



Туманянц Ануш Робертівна,
кандидатка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри кримінального процесу,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого,
Україна, м. Харків
e-mail: anushjurist@gmail.com
ORCID 0000-0001-6403-8436



Крицька Ірина Олександрівна,
кандидатка юридичних наук,
асистентка кафедри кримінального процесу,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого,
Україна, м. Харків
e-mail: i.o.krytska@nlu.edu.ua
ORCID 0000-0003-3676-4582

doi: 10.21564/2414–990X.152.226139
УДК 343.1(477)

СТАНДАРТИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ЗАКОННОСТІ ЗДІЙСНЕННЯ НЕГЛАСНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ КРІЗЬ ПРИЗМУ ПРАВОВИХ ПОЗИЦІЙ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Стаття присвячена аналізу правових позицій Європейського суду з прав людини щодо інституту негласних слідчих (розшукових) дій у кримінальному процесі. Дослідження дозволило авторам роботи виокремити стандарти забезпечення законності при проведенні таких слідчих заходів. З метою всебічного розкриття цієї проблематики використано компаративістський підхід до її дослідження, який сприяв з'ясуванню особливостей реалізації розглянутих стандартів у законодавстві окремих держав.

Ключові слова: кримінальний процес; негласна діяльність; негласні слідчі (розшукові) дії; правові позиції Європейського суду з прав людини; компаративістський аналіз.

Туманяц А. Р., кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедри уголовного процесса, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail: anushjurist@gmail.com ; ORCID 0000-0001-6403-8436

Крицкая И. А., кандидат юридических наук, ассистент кафедры уголовного процесса, Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, Украина, г. Харьков.
e-mail: i.o.krytska@nlu.edu.ua ; ORCID 0000-0003-3676-4582

Стандарты обеспечения законности осуществления негласной деятельности в уголовном процессе сквозь призму правовых позиций Европейского суда по правам человека

Статья посвящена анализу правовых позиций Европейского суда по правам человека, касающихся института негласных следственных действий в уголовном процессе. Исследование позволило авторам работы выделить стандарты обеспечения законности при проведении таких следственных мероприятий. С целью всестороннего раскрытия данной проблематики использован компаративистский подход способствовавший выяснению особенностей реализации рассмотренных стандартов в законодательстве отдельных государств.

Ключевые слова: уголовный процесс; негласная деятельность; негласные следственные действия; правовые позиции Европейского суда по правам человека; компаративистский анализ.

Вступ. Дотримання балансу між публічними і приватними інтересами, між проведенням ефективного досудового розслідування з метою вирішення завдань кримінального процесу та забезпеченням прав і свобод людини вимагає від законодавця постійного вдосконалення правової регламентації кримінальної процесуальної діяльності, подолання нормативної невизначеності, а також прагнення до однаковості правозастосовної практики. Застосування до кожного учасника кримінального процесу належної правової процедури обумовлює необхідність виділення єдиних вимог, стандартів, яким повинна відповідати така діяльність, зокрема й на підставі всебічного аналізу правових позицій Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ або Суд), юрисдикція якого визнана більшістю європейських держав, а також порівняльно-правового дослідження законодавчих підходів до цього питання деяких країн задля можливого їх запозичення. Особливо важливо визначення таких стандартів (вимог) в аспекті здійснення негласної діяльності¹ в кримінальному провадженні з урахуванням підвищеного ступеня вторгнення в права і свободи людини в процесі проведення негласних слідчих дій.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемам здійснення негласної діяльності у кримінальному процесі присвячено наукові праці багатьох учених, як-от: М. В. Багрій (М. V. Bahrii), О. М. Бандурка (O. M. Bandurka), О. А. Білічак (O. A. Bilichak), С. О. Гриненко (S. O. Hrynenko), О. М. Дроздов (O. M. Drozdov), Ю. В. Колесник (Yu. V. Kolesnyk), В. В. Комашко (V. V. Komashko), С. С. Кудінов (S. S. Kudinov), Л. М. Лобойко (L. M. Loboiko), В. В. Луцик (V. V. Lutsyk), М. А. Погорєцький (M. A. Pohoretskyi), Д. Б. Сергєєва (D. B. Serhieieva), О. В. Соколов (O. V. Sokolov), О. С. Старенький

¹ Далі за текстом для подолання термінологічних розбіжностей у законодавстві різних держав як синоніми використовуються поняття «негласна діяльність», «негласні слідчі дії», «негласні розшукові заходи».

(О. S. Starenkyi), P. M. Шехавцов (R. M. Shekhavtsov), А. В. Шило (A. V. Shylo). Однак питання щодо стандартів забезпечення законності здійснення негласної діяльності в кримінальному процесі у світлі практики ЄСПЛ та порівняльно-правового аналізу ще не було предметом самостійного дослідження.

Метою статті є наукове осмислення правових позицій ЄСПЛ, що дозволить виокремити стандарти забезпечення законності здійснення негласної діяльності в кримінальному процесі, сформулювати їх зміст, а також дослідити особливості реалізації в законодавстві різних країн.

Виклад основного матеріалу. Системний аналіз кримінального процесуального законодавства України та деяких країн, а також правових позицій, сформульованих у рішеннях ЄСПЛ, дає підстави виділити такі стандарти забезпечення законності проведення негласних слідчих дій, як: 1) передбачуваність; 2) гарантованість від зловживань; 3) верифікованість (можливість бути перевіреним); 4) винятковість; 5) пропорційність втручання та його доцільність; 6) неприпустимість негласного втручання у комунікацію певних суб'єктів. Детальніше розглянемо кожен зі стандартів.

Передбачуваність. Цей стандарт стосується насамперед якості закону. Його сутність полягає в тому, що підстави, процесуальний порядок, умови, строки проведення, коло осіб і перелік складів злочинів, щодо яких допускається здійснення негласної діяльності, повинні бути максимально детально, ясно і точно сформульовані в кримінальному процесуальному законодавстві з тим, щоб будь-яка особа мала можливість ознайомитися з відповідними нормативними приписами і передбачити ті дії, які можуть відбуватися щодо неї.

ЄСПЛ у своїх правових позиціях часто вказував на вимоги до якості закону, зокрема і того, яким регулюється негласна діяльність у кримінальному процесі. Роз'яснюючи зміст словосполучення «відповідно до закону», Суд підкреслює важливість дотримання таких вимог: 1) оспорюване втручання повинно мати певну підставу в національному законодавстві; 2) саме законодавство має бути доступним тій особі, щодо якої подібні заходи можуть бути застосовані; 3) наслідки застосування відповідного закону повинні бути передбачуваними і прогнозованими для особи, щодо якої може здійснюватися негласна діяльність (п. 25 рішення у справі «Михайлюк та Петров проти України» від 10 грудня 2009 р. [1]; п. 91 рішення у справі «Дудченко проти Росії» від 7 листопада 2017 р. [2]; п. 123 рішення у справі «Зубков та інші проти Росії» від 7 листопада 2017 р. [3]; п. 135 рішення у справі «Худобін проти Російської Федерації» [4].

У контексті порівняльно-правового аналізу зарубіжного досвіду слід зазначити, що систематизація чинних нормативних конструкцій порядку здійснення негласних слідчих дій у кримінальному процесі дозволяє умовно виділити кілька варіантів законодавчого врегулювання: 1) одночасне визначення загальних положень проведення негласних слідчих дій, які охоплюють умови, підстави, порядок санкціонування, фіксацію тощо, а також деталізація процедури здійснення окремих негласних слідчих заходів (Кримінально-процесуальний кодекс Республіки Казахстан (далі – КПК Казахстану) [5]; Кримінально-про-

цесуальний закон Латвії (далі – КПК Латвії) [6]; Кримінально-процесуальний кодекс Республіки Молдова (далі – КПК Молдови) [7]; Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України) [8]; Кримінально-процесуальний кодекс Естонської Республіки (далі – КПК Естонії) [9]); 2) деталізація процедури проведення конкретних негласних слідчих заходів без визначення загальних положень їх проведення (Кримінально-процесуальний кодекс Федеративної Республіки Німеччини (далі – КПК Німеччини) [10]; 3) регламентація порядку здійснення деяких негласних слідчих дій без виділення їх в окрему групу розшукових заходів (Кримінально-процесуальний кодекс Республіки Білорусь (далі – КПК Білорусі) [11]; Кримінально-процесуальний кодекс Литовської Республіки (далі – КПК Литви) [12]; кримінально-процесуальний кодекс Французької Республіки (далі – КПК Франції) [13].

Гарантованість від зловживань. Звертаючись до правових позицій ЄСПЛ у межах аналізу цього стандарту, зазначимо, що, на думку Суду, вимога «відповідно до закону» означає також, що надання правової дискреції органам виконавчої влади у вигляді необмежених повноважень було б несумісним з принципом верховенства права (пункти 49 і 51 рішення у справі «Волохи проти України» від 2 листопада 2006 р.) [14]. Суд також вказує на важливість існуючих адекватних і ефективних гарантій, здатних нівелювати можливі зловживання. Зокрема, в рішенні у справі «Узун проти Федеративної Республіки Німеччини» від 2 вересня 2010 р. зазначається: по-перше, GPS-стеження могло бути використано тільки щодо злочинів значного ступеня тяжкості, якщо інші методи були менш перспективними або більш складними; по-друге, відсутність встановлених законом обмежень на тривалість спостереження компенсувалася перевіркою національними судами дотримання у світлі цього принципу пропорційності; по-третє, законодавчо не було необхідності встановлювати вимогу про отримання попереднього дозволу з боку незалежного органу для нагляду, оскільки повноваження кримінальних судів з проведення *ex post facto* перевірки законності такого спостереження (а також виключення доказів, отриманих незаконно) забезпечували достатній захист від свавілля [15]. А в рішенні щодо справи «Крюслен проти Франції» від 24 квітня 1990 р. ЄСПЛ констатував відсутність гарантій мінімального ступеня захисту, на який мають право розраховувати громадяни в умовах верховенства права в демократичному суспільстві, ґрунтуючись на тому, що у французькому законодавстві не були встановлені категорії осіб, телефони яких за рішенням суду можуть прослуховуватися, як і не визначено характер правопорушень, щодо яких можлива ця процедура. До того ж ніщо не зобов'язувало суддю визначити тривалість цієї негласної діяльності [16].

Зміст цього стандарту може бути розкрито шляхом деталізованішого виділення уточнюючих положень (субстандартів): а) контрольованість втручання в права і свободи людини; б) визначеність кола осіб, щодо яких можливе здійснення негласної діяльності; в) обмеженість переліку складів злочинів, з метою розслідування або запобігання яких допускається проведення неглас-

ної діяльності; г) наявність у національному законодавстві процедур, здатних гарантувати законність здійснення негласних слідчих заходів у кримінальному процесі; д) тимчасовий характер здійснення негласної діяльності у кримінальному процесі.

Розглядаючи вимогу щодо контрольованості втручання в права і свободи людини, наголосимо передусім на перевазі судового порядку санкціонування негласних слідчих дій одночасно із встановленням допустимих винятків із зазначеної вимоги. Вказівка ЄСПЛ на переважну роль суду в наданні дозволу на проведення негласних слідчих заходів простежується у багатьох його правових позиціях. На думку Суду, верховенство права, в тому числі (*inter alia*), передбачає, що втручання органів виконавчої влади у права осіб має підлягати ефективному контролю, який зазвичай здійснюється судовим органом як останньою інстанцією, оскільки саме судовий контроль надає найбільші гарантії незалежності, неупередженості та здійснення належного провадження (п. 52 рішення у справі «Волохи проти України») [14]. Водночас варто підкреслити, що ЄСПЛ допускає можливість не тільки попереднього, але і подальшого контролю з боку суду. Так, у п. 135 рішення у справі «Худобін проти Російської Федерації» Суд вказав на те, що за відсутності повної системи перевірки під час проведеної операції роль пізнішого контролю з боку суду першої інстанції стає вирішальною [4].

Компаративістське дослідження нормативного регулювання цієї вимоги свідчить про те, що в кримінальному процесуальному законодавстві багатьох країн значна частина негласних слідчих дій проводиться саме з дозволу суду (наприклад, § 100b КПК Німеччини, ст. 232 КПК Казахстану, ст. 212 КПК Латвії, ст. 132-2 КПК Молдови, статті 185 і 186 КПК РФ, статті 246 і 247 КПК України, ст. 126-4 КПК Естонії та ін.). Проте в деяких державах (зокрема, в Англії (*Regulation of Investigatory Powers Act 2000*) (далі – RIPA), Білорусі (статті 213 і 214) здійснення негласної діяльності в кримінальному процесі не передбачає судового порядку санкціонування. Наприклад, в Англії постанова про проведення негласних розшукових заходів виносить міністром внутрішніх справ [18], в Білорусі – головою Слідчого комітету Республіки Білорусь, головою комітету державної безпеки Республіки Білорусь або особою, яка виконує їх обов'язки, або слідчим, органом дізнання з санкції прокурора чи його заступника [11].

Слід акцентувати увагу на тому, що у більшості держав кримінальним процесуальним законодавством допускається за певних обставин здійснення негласної діяльності до отримання дозволу суду, але обов'язково з наступним судовим контролем. Зокрема, у ч. 4 ст. 212 КПК Латвії вказується (причому без будь-яких уточнень) на «невідкладні випадки» [6]. Подібним чином сформульовані і ч. 1 ст. 235 КПК Казахстану [5], ст. 237 КПК Польщі [19], ч. 1 §100d КПК Німеччини [10]. У ч. 3 ст. 132-4 КПК Молдови передбачається, що у разі явних злочинів, а також певних обставин, що не терплять зволікання, а при цьому дозвіл судді не може бути отримано без ризику суттєвої затримки, що

може привести до втрати доказів або поставити під безпосередню загрозу безпеку осіб, деякі спеціальні розшукові заходи можуть бути дозволені на підставі мотивованої постанови прокурора [7]. Окремо звертаємо увагу на ч. 3 ст. 126-4 КПК Естонії, згідно з якою у випадках, що не терплять зволікання, передбачена процедура отримання спрощеного дозволу суду – усного, з подальшим його оформленням у письмовому вигляді [9].

Щодо переліку складів злочинів, з метою розслідування або запобігання яких допускається здійснення негласних заходів, зазначимо, що проведений нами аналіз кримінального процесуального законодавства низки країн дозволяє виокремити такі підходи: 1) залежно від тяжкості злочину або його особливої суспільної небезпеки, наприклад, коли йдеться про організовану злочинність. Найчастіше допускається здійснення негласної діяльності щодо злочинів, за вчинення яких передбачається обмеження волі понад один рік (Австрія, Латвія, Казахстан), понад 2 роки (Франція) і понад 3 роки (РФ). Водночас у КПК України більшість негласних слідчих (розшукових) дій (за винятком двох) можуть бути проведені тільки в кримінальному провадженні щодо злочинів тяжких (понад 5 років позбавлення волі) і особливо тяжких (понад 10 років позбавлення волі) [8]. У контексті зазначеного є сенс звернути увагу на те, що подібне обмеження негативно оцінюється багатьма українськими правозастосовниками, оскільки змушує правоохоронців вдаватися іноді до штучного «завищення» кваліфікації злочину. Наприклад, прийняття пропозиції, обіцянки або одержання службовою особою неправомірної вигоди (ч. 1 ст. 368 Кримінального кодексу України) належить до нетяжких злочинів; при цьому документування цього злочину без проведення негласної діяльності може бути занадто ускладненим або практично неможливим;

2) залежно від специфіки та цілеспрямованості конкретних негласних (або спеціальних) слідчих дій (Англія, Німеччина, Польща). Йдеться про те, що можливість проведення конкретних негласних слідчих заходів залежить не від тяжкості злочину, а від самого характеру негласної дії і конкретного складу злочину, тобто залежно від того, наскільки ця дія може бути доцільною і необхідною для розкриття або запобігання злочину певного виду.

Особливу увагу слід звернути на закріплення в національному законодавстві процедур, здатних гарантувати законність здійснення негласної діяльності у кримінальному процесі, до яких, зокрема, можуть бути віднесені: а) можливість оскарження рішень про проведення негласних слідчих дій або їх результатів (ч. 2 ст. 126-14 КПК Естонії [9], ч. 5 ст. 240 КПК Казахстану [5]); б) вимоги щодо періодичної звітності про проведені негласні слідчі заходи (§ 100e КПК Німеччини [10]); в) необхідність належного закріплення проведеної негласної діяльності, що дало б можливість згодом перевірити її законність (ч. 5 ст. 132-5 КПК Молдови [7]). Розглядаючи правові позиції ЄСПЛ щодо цього аспекту, підкреслимо, що, наприклад, у п. 124 рішення у справі «Матанович проти Хорватії» Суд акцентував увагу на тому, що здійснення імітованої закупувлі, проведеної таємним агентом або інформатором, має бути

зафіксовано так, щоб була можливість здійснювати подальшу незалежну перевірку дій її учасників [17].

Вимога щодо тимчасового характеру проведення негласних слідчих заходів у кримінальному процесі передусім стосується того, що будь-які негласні дії (незалежно від їх виду і мети проведення) не можуть тривати безстроково і повинні бути певним чином обмежені у часі. При цьому допускається можливість їх продовження, але теж на певний строк і у випадках, коли це необхідно для цілей кримінального провадження. Так, відповідно до правової позиції ЄСПЛ, сформульованої у рішенні щодо справи «Волохи проти України», Суд підкреслив: якщо закон не містить вказівки щодо, зокрема, строків обмеження прав особи, слід констатувати неналежну «якість» подібних правових положень [14].

Верифікованість. Сутність зазначеного стандарту, на наш погляд, може бути розкрита шляхом встановлення судового контролю за вирішенням питання щодо можливого знищення інформації, отриманої в ході проведення негласної діяльності, що не має значення для кримінального провадження, а також вимоги про обов'язковість надання можливості ознайомитися з рішеннями, які стали підставою проведення негласних слідчих дій, інакше сторона захисту не матиме можливості перевірити і оскаржити (за необхідності) законність і обґрунтованість здійсненої негласної діяльності, а також допустимість доказів, отриманих у ході її проведення.

Правова позиція ЄСПЛ, що дозволяє виділити зазначений стандарт, сформульована в рішенні щодо справи «Матанович проти Хорватії». Зокрема, Суд зазначив, що у тих системах, в яких органи прокуратури зобов'язані згідно із законом брати до уваги факти як проти обвинуваченого, так і на його користь, процедура, згідно з якою самі органи прокуратури намагаються оцінити те, що саме може мати або не мати значення для справи без будь-яких подальших процесуальних гарантій захисту прав людини, не можуть відповідати вимогам п. 1 ст. 6 Конвенції (п. 182 цього рішення) [17].

У межах порівняльно-правового дослідження розглянутого стандарту необхідно зробити акцент на тому, що кримінальне процесуальне законодавство багатьох країн містить припис, що матеріали, отримані в результаті здійснення негласної діяльності, зберігаються до закінчення судового розгляду і прийняття рішення. По суті, саме на суд покладено повноваження оцінювати значимість конкретних матеріалів для інтересів справи і приймати рішення про їх знищення за необхідності (ст. 240 КПК Казахстану, статті 231 і 232 КПК Латвії, ч. 12 ст. 132-9 КПК Молдови, ст. 237 КПК Польщі, ст. 126-12 КПК Естонії). На відміну від законодавства наведених країн, ч. 1 ст. 255 КПК України передбачає, що рішення про те, що певні матеріали, отримані у результаті проведених негласних слідчих (розшукових) дій, не є необхідними для подальшого проведення досудового розслідування і тому можуть бути знищені, повинен приймати прокурор.

Винятковість. Основний зміст зазначеного стандарту полягає в тому, що негласна діяльність у кримінальному процесі може здійснюватися тільки

у випадках, коли розкриття злочину або запобігання йому іншим шляхом неможливе або ж занадто ускладнене. ЄСПЛ переважно обґрунтовує необхідність не тільки формально вказати на неможливість отримати певні відомості іншим шляхом, але й підтвердити це відповідними аргументами. Наприклад, у рішенні щодо справи «Матанович проти Хорватії», Суд зазначив, що у цій справі рішення слідчого судді про застосування таємних заходів спостереження містило встановлений законом вираз «розслідування не могло проводитися за допомогою інших засобів або це було б надзвичайно складно». Однак при цьому не було належного обґрунтування особливих обставин справи, а також не вказувалося, чому слідство не могло бути проведено за допомогою інших менш серйозних (інтрузивних) засобів. Ось чому відсутність у рішенні слідчого судді такого обґрунтування, як і обхід національними судами цього порушення за допомогою ретроспективного обґрунтування використання таємного спостереження, суперечили відповідному національному законодавству і тому не забезпечували на практиці належних гарантій проти різних можливих зловживань [17].

Подібна позиція сформульована ЄСПЛ і в рішенні щодо справи «Дудченко проти Росії», відповідно до п. 98 якого єдиною підставою для проведення таємного спостереження, зазначеною національним судом, була «неможливість отримання відомостей про незаконну діяльність [заявника] в ході гласного розслідування». При цьому суд не пояснив, яким саме чином він прийшов до такого висновку. ЄСПЛ стверджує, що таке розпливчате і необґрунтоване формулювання суду не є достатнім для дачі дозволу на негласне спостереження протягом такого тривалого терміну (180 днів), яке призвело до серйозного порушення права заявника на повагу до приватного життя і кореспонденції [2].

Проводячи систематизацію нормативних приписів, що стосуються цієї вимоги у законодавстві деяких держав, підкреслимо, що більшість з них містять таку умову (або підставу) для проведення негласних слідчих дій, як неможливість іншим шляхом реалізувати цілі кримінального провадження або ризик істотного ускладнення розслідування злочину (§ 100с КПК Німеччини; п. 1 ч. 2 ст. 132-1 КПК Молдови; ч. 2 ст. 246 КПК України; ч. 2 ст. 126-1 КПК Естонії та ін.).

Пропорційність втручання та його доцільність. Сутність зазначеного стандарту полягає в тому, що здійснення певних негласних дій, пов'язаних з обмеженням прав і свобод людини, повинно відповідати тим цілям, на які такі дії спрямовані. На думку ЄСПЛ, законними і належними цілями можуть вважатися: а) захист національної безпеки, громадського порядку, прав жертв і попередження злочинності (рішення у справі «Узун проти Федеративної Республіки Німеччини») [15]; б) запобігання заворушенням чи злочинам або захист громадського здоров'я, а також масштабної операції з торгівлі наркотиками (рішення у справі «Бен Файза проти Франції» від 8 лютого 2018 р.) [20]; в) боротьба з організованою злочинністю і корупцією (рішення у справі «Раманаускас проти Литви» від 5 лютого 2008 р.) [21].

На прикладі рішення у справі «Узун проти Федеративної Республіки Німеччини» можна констатувати, що адекватна відповідність негласного втручання у права і свободи людини має місце у випадках, коли негласні дії (зокрема, GPS-спостереження) проводилися протягом відносно короткого періоду часу (близько 3-х місяців) і стосувалися заявника тільки, коли він перебував в автомобілі свого спілняка. Тобто не можна стверджувати, що заявник піддавався загальному і всебічному нагляду [15]. При цьому критеріями для оцінки пропорційності втручання у контексті негласного спостереження є: а) характер, обсяг і тривалість спостереження, б) підстави для дозволу спостереження, в) компетентні органи, уповноважені вирішувати, здійснювати і контролювати проведення негласних слідчих дій і г) вид засобів правового захисту, передбачених внутрішньодержавним законодавством [2; 3].

Вивчення цього стандарту в рамках порівняльно-правового аналізу дозволяє зазначити таке. Наприклад, п. 3 ч. 2 ст. 132-1 КПК Молдови як умову проведення спеціальних розшукових заходів передбачає, що подібна дія має бути необхідною і пропорційною обмеженням основних прав і свобод людини [7]. Стаття 211 КПК Латвії як цілі проведення спеціальних слідчих дій розглядає їх необхідність для з'ясування обставин, що підлягають доказуванню в кримінальному процесі, а також для негайного відвернення суттєвої загрози суспільній безпеці [6].

Неприпустимість негласного втручання у комунікацію певних суб'єктів. Насамперед, ця вимога (стандарт) стосується необхідності законодавчого гарантування невтручання в спілкування між адвокатом і його клієнтом, священиком і обвинуваченим тощо, тобто заборону на цілеспрямований контроль над спілкуванням певних суб'єктів, а також обов'язковість знищення інформації, отриманої під час випадкового (ситуаційного) втручання в їхню комунікацію.

Розкриваючи сутність зазначеного стандарту, наведемо як приклад правову позицію, сформульовану у п. 104 рішення ЄСПЛ у справі «Дудченко проти Російської Федерації»: «Суд повторює, що у той час, коли стаття 8 захищає конфіденційність будь-якої «кореспонденції» між особами, вона передбачає посилений захист обміну інформацією між адвокатами та клієнтами, тому що за відсутності гарантій конфіденційності переговорів адвокати були б позбавлені можливості захищати своїх довірительів». До того, ж Суд також указав на мінімальні гарантії, виділені ним у своїй прецедентній практиці, які повинні бути забезпечені на законодавчому рівні. Йдеться про таке. По-перше, законодавство повинно точно визначити обсяг привілею на збереження адвокатської таємниці, а також установити яким чином, за яких умов і ким має проводитися відмежування між відомостями, що становлять адвокатську таємницю, і відомостями, які її не складають. По-друге, законодавчі норми щодо а) процедури вивчення, використання і зберігання отриманих відомостей, б) заходів запобігання при передачі їх третім особам, в) обставин, за яких записи можуть або повинні бути стерті, а матеріали знищені, повинні передбачати належні гарантії захисту цих

відомостей, що становлять адвокатську таємницю і отримані в результаті негласного спостереження (пункти 105–107 рішення) [2].

Демонструючи реалізацію досліджуваного стандарту в кримінальному процесуальному законодавстві деяких держав, звернемо увагу на такі аспекти. По-перше, здійснення контролю за розмовами адвоката зазвичай дозволяється тільки у разі, якщо він сам є підозрюваним у справі (КПК Франції [13]; КПК Нідерландів [22]), або коли інформація, що передається, може стосуватися запланованих або скоєних злочинних діянь (КПК Німеччини [10]; КПК Казахстану [5]). По-друге, під імунітет від негласного втручання підпадає не тільки спілкування між адвокатом-захисником і підозрюваним, обвинуваченим, але й між адвокатом і будь-яким суб'єктом незалежно від його процесуального статусу. При цьому констатуємо, що другий аспект не передбачений, наприклад, в КПК України, оскільки відповідно до ч. 5 ст. 258 Кодексу заборонено втручання тільки у приватне спілкування захисника, священнослужителя з підозрюваним, обвинуваченим, засудженим, виправданим [8].

Висновки. Проведений комплексний аналіз правових позицій ЄСПЛ щодо анонсованої тематики дозволив умовно визначити такі стандарти забезпечення законності здійснення негласної діяльності в кримінальному процесі: 1) передбачуваність; 2) гарантованість від зловживань; 3) верифікованість; 4) винятковість; 5) пропорційність втручання та його доцільність; 6) неприпустимість негласного втручання у комунікацію певних суб'єктів, а також з'ясувати і розкрити нормативний зміст зазначених вимог. Крім того, порівняльно-правове вивчення кримінального процесуального законодавства окремих держав дозволило виявити деякі особливості правового регулювання цих стандартів, а також окреслити перспективні шляхи вдосконалення кримінального процесуального законодавства України у цьому контексті.

Список літератури

1. Михайлюк та Петров проти України : Рішення ЄСПЛ у справі від 10.12.2009 р. (заява № 11932/02). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_500 (дата звернення: 05.01.2021).
2. Дудченко проти Росії : Рішення ЄСПЛ у справі від 07.11.2017 р. (заява № 37717/05). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178344> (дата звернення: 05.01.2021).
3. Case of Zubkov and others v. Russia (applications nos. 29431/05 and 2 others) 07/11/2017. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178343> (дата звернення: 05.01.2021).
4. Case of Khudobin v. Russia (applications nos. 59696/00) 26/10/2006. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77692> (дата звернення: 05.01.2021).
5. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 04.06.2014 г. № 231-V (с изменениями и дополнениями). URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575852#-sub_id=2210400 (дата звернення: 05.01.2021).
6. Уголовно-процессуальный закон Латвии: принятый Сеймом 21.04 2005 г. и обнародованный Президентом государства 11.05.2005 г. Biznesa informācijas birojs : Законы Латвии по-русски. URL: http://www.pravo.lv/likumi/29_urz.html (дата звернення: 05.01.2021).
7. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова от 14.03.2003 г. № 122-XV (с изменениями и дополнениями). URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30397729&doc_id2=30397729#pos=30;-15&sub_id2=1020000&sel_link=1001129174 (дата звернення: 05.01.2021).
8. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення: 05.01.2021).

9. Уголовно-процессуальный кодекс Эстонской Республики от 12.02.2003, RT I 2003, 27, 166. URL: <https://v1.juristaitab.ee/sites/www.juristaitab.ee/files/elfinder/ru-seadused/%D0%A3%D0%93%D0%9E%D0%9B%D0%9E%D0%92%D0%9D%D0%9E-%D0%9F%D0%A0%D0%9E%D0%A6%D0%95%D0%A1%D0%A1%D0%A3%D0%90%D0%9B%D0%AC%D0%9D%D0%AB%D0%99-%20%D0%9A%D0%9E%D0%94%D0%95%D0%9A%D0%A1%2010.06.2018.pdf> (дата звернення: 05.01.2021).

10. Уголовно-процессуальный кодекс Федеративной Республики Германии от 01.02.1877 г. (с изменениями и дополнениям). URL: [http://pravo.org.ua/files/_/1\).pdf](http://pravo.org.ua/files/_/1).pdf) (дата звернення: 05.01.2021).

11. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь от 16 июля 1999 г. № 295-З. URL: <http://kodeksy.by/ugolovno-processualnyu-kodeks> (дата звернення: 05.01.2021).

12. Закон про ухвалення, затвердження та набуття чинності Кримінально-процесуального кодексу Литовської Республіки від 14.03.2002 р. № I-785. URL: http://pravo.org.ua/files/_/282%29.pdf (дата звернення: 05.01.2021).

13. Code de procédure pénale (Version consolidée au 12 avril 2019) URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20170531> (дата звернення: 05.01.2021).

14. Волюти проти України : Рішення ЄСПЛ у справі від 02.11.2006 р. (заява № 23542/02). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_138 (дата звернення: 05.01.2021).

15. Узун проти Німеччини : Рішення ЄСПЛ у справі від 02.09.2010 р. (заява № 35623/05). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-118091> (дата звернення: 05.01.2021).

16. Крюслен против Франции : Рішення ЄСПЛ у справі від 24.04.1990 р. (заява № 11801/85). URL: <https://ips.ligazakon.net/document/SO0652> (дата звернення: 05.01.2021).

17. Матанович проти Хорватії : Рішення ЄСПЛ у справі від 04.04.2017 р. (заява № 2742/12). URL: http://unba.org.ua/assets/uploads/publications/Pereklad_rishennya_evr_sudu_13072017.pdf (дата звернення: 05.01.2021).

18. Regulation of Investigatory Powers Act 2000. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/23/contents> (дата звернення: 05.01.2021).

19. Kodeks postępowania karnego: ustawa z dnia 6 czerwca 1997 г. URL: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19970890555/U/D19970555Lj.pdf> (дата звернення: 05.01.2021).

20. Бен Файза проти Франції : Рішення ЄСПЛ у справі від 08.02.2018 р. (заява № 31446/12). URL: <http://unba.org.ua/publications/3016-espl-prijnjav-rishennya-u-spravi-ben-fajza-proti-francii.html> (дата звернення: 05.01.2021).

21. Раманаускас против Литвы : Рішення ЄСПЛ у справі від 05.02.2008 р. (заява № 74420/01). URL: <https://ips.ligazakon.net/document/SO5138> (дата звернення: 05.01.2021).

22. Criminal Procedure Code of the Kingdom of Netherlands (as of 2012) (English version). URL: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/12/Netherlands/show> (дата звернення: 05.01.2021).

References

1. Mykhailiuk ta Petrov proty Ukrainy: Rishennia ECHR u spravi vid 10.12.2009 г. (zaiava № 11932/02). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_500.

2. Dudchenko proty Rosii: Rishennia ECHR u spravi vid 07.11.2017 г. (zaiava № 37717/05). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178344>.

3. Case of Zubkov and others v. Russia (applications nos. 29431/05 and 2 others) 07/11/2017. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-178343>.

4. Case of Khudobin v. Russia (applications nos. 59696/00) 26/10/2006. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77692>.

5. Ugolovno-protsessualnyiy kodeks Respubliki Kazahstan ot 04.06.2014 г. №231-V (s izmeneniyami i dopolneniyami). URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575852#sub_id=2210400.

6. Uголовno-protssesualnyiy zakon Latvii: prinyatyiy Seymom 21.04 2005 g. i obnarodovannyiy Prezidentom gosudarstva 11.05.2005 g. Biznesa informvcijas birojs: Zakonyi Latvii po-russki. URL: http://www.pravo.lv/likumi/29_upz.html.

7. Uголовno-protssesualnyiy kodeks Respubliki Moldova ot 14.03.2003 g. # 122-XV (s izmeneniyami i dopolneniyami). URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30397729&doc_id2=30397729#pos=30;-15&sub_id2=1020000&sel_link=1001129174.

8. Kryminalnyi protssesualnyi kodeks Ukrainy: Zakon Ukrainy vid 13.04.2012 r. № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.

9. Uголовno-protssesualnyiy kodeks Estonskoy Respubliki ot 12.02.2003, RT I 2003, 27, 166. URL: <https://v1.juristaitab.ee/sites/www.juristaitab.ee/files/elfinder/ru-seadused/%D0%A3%D0%93%D0%9E%D0%9B%D0%9E%D0%92%D0%9D%D0%9E-%D0%9F%D0%A0%D0%9E%D0%A6%D0%95%D0%A1%D0%A1%D0%A3%D0%90%D0%9B%D0%AC%D0%9D%D0%AB%D0%99%20%D0%9A%D0%9E%D0%94%D0%95%D0%9A%D0%A1%2010.06.2018.pdf>.

10. Uголовno-protssesualnyiy kodeks Federativnoy Respubliki Germanii ot 01.02.1877 g. (s izmeneniyami i dopolneniyami). URL: [http://pravo.org.ua/files/_\(1\).pdf](http://pravo.org.ua/files/_(1).pdf).

11. Uголовno-protssesualnyiy kodeks Respubliki Belarus ot 16 iyulya 1999 g. № 295-3. URL: <http://kodeksy.by/ugolovno-processualnyy-kodeks>.

12. Zakon pro ukhvalennia, zatverdzhennia ta nabuttia chynnosti Kryminalno-protssesualnoho kodeksu Lytovskoi Respubliki vid 14.03.2002 p. № I-785. URL: http://pravo.org.ua/files/_%282%29.pdf.

13. Code de procédure pénale (Version consolidée au 12 avril 2019). URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20170531>.

14. Volokhy proty Ukrainy: Rishennia ECHR u spravi vid 02.11.2006 r. (zaiava № 23542/02). URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_138.

15. Uzun proty Nimechchyny: Rishennia ECHR u spravi vid 02.09.2010 r. (zaiava № 35623/05). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-118091>.

16. Kriuslen protyv Frantsyy: Rishennia ECHR u spravi vid 24.04.1990 r. (zaiava № 11801/85). URL: <https://ips.ligazakon.net/document/SO0652>.

17. Matanovich proty Khorvatii: Rishennia ECHR u spravi vid 04.04.2017 r. (zaiava № 2742/12). URL: http://unba.org.ua/assets/uploads/publications/Pereklad_rishennya_evr_sudu_13072017.pdf.

18. Regulation of Investigatory Powers Act 2000 URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/23/contents>.

19. Kodeks postępowania karnego: ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. URL: <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19970890555/U/D19970555Lj.pdf>.

20. Ben Faiza proty Frantsii: Rishennia ECHR u spravi vid 08.02.2018 r. (zaiava № 31446/12). URL: <http://unba.org.ua/publications/3016-espl-prijnyav-rishennya-u-spravi-ben-fajza-proti-francii.html>.

21. Ramanauskas protiv Litvy: Rishennia ECHR u spravi vid 05.02.2008 r. (zaiava № 74420/01). URL: <https://ips.ligazakon.net/document/SO5138>.

22. Criminal Procedure Code of the Kingdom of Netherlands (as of 2012) (English version). URL: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/12/Netherlands/show>.

Tumanyants A. R., PhD in Law, Associate Professor, Associate Professor of the Department of Criminal Process, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: anushjurist@gmail.com ; ORCID 0000-0001-6403-8436

Krytska I. O., PhD in Law, Teaching Assistant of the Department of Criminal Process, Yaroslav Mudryi National Law University, Ukraine, Kharkiv.
e-mail: i.o.krytska@nlu.edu.ua ; ORCID 0000-0003-3676-4582

Standards for ensuring the legality of implementing unspout activities in criminal process through the prism of legal positions of the European court of human rights

The analysis of the legal positions of the ECHR in the aspect of the subject of the article under consideration made it possible to conditionally single out the following standards for ensuring the legality of the implementation of covert activity in criminal proceedings:

– **predictability.** Its essence lies in the fact that the grounds, procedural order, conditions, timing, the circle of persons and crimes in relation to which it is allowed to carry out covert activities should be as detailed, clear and accurate as possible in the criminal procedural legislation. Moreover, any person had the opportunity to familiarize himself with the relevant regulatory prescriptions and foresee the actions that can be carried out in relation to him;

– **warranty against abuse.** The content of this standard can be disclosed by more detailed highlighting of clarifying provisions (“substandards”). These include: control of interference in human rights and freedoms; the certainty of the circle of persons in relation to whom it is possible to carry out secret activities; limited corpus delicti, for the purpose of investigation or prevention of which covert activity is allowed;; the existence in national legislation of procedures that facilitate the law of the implementation of covert activity in criminal proceedings; the temporary nature of the implementation of secret activities in the criminal process;

– **verifiability.** The essence of this standard can be disclosed through the establishment of judicial control over the decision of the issue regarding the possible destruction of information obtained in the course of conducting covert activities, which is not relevant to criminal proceedings, as well as the requirement for the mandatory opening of decisions that were the basis for conducting covert investigative actions;

– **exclusivity.** The main content of this standard is that covert activity in criminal proceedings can be carried out only in cases where the disclosure or prevention of a crime in another way is impossible or is too complicated;

– **proportionality of the intervention and its expediency.** The essence of this standard is that the implementation of certain covert coercive actions that are associated with the restriction of human rights and freedoms must be proportionate to the goals for which such actions are directed. Moreover, these goals and the applied coercion must be necessary in a democratic society;

– **inadmissibility of tacit interference in the communication of some subjects.** First of all, this requirement concerns the need to legislatively guarantee non-interference in communication between a lawyer and his client, a priest and an accused, etc., which means a ban on targeted control over the communication of certain subjects, as well as the obligation to destroy information obtained in the course of an accidental, situational interfering with their communication.

Keywords: criminal procedure; covert activity; covert investigative actions; legal positions of the European Court of Human Rights; comparative analysis.

Рекомендоване цитування: Туманянець А. Р., Крицька І. О. Стандарти забезпечення законності здійснення негласної діяльності у кримінальному процесі крізь призму правових позицій Європейського суду з прав людини. *Проблеми законності.* 2021. Вип. 152. С. 111–123. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.152.226139>.

Suggested Citation: Tumanyants, A.R., Krytska, I.O. (2021). Standarty zabezpechennia zakonnosti zdiisnennia nehlasnoi diialnosti u kryminalnomu protsesi kriz pryзму pravovykh pozytzii Yevropeiskoho sudu z prav liudyny [Standards for ensuring the legality of implementing unspout activities in criminal process through the prism of legal positions of the European court of human rights]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 152, 111–123.* doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990X.152.226139> [in Ukrainian].

Надійшла до редколегії 01.02.2021 р.