

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС



Олександр Бабіков,
кандидат юридичних наук,
професор кафедри кримінального права та процесу
Національного авіаційного університету,
керуючий партнер АО «DEFENSORES»
ORCID: 0000-0003-4003-5198

DOI 10.32782/2306-9082/2024-53-9

УДК 343.1

Недоліки судового контролю за додержанням прав і свобод людини під час проведення негласних заходів одержання інформації

Дотримання прав і свобод людини під час проведення негласних заходів одержання інформації, забезпечення балансу між гарантіями приватності життя та інтересами кримінального судочинства, є надзвичайно важливим і складним питанням. Адже з одного боку такі гарантії прав і свобод визначаються як найвища цінність, а з іншого, за відсутності механізму їх обмеження, органи правопорядку будуть позбавлені ефективного механізму виявлення, запобігання, припинення та викриття протиправної діяльності у таких надзвичайно важливих для суспільства сферах як національна безпека, боротьба з тероризмом, протидія корупційним проявам, торгівлі людьми, обігу зброї та наркотичних засобів тощо.

У сфері застосування негласних заходів одержання інформації, забезпечення балансу інтересів кримінального судочинства та прав і свобод

людини у кримінальному провадженні в віднесено до компетенції слідчого судді апеляційного суду (судді ВАКС), які наділені повноваженнями ухвалювати рішення, що пов'язані з втручанням у приватне спілкування та деякі інші приватні сфери. Впровадження саме судового контролю у цій сфері є загальновизнаною тенденцією для законодавства багатьох європейських країн, проте, його ефективність, об'єктивність та достатність залишаються дискусійними і на цей час.

Теоретичним та практичним аспектам судового контролю присвячено свої роботи такими вченими як Бойко В.Ф., Войтович Є.М., Грошевий Ю.М., Зеленецький В.С., Капліна О.В., Малярченко В.Т., Марчак В.Я., Сергєєва Д., Соколкін В.Л., Цуцкерідзе М., Шило О.Г., та багатьма іншими.

Метою дослідження є зумовлені теоретичною та практичною необхідністю дослідження та висвітлення



актуальних проблем судового контролю за використанням негласних форм одержання інформації в інтересах кримінального судочинства, встановлення факторів, що істотно впливають на його ефективність.

Загальною декларацією прав людини [1], серед прав, що пов'язані з застосуванням у кримінальному судочинстві негласних заходів одержання інформації передбачено низку гарантій, зокрема як право на свободу і особисту недоторканість (ст. 3); на ефективне поновлення у правах компетентними національними судами в разі порушення основних прав, наданих конституцією або законом (ст. 8); гарантії невтручання (безпідставного) у особисте і сімейне життя, посягання на недоторканість житла, тайну кореспонденції, честь і репутацію, праві на захист від такого втручання або таких посягань (ст. 12). Право на повагу свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції віднесено і до основних гарантій прав і свобод людини, передбачених Європейською конвенцією з прав людини [2]. Зазначеними міжнародними актами встановлені гарантії, відповідно до яких, органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб.

Реалізація цих положень міжнародних актів знайшла своє втілення і в Конституції України, де серед основних гарантій прав і свобод людини, у ст. 32 встановлено, що ніхто не може зазнавати втручання в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України. Не допускається збирання,

зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини. Кожному громадянину гарантовано право знайомитися в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, установах і організаціях з відомостями про себе, які не є державною або іншою захищеною законом таємницею, судовий захист, право спростовувати недостовірну інформацію про себе і членів своєї сім'ї та права вимагати вилучення будь-якої інформації, а також право на відшкодування матеріальної і моральної шкоди, завданої збиранням, зберіганням, використанням та поширенням такої недостовірної інформації [3].

Судовий контроль у кримінальному провадженні, як відзначає Марчак В.Я., покликаний забезпечити: а) конституційну функцію реалізації повноважень судової влади; б) вагому процесуальну гарантію правосуддя у кримінальному процесі; в) ефективність засобів досягнення мети і виконання завдань кримінального судочинства [4].

Зазначеним автором також висловлено і слушні думки, що судовий контроль: 1) полягає у самостійному з'ясуванні судом обставин кримінального провадження з формуванням внутрішнього переконання; 2) результатом судового контролю є захист прав і свобод людини, забезпечення законності і правосуддя; 3) за своєю правовою природою судовий контроль має ознаки правосуддя.

Застосування негласних форм та методів одержання інформації, дотримання гарантій прав і свобод людини віднесено також до сфери судового контролю, проте такий контроль має свої особливості. Судовий контроль при застосуванні НС(Р)Д виступає і як превентивний захід, на стадії розгляду



клопотань про дозвіл на проведення НС(Р)Д, і як постфактум, у випадку надання дозволу на проведення вже розпочатих негласних заходів або на їх використання у іншому кримінальному провадженні.

При цьому особливості судового контролю за виконанням негласних заходів одержання інформації насамперед пов'язані з можливістю слідчого судді самостійно з'ясувати обставини кримінального провадження; сформулювати об'єктивне внутрішнє переконання та забезпечити таку ознаку як «правосуддя», що за своїм змістом передбачає змагальність при дослідженні підстав для ухвалення рішення.

При зверненні до суду з клопотанням щодо НС(Р)Д та їх розгляду слідчим суддею, до основних засад судового контролю відносять: 1) **дотримання процедури**, що полягає в дослідженні дотримання вимог кримінального процесуального законодавства, у тому числі з'ясування відомостей про внесення відомостей до ЄРДР про тяжке чи особливо тяжке кримінальне правопорушення, наявність повноважень у осіб, які звертаються з клопотанням, відповідність клопотання вимогам закону, дотримання правил підсудності; 2) **обґрунтованість легальної мети**, її пов'язаність із захистом національної та громадської безпеки, економічного добробуту, запобігання заворушенням чи злочинам, захисту життя, здоров'я, моралі, інших прав і свобод людини; 3) **пропорційність** втручання законній меті, що передбачає з'ясування балансу інтересів кримінального судочинства та прав і свобод людини.

Відсутність будь-якого з зазначених елементів, а також втручання в приватне життя за наявності легальної мети та пропорційності втручання, але без дотримання встановлених законодавством процедур, розглядається як безумовне порушення ст. 8 Конвенції.

При цьому, виконання завдань НС(Р)Д, з урахуванням їх негласності (таємності) обумовлює неможливість застосування низки засад кримінального процесу, зокрема тих, що стосуються доступу до правосуддя, змагальності сторін та свободи подання доказів, забезпечення права на оскарження та гласності і відкритості судового розгляду.

Так, порядок розгляду слідчим суддею клопотання про дозвіл на проведення НС(Р)Д виключає можливість реалізації права, передбаченого ч. 3 ст. 21 КПК України на участь у розгляді справи, що стосується його прав та обов'язків. Неможлива реалізація прав передбачених ст. 22 КПК України щодо подання до суду речей, документів, інших доказів, клопотань, скарг, реалізація інших процесуальних прав, передбачених КПК під час розгляду таких клопотань.

Не передбачено і реалізації встановленого у ст. 24 КПК України права на оскарження процесуальних рішень, дій чи слідчого судді, прокурора, слідчого під час організації, проведення та використання результатів НС(Р)Д на стадії досудового розслідування як і не передбачено право на перегляд ухвали суду, судом вищого рівня. «Негласність» НС(Р)Д обумовлює також і неможливість застосування засад, передбачених у ст. 27 КПК України щодо гласності і відкритості судового провадження, повного фіксування технічними засобами судового засідання і процесуальних дій.

Розгляд клопотання слідчим суддею про надання дозволу на проведення НС(Р)Д, визначений ст. ст. 247, 248 КПК України містить лише перелік відомостей, що підлягають відображенню у клопотанні сторони обвинувачення, при цьому обов'язок доведення викладених у клопотанні обставин обмежується лише наданням витягу з ЄРДР, який не розглядається як джерело доказів, не підтверджує будь-які

факти чи обставини крім того, що відповідну заяву чи повідомлення зареєстровано в ЄРДР. Надання матеріалів кримінального провадження слідчому судді передбачається як виняток, і лише за його ініціативи. Отже, слідчий суддя, розглядаючи клопотання про дозвіл на проведення НС(Р)Д фактично позбавлений можливості перевірити не лише «обставини, що дають підстави підозрювати особу у вчиненні кримінального правопорушення», докази її винуватості або факту вчинення злочину, а навіть обґрунтованість кваліфікації діяння, внесеного до ЄРДР, наявність ознак тяжкого чи особливо тяжкого злочину в матеріалах, що стали підставою для реєстрації.

Як наслідок, така ухвала не може відповідати в контексті дотримання вимог щодо обґрунтованості, доведеності фактів і обставин, на які посиляється сторона обвинувачення, причетності особи, дозвіл на обмеження прав якої ним ухвалюється.

Виключається і принцип безпосереднього дослідження доказів, забезпечення права на оскарження процесуального рішення, застосування вимог авторозподілу, передбаченого ст. 35 КПК України. Досліджуючи умови та порядок набуття повноважень з розгляду слідчим суддею клопотання про дозвіл на проведення НС(Р)Д колегія суддів ВС відзначила, що випадковий характер визначення слідчого судді автоматизованою системою документообігу суду в апеляційному суді (у порівнянні з судами першої інстанції) для розгляду клопотань у випадку, передбаченому ст. 247 КПК, має значні особливості, які зумовлені встановленим законом порядком визначення кола суддів, уповноважених розглядати такі клопотання (голова суду чи інший суддя за його визначенням, тобто на його розсуд). Розгляд клопотань щодо надання дозволу на проведення НСРД головою апеляційного суду, який згідно з КПК є єдиним

уповноваженим суддею, що виконує функції слідчого судді в апеляційному суді, не є істотним порушенням вимог кримінального процесуального закону. Інші судді апеляційного суду, у разі необхідності можуть виконувати функції слідчого судді за розпорядчим рішенням голови апеляційного суду. Відсутність предмета фіксування (журналу судового засідання), а також відсутність секретаря судового засідання під час розгляду клопотань про надання дозволу на проведення НС(Р)Д не є істотним порушенням вимог КПК [5].

На нашу думку, саме зазначені «особливості» судового контролю у сфері застосування негласних заходів одержання інформації призвели до стійкої тенденції збільшення випадків застосування органами правопорядку НС(Р)Д у кримінальному провадженні.

Найбільш загрозливо ця тенденція спостерігається при порівнянні кількості наданих дозволів на проведення НС(Р)Д у порівнянні з кількістю кримінальних проваджень, направлених до суду для розгляду. Якщо в 2013 році (перший повний рік після введення в дію нового КПК) за клопотаннями правоохоронних органів України слідчим суддям надано 108243 дозволів на проведення негласних заходів, які зазвичай включали декілька (від одного і більше) різних форм або об'єктів контролю. За цей же період до суду направлено 156878 кримінальних проваджень. Тобто, умовно на кожні 10 дозволів слідчих суддів, у тому числі тих, що включали цілий комплекс різноманітних негласних заходів, припадало 15 кримінальних справ, що направлялися до суду для розгляду по суті.

Протягом наступних років, в період з 2013 по 2021 роки (до введення військового стану), спостерігається стала тенденція до збільшення питомої ваги застосування НС(Р)Д.



За даними з офіційного сайту «Судова влада», у 2014 році направлено до суду для розгляду 134421 справи, при цьому, винесено ухвал про дозвіл на проведення НС(Р)Д – 98163. В наступні роки зафіксовано такі співвідношення статистичних даних кількості направлених справ для розгляду/дозволи на проведення НС(Р)Д: у 2015 130414/117232; 2016 – 116745/119456; 2017 – 132894/152185; 2018 – 131398/154705; 2019 – 125761/137388; 2020 – 121742/148664; 2021 115919/144675. Аналогічна тенденція спостерігається і в 2023 році.

Проаналізовані статистичні дані вказують на те, що НС(Р)Д, у тому числі й ті, що пов'язані з втручанням у приватне життя та спілкування планомерно втрачають притаманну їм ознаку «винятковості», їх застосування збільшується, що виглядає особливо небезпечним на тлі істотного зменшення кількості розслідуваних справ, в яких особи, які вчинили злочин викриті.

Згідно статистичних спостережень та офіційної інформації антикорупційних органів, в 2019 році прокурорами САП та детективами НАБУ направлено на розгляд 626 клопотань про дозвіл на проведення негласних заходів, одержано дозволи у 520 випадках, в 69 відмовлено. В 2020 таких клопотань вже 2164, задоволено 1985, відмовлено у 212 випадках. В 2021 направлено 2384 клопотань, задоволено 2061, відмовлено 312. В 2022 направлено 2243, задоволено 2036, відмовлено у 180. В 2023 направлено 3246, задоволено 2765, відмовлено у 480 випадках [6; 7].

Протягом 2020 року при одержанні 1985 дозволів на проведення НС(Р)Д, САП до суду направлено лише 85 справ. Таким чином, на одну справу, припадає 23 дозволи слідчих суддів про дозвіл на проведення НС(Р)Д. В наступних роках таке співвідношення становить: у 2021 – 1 до 33; в 2022 – 1 до 24, в 2023 – 1 до 21. Наведені дані вказують лише на загальну

тенденцію, що не враховує інші обставини: у частині справ, направлених до суду на розгляд, НС(Р)Д не проводилися; не обліковано кількість негласних заходів, проведених за рішенням прокурора та детективів; надання одним судовим рішенням дозволів на проведення комплексу НС(Р)Д, що включає їх значну кількість.

Проблема щодо забезпечення об'єктивності, обґрунтованості, всебічності судового контролю у цій сфері, проявляється і при порівнянні кількості наданих слідчими суддями дозволів на проведення НС(Р)Д з кількістю відмов у їх проведення. Питома вага задоволених слідчими суддями таких клопотань зазвичай становить у межах 85%.

Аналогічна тенденція спостерігається і в інших країнах, у тому числі ЄС, що привернуло увагу неурядових організацій, таких як організації Liberty, Privacy International, Amnesty International та багато інших, особливо в контексті справи «Big Brother Watch та інші проти Сполученого Королівства» (заяви No 58170/13, 62322 та 24960/15), «Азер Ахмадов проти Азербайджану» (заява № 3409/10) [8] та інших, в яких ЄСПЛ досліджував форми та ефективність судового контролю за одержанням, зберіганням, використанням та знищенням відомостей, що пов'язані з втручанням у приватне життя. Національною стратегією сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні на 2021–2026 року, затвердженою Указом Президента України від 27 вересня 2021 року № 487/2021 [9] також передбачено створення механізмів, спрямованих на мінімізацію зловживань під час проведення негласних слідчих дій, надання доступу до таких механізмів особам, які зазнали такого втручання.

На нашу думку, негласність методів НС(Р)Д, не може розглядатися як достатня причина обмеження судового контролю ухваленням

формального рішення. Світовий досвід вказує на можливість застосування певних методів, що істотно впливають на ефективність судового контролю у сфері застосування негласних форм одержання інформації.

Це може бути і віднесення (ФРН) певних питань, щодо розгляду окремих негласних заходів, таких як дозвіл на контроль з аудіо-, відеоспостереженням у житлі до повноважень колегії суддів [10], направлення слідчому судді щодобових доповідей про хід розслідування, з відомостями про результати таких заходів (Хорватія), подача (Естонія) апеляції на таке рішення суду, як під час проведення заходу, так і у випадку ненаправлення інформації про результати його проведення. За законодавством Республіки Молдова повідомлення особи про проведені щодо неї дії розглядається не як виконання формальної вимоги щодо направлення листа з відповідною інформацією, а передбачає обов'язок слідчого судді, прокурора перед цим перевірити результати проведеного заходу на предмет додержання прав і свобод людини з відповідним висновком.

Судовий контроль за проведенням НС(Р)Д переважною мірою є формальним, обмежується дослідженням

відповідності клопотання вимогам КПК України, за відсутності механізму, що передбачає вивчення фактичних підстав їх застосування, ознак «винятковості», «необхідності у демократичному суспільстві», «неможливості у інший спосіб одержати дані». Забезпечення ефективного судового контролю у цій сфері, балансу інтересів кримінального провадження та прав і свобод людини можливе лише за умови впровадження системи контрольних заходів, що будуть передбачати: 1) запровадження чітких підстав застосування НС(Р)Д у тому числі щодо певної категорії не тяжких злочинів; 2) забезпечення можливості слідчому судді ознайомитися з матеріалами провадження, що містять підстави для їх застосування; 3) запровадження судового контролю з оцінкою їх результатів; 4) забезпечення реального інформування особи про застосовані щодо неї обмеження; 5) запровадження механізму оскарження рішення про проведення НС(Р)Д, відшкодування завданої шкоди за безпідставне втручання у приватне життя; 6) встановлення контролю за зберіганням, використанням та знищенням матеріалів (інформації) одержаної під час проведення НС(Р)Д.

Список використаних джерел

1. Загальна декларація прав людини (рос/укр) : Декларація Орг. Об'єдн. Націй від 10.12.1948 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text (дата звернення: 20.03.2024).
2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : Конвенція Ради Європи від 04.11.1950 р. : станом на 1 серп. 2021 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 20.03.2024).
3. Конституція України : від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР : станом на 1 січ. 2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр#Text> (дата звернення: 20.03.2024).
4. Судовий контроль за дотриманням прав людини згідно з кримінальним процесуальним законодавством України. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 1. С. 141–146. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/aymvs_2013_1_26 (дата звернення: 20.03.2024).
5. Постанова ККС ВС від 10.10.2024 р. Справа № 752/7440/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106661447> (дата звернення: 20.03.2024).
6. Результати діяльності ВАКС. *Вищий антикорупційний суд України*. URL: <https://first.vaks.gov.ua/publications/statystyka-vaks/> (дата звернення: 20.03.2024).



7. <https://first.vaks.gov.ua/publications/statystyka-vaks/>

8. Рішення ЄСПЛ у справі «Азер Ахмадов проти Азербайджану» (заява № 3409/10). Режим доступу: <https://www.echr.com.ua/depersonalizovani-neglasni-rozshukovi-dii-porushuyut-pravo-na-privatne-zhittya/>

9. Національна стратегія сприяння розвитку громадянського суспільства в Україні на 2021-2026 року, затверджена Указом Президента України від 27 вересня 2021 року № 487/2021. Режим доступу: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/487/2021?find=1&text=прав#w1_1

10. Основи кримінального процесу Федеративної Республіки Німеччини О-75 на : навч. посіб. / [В. А. Савченко, Я. І. Соловій, В. І. Фелик, В. Д. Юрчишин]. Х. : Право, 2017. 372 с.

Бабіков О. П. Недоліки судового контролю за додержанням прав і свобод людини під час проведення негласних заходів одержання інформації

Стаття присвячена дослідженню питання судового контролю під час проведення слідчими органами негласних форм одержання інформації, а саме недоліків, які стосуються порушення основоположних прав і свобод людини і громадянина, котрі закріплені як національним (Конституція України, Кримінальний процесуальний кодекс України тощо) так і міжнародним законодавством (Загальна декларація прав людини, Європейська конвенція з прав людини і тд.) Зокрема, автором приділено увагу визначенню основних цілей, завдань та функцій судового контролю, а також особливостей проведення даного різновиду процесуальних дій. Крім того, наведено негативні тенденції щодо призначення та проведення негласних слідчих (розшукових) дій, що свідчить про зловживання органами правопорядку своїми процесуальними правами, а також втрату негласними формами одержання інформації у кримінальних провадженнях ознаки «винятковості» їх застосування, що підтверджується офіційною статистикою. Згадано також наявність схожої проблематики у зарубіжних країнах, зокрема учасниках ЄС, Великобританії та ін., а також шляхи врегулювання схожих проблем у кримінальному процесуальному законодавстві таких країн як Федеративна Республіка Німеччина, Хорватія, Естонія та Молдова. Запропоновано впровадження системи контрольних заходів, що будуть передбачати: 1) запровадження чітких підстав застосування НС(Р)Д; 2) забезпечення можливості слідчому судді ознайомитися з матеріалами провадження, що містять підстави для їх застосування; 3) запровадження судового контролю з оцінкою їх результатів; 4) забезпечення реального інформування особи про застосовані щодо неї обмеження; 5) запровадження механізму оскарження рішення про проведення НС(Р)Д, відшкодування завданої шкоди за безпідставне втручання у приватне життя; 6) встановлення контролю за зберіганням, використанням та знищенням матеріалів НС(Р)Д.

Ключові слова: НС(Р)Д, негласні слідчі (розшукові) дії, КПК України, судовий контроль, зарубіжний досвід.

Babikov O. Disadvantages of judicial control over the observance of human rights and freedoms during clandestine measures of obtaining information

The article is devoted to the study of the issue of judicial control over covert forms of obtaining information by investigative authorities, namely, the shortcomings relating to the violation of fundamental human and civil rights and freedoms enshrined in both national (the Constitution of Ukraine, the Criminal Procedure Code of Ukraine, etc.) and international legislation (the Universal Declaration of Human Rights, the European Convention on Human Rights, etc.). In addition, the author shows negative trends in the appointment and conduct of covert investigative (detective) actions, which indicates that law enforcement agencies abuse their procedural rights, and also that covert forms of obtaining information in criminal proceedings have lost the "exclusivity" feature of their use, which is confirmed by official statistics. The presence of similar problems in foreign countries, in particular

EU members, Great Britain, etc., as well as ways of solving similar problems in the criminal procedural legislation of such countries as the Federal Republic of Germany, Croatia, Estonia and Moldova, are also mentioned. It is proposed to introduce a system of control measures, which will include: 1) introduction of clear grounds for the use of covert investigative (search) actions; 2) provision of an opportunity for the investigating judge to familiarize himself with the materials of the proceedings, which contain the grounds for their use; 3) introduction of judicial control with evaluation of their results; 4) provision of real information to the person about the restrictions applied to him/her; 5) implementation of the mechanism for appealing the decision to conduct covert investigative (search) actions, compensation for damage caused for unjustified interference in private life; 6) establishment of control over the storage, use and destruction of materials of covert investigative (search) actions.

Key words: covert investigative (search) actions, Criminal Procedure Code of Ukraine, judicial control, criminal justice, foreign experience.

