмітити, що під терміном негласна процесуальна діяльність ми маємо на увазі лише ту діяльність, негласність якої не залежить від волі слідчого або прокурора, а існує вказівка на обставину, яка дозволяє її розголошення. Така вказівка напряму визначена законом або пов'язана настанням певної обставини (виконання ухвали про арешт або тимчасовий доступ до речей і документів).

Окремо слід виділити процесуальну діяльність слідчого, прокурора по отриманню дозволу на обшук та відповідно проведення обшуку.

Обшук є слідчою (розшуковою) дією спрямованою на здобуття доказів, які неможливо отримати внаслідок витребування внаслідок реалізації повноважень слідчого, прокурора передбачених статтею 93 КПК України або через отримання тимчасового доступ до речей і документів. Як правило, сторона обвинувачення обґрунтовує необхідність обшуку саме ризиком знищення або приховування доказів. Саме тому, розгляд клопотань про проведення обшуку здійснюється у присутності особи, яка подала таке клопотання, а участь інших осіб не передбачена, що за великим рахунком є логічним з огляду на підстави обшуку. Ухвала про обшук або про відмову у наданні дозволу на обшук підлягає опублікуванню лише через 1 рік після постановлення ч. 4 ст. 4 Закону України «Про доступ до судових рішень».

З огляду на вказане вище, для нас досить дискусійним залишається питання щодо доцільності збереження негласності процесуальної діяльності по розгляді клопотань про надання дозволу на обшук, які постановляються у ретроспективі. Невідкладне проникнення в житло або інше володіння особи вже відбулося. Володільць житла або іншого володіння переважно знає про проведення обшуку, має копію протоколу обшуку та має право передбачене кримінальним процесуальним законодавством оскаржити законність вилучення його майна (яке може на його думку перебувати у статусі тимчасово вилученого майна).

Слушною є думка С.Г. Ханіна [5], що невідкладне проникнення до житла чи іншого володіння особи не є тотальним обшуком, саме з позиції мети такого проникнення і формулювання. Проте, як зазначалося вище, кількість невідкладних проникнень до житла збільшується в геометричній прогресії і це видно навіть з відкритих джерел.

Не варто забувати, що ст. 235 КПК України передбачено виготовлення двох копій рішення, одна з яких призначена саме для вручення особі у володінні якої проводиться обшук. Закон не встановлює обов'язку суду вручити копію рішення про обшук такій стороні, а така сторона як правило немає інформації про судові засідання у якому таке питання розглядається, ні навіть про слідчого суддю який розглядає такі клопотання.

На нашу думку, обмежувати присутність осіб, майнові права яких вже порушені під час розгляду таких клопотань не має сенсу з точки зору нерозголошення даних досудового розслідування. Адже, у разі проведення обшуку за ухвалою суду, такі особи отримують копію ухвали на обшук і мета цього є саме дотримання вимог щодо забезпечення прав особи, передбачених ст. 27 КПК України.

Слід взяти до уваги позицію Верховного Суду у Постанові від 08.04.2021, справа № 73/2028/19 [6], яка полягала

в тому, що «аналіз вищевказаних положень кримінальних процесуальних норм свідчить про те, що право слідчого, прокурора на проникнення до житла і проведення в ньому обшуку може виникати у трьох випадках: 1) за ухвалою слідчого судді, 2) без постановлення такої ухвали на підставі добровільної згоди власника житла чи іншого володіння особи; 3) до постановлення ухвали слідчого судді лише у невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину». Тобто, на рівні Верховного суду надається оцінка порушення процесуальних норм щодо невідкладного проникнення з метою саме обшуку і вилучення речових доказів. Позиція Верховного суду досить ясно вказує, що таке тлумачення ч. 3 ст. 233 КПК України з боку правоохоронних органів та слідчих суддів не відповідає таким засадам кримінального провадження, як судовий контроль за невідкладним проникненням в житло чи інше володіння особи.

Але, фактично під час невідкладного обшуку часто вилучають речі та документи саме у якості речових доказів з подальшою легалізацією цієї слідчої (розшукової) дії.

По-перше, судом надається дозвіл на вилучення тих речей, які вже фактично вилучені. Норма про негайність подання клопотання виключає можливість слідчого або прокурора провести огляд вилученого майна протягом 72 годин з моменту вилучення та прийняття рішення про звернення з клопотанням про накладання арешту на тимчасово вилучене майно.

По-друге, особа, права якої порушені не має законних прав отримати копію рішення слідчого судді про надання дозволу на обшук та повністю залежить від волі слідчого або прокурора надати копію ухвали на обшук чи ні. В такій ухвалі і міститься обґрунтування та мотивування надання такого дозволу.

Участь особи, майнові права та право на недоторканість житла якої вже порушені внаслідок невідкладного проникнення не суперечить принципу дотримання нерозголошення відомостей досудового розслідування. Слідчий, прокурор може повідомити таку особу про відповідальність за розповсюдження відомостей, які їй стали відомі.

З іншого боку, такі особи матимуть удосконалений кримінальний процесуальний механізм захисту порушених прав, що безперечно призведе до покращення правосвідомості окремих представників правоохоронних органів.

**Висновки.** Кримінальне процесуальне законодавство не містить можливості оскаржити процесуальне рішення про надання дозволу на обшук на стадії досудового розслідування, як і не містить можливість оскаржити законність вилучення речей та документів, дозвіл на вилучення яких надано ухвалою. Проте існує кримінально процесуальний механізм захисту порушених прав та свобод щодо тимчасово вилучених речей та документів або щодо майна на яке накладено арешт. Межа між речовими доказами та тимчасово вилученим майном надзвичайно тонка і лише за допомогою судового контролю можна запобігти надлишковому втручання у мирне володіння майном.

Ми прийшли до висновку, що особі, майнові права якої порушені внаслідок невідкладного проникнення у її володіння необхідно надати удосконалений процесуальний механізм захисту таких прав.

Будь-яка особа, майнові права якої порушені має право знати, щодо яких саме речей та документів надано дозвіл суду, а щодо яких такого дозволу немає, своєчасно знати правовий статус майна та можливості щодо своєчасного захисту порушених прав.

Для цього, в ч. 3 ст. 233 КПК України пропонується передбачити право володільця майна бути повідомленим про розгляд клопотання про надання дозволу на обшук внаслідок невідкладного проникнення у житло або інше володіння. брати участь та реалізовувати права передбачені ст. 64-2 КПК України.

**ЛІТЕРАТУРА**

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : Кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI : станом на 28 квіт. 2023 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text> (дата звернення: 29.06.2023).
2. Про затвердження Зводу відомостей, що становлять державну таємницю : Наказ Служби безпеки України від 23.12.2020 р. № 383 : станом на 16 трав. 2023 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0052-21#Text> (дата звернення: 29.06.2023).
3. Постанова Кримінального касаційного суду у складі Верховного суду від 16.01.2019 р. у справі № 751/7557/15-к. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/79298340> (дата звернення: 29.06.2023).
4. Про доступ до судових рішень : Закон України від 22.12.2005 р. № 3262-IV : станом на 31 берез. 2023 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3262-15#Text> (дата звернення: 29.06.2023).
5. Ханін С. По слідах 233 КПК України. ligazakon. 2022. 11 січ. URL: <https://jurliga.ligazakon.net/catalog/11765/publikatsii/601> (дата звернення: 29.06.2023).
6. Постанова Верховного Суду від 08.04.2021, справа № 73/2028/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96208231> (дата звернення: 29.06.2023).