



Я.П. Зейкан,
ст. викладач, адвокат
(Академія адвокатури України)

Негласне проникнення до житла та інші обмеження прав людини: адвокатський погляд на проблему

Ключові слова: негласне проникнення, недопустимі докази, приватне життя, повага до житла.

Конституція України встановлює, що не допускається проникнення до житла чи іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за мотивованим рішенням суду (ст. 30). Кожному також гарантується таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Винятки можуть бути встановлені тільки у випадках, передбачених законом, з метою запобігти злочинів, чи з'ясувати істину під час розслідування кримінальної справи, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо.

Крім Конституції України, з особливою прискіпливістю до сфери приватного і сімейного життя, житла і кореспонденції врегульовано ці питання у Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Стаття 8 Конвенції передбачає, що кожен має право на повагу до його приватного і сімейного життя, до житла і до таємниці кореспонденції. Для Конвенції є характерним широке розуміння цих понять. Так, стосовно приватного життя, Суд дійшов висновку, що поняття “приватного життя є широким і не може бути визначене вичерпно” (рішення у справі Костелло Робертс проти Сполученого Королівства” від 25 березня 1993 р.) [1, 347]. “Право на повагу” передбачає обов’язок невтручання держави у приватну сферу громадян. У сенсі Конвенції втручання органів державної влади може бути визнано правомірним за умови, якщо воно

здійснюється “згідно із законом, має “легітимну мету” і відповідає “нагальним суспільним потребам” (рішення у справі “Санді Таймс” проти Сполученого Королівства від 26 квітня 1979 р. [1, 349].

Поняття “приватного життя” запозичене з англосаксонської системи? являє собою захист особистої сфери від усякого зовнішнього втручання, і розуміється як “право на особисте життя, право жити на максимально бажаній відстані від чужих очей” (Х. проти Ісландії). Це право також трактується, як таке, що “забезпечує індивідуальну сферу, в якій він може вільно займатися розвитком своєї особистості і самоутвердженням” (Брюггеманн і Шойттен проти Німеччини) [1, 351]. Отже органи державної влади повинні утримуватися від будь-якого фактичного вторгнення у приватне життя. Європейський суд визнає втручанням в особисте життя

- збирання відомостей майнового характеру для податкових служб;
- заходи з обшуку чи огляду помешкання та проникнення до житла [3, 132—133];
- обшук ув’язнених і камер;
- обшук автомобілів на стоянці;
- заходи таємного спостереження з боку органів влади (зокрема, прослуховування телефонних розмов (рішення у справі Класс проти Німеччини);
- медичне обстеження, а саме взяття

на аналіз крові чи сечі, аналіз ДНК (справа Міцці проти Мальти [3, 85], справа Яггі проти Швейцарії) [3, 128–129].

- виїмка або вилучення документів, зокрема особистих чи офіційних, наприклад, паспорта;
- збирання, збереження і розголошення іншим органам влади відомостей стосовно приватного життя (рішення у справі Леандер проти Швеції);
- заходи з розслідування кримінальних злочинів, встановлення поліцейного нагляду, збереження відбитків, фотографій і записів, які стосуються підозрюваних, щодо яких порушено або не порушено справу (рішення у справі Мюррей проти Сполученого Королівства);
- арешт і умови затримання, застосування сили — випадок, коли православному священника тягли за бороду [1, 359]. Втручання у приватне життя допустиме тільки за умови дотримання ч. 2 ст. 8 Конвенції, тобто за умови, що такі дії здійснюються згідно із законом і коли це необхідно в демократичному суспільстві в інтересах національної і громадської безпеки або економічного добробуту країни, з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або з метою захисту прав і свобод інших осіб.

Окремо слід сказати і про право на повагу до житла. Згідно судових рішень Європейського суду визнається, що і юридичні особи можуть посилатися на право на повагу до житла (центральний офіс, конторські та торговельні приміщення), наприклад — обшук у банку (справа “Банко де фінансас е інверсіонес” проти Іспанії; рішення у справі Товариство “Колас Ест” та інші проти Франції від 16 квітня 2002 р.). У всякому разі, можна констатувати, що європейська судова практика йде за двома основними напрямками: житло як місце проживання (1) і житло як місце роботи (2).

Конвенція допускає певну свободу розсуду для держави стосовно обмеження прав людини, у чітко визначених законом випадках.

Стаття ж 30 Конституції України встановлює додаткове сито: “Втручання допустиме, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо”. Отже, суди, надаючи дозволи на певне, тимчасове обмеження прав, відповідно до Конституції повинні з'ясувати? чи не є можливість одержати необхідну інформацію іншими способами, не пов'язаними з обмеженням прав людини. Правом одержання інформації за допомогою тимчасового обмеження прав людини в Україні користуються тільки ті підрозділи, які за законом можуть здійснювати оперативно-розшукову діяльність (ОРД).

Закон про оперативно-розшукову діяльність встановлює певні гарантії законності під час проведення оперативно-розшукових заходів. Так, у кожному випадку повинна заводитись оперативно-розшукова справа. Постанова про заведення такої справи підлягає затвердженню відповідним начальником органу внутрішніх справ або відповідним начальником оперативного підрозділу інших органів. На особу, яка підозрюється у підготовці або вчиненні злочину або ухиляється від кримінального покарання, безвісти зникла чи переховується від органів розслідування, ведеться тільки одна оперативно-розшукова справа. Без заведення такої справи проведення оперативно-розшукових заходів забороняється. При проведенні оперативно-розшукових заходів не допускається порушення прав і свобод людини та юридичних осіб. Окремі обмеження цих прав і свобод мають винятковий і тимчасовий характер і можуть застосовуватись лише за рішенням суду щодо особи, в діях якої є ознаки тяжкого або особливо тяжкого злочину, та у випадках, передбачених законодавством України, з метою захисту прав і свобод інших осіб, безпеки суспільства. При вирішенні питання про окремі тимчасові обмеження прав людини, суд повинен перевірити чи подання про застосування таких заходів відповідає встановленим у законі умовам, зокрема чи в діях особи є ознаки тяжкого або особливо тяжкого злочину.

Таким чином, Закон встановлює, що обмеження прав і свобод можуть встановлюватись лише за рішенням суду, ці обмеження можуть встановлюватись до певного кола

осіб. У порівнянні з Конституцією України у Законі “Про оперативно-розшукову діяльність” втрачено слово “**мотивоване**” стосовно рішення. Оскільки Конституція України є законом прямої дії і має вищу юридичну силу, то слід визнати, що будь-які тимчасові обмеження прав прав людини можуть допускатись тільки за наявності **мотивованого** рішення суду. Коли мова йде про рішення суду, то було б точнішим вказувати на те, що рішення суду повинно бути обґрунтованим, оскільки слова “мотив” і “обґрунтування” несуть дещо різне смислове навантаження. При застосуванні оперативно-розшукових заходів працівники оперативних підрозділів зобов'язані враховувати їх відповідність ступеню суспільної небезпеки злочинних посягань та загрози інтересам суспільства і держави. Отже, закон наголошує на дотриманні певного рівня співмірності між ступенем суспільної небезпеки злочинних посягань і застосуванням оперативно-розшуковим засобом. Передбачено також, що у випадках порушення прав і свобод людини або юридичних осіб у процесі оперативно-розшукової діяльності, якщо причетність до правопорушення відповідної особи не підтвердилась відповідні державні органи зобов'язані відшкодувати у повному розмірі моральні та матеріальні збитки. Одержані внаслідок оперативно-розшукової діяльності відомості, що стосуються особистого життя, честі, гідності людини, якщо вони не містять інформації про вчинення заборонених законом дій, зберігання не підлягають і повинні бути знищені. Для одержання інформації забороняється застосовувати технічні засоби, психотропні, хімічні та інші речовини, які пригнічують волю або завдають шкоду здоров'ю людей та навколишньому середовищу (ст. 9 Закону “Про оперативно-розшукову діяльність”).

Використання результатів ОРД для отримання доказів залишається ахіллесовою п'ятою нашого права. Є два підходи до цієї проблеми. Правозахисники категорично проти використання таких матеріалів, як здобутих з порушенням прав людини, і правова бездоганність або достовірність яких не може бути належно перевірена у суді. Заперечення є і щодо надто розширеного переліку органів,

яким дозволено вести оперативно-розшукову діяльність.

Натомість прокуратура та спецслужби нарікають на ускладнений і недостатньо врегульований у ст. 65 КПК порядок застосування одержаних у процесі ОРД матеріалів та обмеження можливостей оперативних працівників (ст. 8 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність”) і на необхідність одержання рішення суду, навіть у випадках витребування тільки копій документів, які необхідно перевірити.

Так, при перевірці заяви про посвідчення нотаріусом довіреності від імені особи, яка її не видавала, нотаріус відмовив у наданні для огляду ці документи на підставі ст. 8 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність” та ст. 8 Закону України “Про нотаріат”, вимагаючи рішення суду. Ст. 8 Закону України “Про оперативно-розшукову діяльність” (п. 4) дозволяє співробітникам підрозділів ознайомлюватись з документами і даними, що характеризують діяльність підприємств та організацій та виготовляти з них копії. Але ст. 8 Закону України “Про нотаріат” передбачає надання документів для ознайомлення тільки на письмову вимогу суду, прокуратури, органів дізнання і слідства про вчинені нотаріальні дії і тільки у зв'язку з кримінальними, цивільними або господарськими справами, що знаходяться у їх провадженні.

Щодо методів, за допомогою яких одержується інформація, то становить інтерес справа Кхан проти Сполученого королівства [2, 299]. Заявник Султан Кхан був засуджений за торгівлю наркотиками. Вирок ґрунтувався на доказі, який був незаконно отриманий за допомогою прихованого підслуховуючого пристрою, встановленого поліцією. Апеляційний суд відхилив скаргу на тій підставі, що хоча і мало місце незаконне втручання у його приватне життя, однак воно було обумовлено необхідністю доказування вчинення заявником тяжкого злочину. Європейський Суд, насамперед, встановив, що на момент прослуховування розмов заявника в Сполученому Королівстві не існувало законодавства, яке б врегульовувало питання використання прихованих підслуховуючих пристроїв. Рекомендації Міністерства внутрішніх справ, які

стосувались цих питань, не були нормативно обов'язковими. Крім того, офіційно вони не публікувалися, а отже громадськість не знала про їх існування. Суд дійшов до висновку, що втручання органів державної влади у здійснення заявником його права на приватне і сімейне життя не було передбачено національним законодавством Сполученого Королівства, як того вимагає ч. 2 ст. 8 Конвенції. Отже мало місце порушення ст. 8 Конвенції. Суд зауважив, що вирішення питань про прийнятність доказів, зокрема незаконно отриманих, або винність заявника лежать поза межами його компетенції. Більше того, Суд не може дійти висновку про беззаперечну неприйнятність доказів, отриманих незаконним шляхом. Суд відзначив, що прослуховування і запис розмов заявника не суперечили нормам національного законодавства, хоча і порушували положення ст. 8 Конвенції.

У цьому контексті для України ситуація є дещо іншою. Адже ст. 9 Конституції України встановлює, що міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою, є частиною національного законодавства України. За буквального розумінням цього положення, порушення Конвенції є водночас порушенням національного законодавства.

Перед правоохоронними органами поставлено вимогу про посилення боротьби з корупцією, ухиленням від сплати податків, зловживаннями у сфері господарської діяльності, попередження можливих акцій тероризму. Це потребує, на їх думку, значно більш дійових засобів ніж ті, що наявні у спецслужб і підрозділів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність. До таких слід віднести і право на негласне проникнення до житла, одержання доступу до каналів зв'язку, негласна перевірка листування тощо і використання одержаних матеріалів як доказів у кримінальній справі. І дійсно, держава повинна думати і піклуватись про суспільну безпеку і захист прав громадян.

У важливій для розуміння позицій Верховного Суду України статті колишній Голова Верховного Суду України В.Т. Маляренко висловлює думку, що “ігнорування (у тоталітарній державі. — Я.З.) прав людини на певну захищеність від держави стримувало

людей від намагання вчиняти злочини”. А відтак, — вважає В.Т. Маляренко, — “здійснювати контроль над злочинністю було значно простіше тому, що не було такого поняття, як права людини”. Це пояснюється тим, що у тоталітарній державі “гостро не стоять питання про допустимість доказів, про презумпцію невинуватості, незалежність суду, право особи не свідчити проти себе й своїх близьких та багато інших аналогічних питань” [5, 4]. Але в таких умовах можна говорити хіба що про псевдоправосуддя. Більше того, практика правосуддя у сучасній Україні засвідчує, що ми не виликувалися від цих хвороб, характерних для тоталітарної держави, а може і навпаки, ці “хвороби” посилюються. Суди у своїй практиці так і залишилися суб'єктами криміналістики, про незалежність суддів годі і говорити, а обвинувальний ухил та боязнь винести виправдувальний вирок стали причетою во язицех.

Одним із ключових положень статті В.Т. Маляренка є твердження, що “дотримання прав і свобод людини не може бути засобом, що підвищує ефективність боротьби зі злочинністю. Навпаки, це ускладнює таку боротьбу. Тому необхідно шукати баланс між двома цінностями — правами людини й ступенем контролю над злочинністю”. Так, колись це все було “героїчно” — голос громадської совісті, суворий вирок у стилі Е. Багрицького:

И подпись под приговором вилась,

Как кровь из простреленной головы.

Що ж заважає тепер відмовитись від минулого? Адже сьогодні говорити про баланс між правами людини і контролем над злочинністю, як вибір і альтернативу, мабуть, буде неточно. Права, свободи та законні інтереси людини превалюють над інтересами держави, бо це прямо вказано у ст. 3 Конституції України. Тому дотримання прав людини — єдино можливий у демократичній державі варіант дій. Тут немає альтернативи, немає балансу між двома цінностями — правами людини й ступенем контролю над злочинністю. Слід бачити різницю між обмеженням прав людини та порушенням її прав. Обмеження прав людини, визначене законом, — це та об'єктивна міра дозволеної свободи, без якої суспільство

не може існувати (як би ми це не називали — концепцією суспільного договору, теорією природного права тощо).

Отже, перед державою постала нагальна проблема знайти “золоту середину” між двома протилежними позиціями обвинувачення і захисту, — забезпечення гарантій прав людини і боротьби із злочинністю. У Салтикова-Щедрина чиновник мріяв про припинення утисків градоначальника законами. В Україні мрію чиновника зрозуміли надто буквально. Кабінет Міністрів України 26 вересня 2007 р. прийняв постанову № 1169, якою встановив порядок одержання у судах дозволу на негласне проникнення до житла, офісу, негласної перевірки листування та доступ до каналів зв’язку. Постанова прийнята відповідно до статті 1 Указу Президента від 7 листопада 2005 р. № 1556 “Про додержання прав людини під час проведення оперативно-технічних заходів”. Видаючи Указ, Президент зіслався на ст. 102 Конституції України. У ст. 102, зокрема, наголошується, що Президент України є гарантом прав і свобод людини і громадянина. Ні Конституцією, ні законами України не передбачено якісь спеціальні засоби для Президента для захисту прав і свобод людини і громадянина, наприклад, право на звернення в суд на захист громадянина або організації, право накладати вето на судові рішення, яким порушено права людини та зупинення його дії, тощо. За певних умов до таких засобів може бути віднесено право Президента на помилування. Отже, за відсутності якихось “спеціальних приводних ременів” для реалізації конституційних повноважень, Президент користується тільки своїм правом видавати укази та розпорядження. У адвокатському середовищі обговорювалось питання про можливість надання Президенту права на зупинення виконання того чи іншого рішення з одночасним зверненням до Верховного Суду про позачергову його перевірку. Вважаю, що така конструкція є неприйнятною і по суті допускала б нагляд за діяльністю судової системи з боку адміністрації Президента.

Тим не менше, можна дійти висновку, що Президент має право видавати Укази з метою забезпечення державного суверенітету, тери-

торіальної цілісності України, додержання Конституції України, а також для гарантування прав і свобод людини і громадянина. Саме у цьому контексті ст. 102 Конституції потребує пильної уваги і Конституційного Суду і наукової громадськості. У першу чергу тому, що вичленити або встановити якісь межі для застосування ст. 102 Конституції не просто, зважаючи на унікальний і надзвичайно важливий для держави характер цих повноважень Президента. При перевірці відповідності Указів Президента Конституції Конституційний суд мав би враховувати ст. 102 Конституції незалежно від того, чи робиться на неї посилання в Указі, чи такого посилання немає.

Це стосується і Указу Президента України “Про додержання прав людини під час проведення оперативно-технічних заходів”. В очі кидається неточність у назві Указу, бо по суті, мова йде про оперативно-розшукові, а не оперативно-технічні заходи. В Указі доручається забезпечити безумовне додержання конституційних вимог щодо застосування негласного проникнення до житла чи іншого володіння особи, зняття інформації з каналів зв’язку, контролю за листуванням, телефонними розмовами, телеграфною та іншою кореспонденцією, інших технічних засобів одержання інформації. Указом передбачено затвердити за погодженням із Верховним Судом України і Генеральною прокуратурою України єдину інструкцію про порядок отримання підрозділами, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, дозволів на проведення відповідних заходів та використання одержаних при цьому матеріалів. Конституційність такого доручення може бути поставлена під сумнів, оскільки за ст. 92 Конституції України питання судочинства встановлюються виключно законами України.

Але Кабінет Міністрів України затвердив не Інструкцію за погодженням із Верховним Судом України та Генеральною прокуратурою, а прийняв постанову “Про затвердження Порядку отримання дозволу суду на здійснення заходів, які тимчасово обмежують права людини, та використання добутої інформації”, якою встановив порядок одержання дозволів в судах та використання

одержаної документації. Зокрема, постанова передбачає, що дозвіл у режимі секретності надає голова апеляційного суду або уповноважений ним заступник голови апеляційного суду. Оскільки ст. 92 Конституції України передбачає, що виключно законами України визначаються права і свободи людини і гарантії цих прав і свобод, а також судоустрій та судочинство, то можна дійти висновку, що постановою Кабінету Міністрів не можна встановлювати обмеження громадянських прав та встановлювати судовий порядок розгляду подання про вчинення негласних дій щодо проникнення до житла, іншого володіння особи, а також зняття інформації з каналів зв'язку. Разом з тим п. 2 ст. 116 Конституції України визначено, що Кабінет Міністрів України вживає заходів щодо забезпечення прав людини і громадянина. Тому Постанова потребує аналізу її змісту з точки зору і того, чи в даному випадку має місце вжиття заходів до забезпечення прав людини, чи це є обмеженням її прав. Стосовно встановлення порядку одержання дозволів у суді, то є підстави вважати, що Кабінет Міністрів перевищив свої повноваження. Так, постанова встановлює, що одержання дозволу належить за підсудністю голові апеляційного суду або уповноваженому ним його заступнику. Водночас процесуальне законодавство не містить такого положення, і питання обмеження прав людини у зв'язку з обшуком та деякими іншими діями здійснюється судом першої інстанції.

Верховний Суд України у постанові “Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя” зазначив, що судам необхідно виходити з того, що нормативно-правові акти будь-якого державного чи іншого органу (акти Президента України, постанови Верховної Ради України, постанови і розпорядження Кабінету Міністрів України, інші акти) підлягають оцінці на відповідність як Конституції, так і закону. “Якщо при розгляді справи буде встановлено, що нормативно-правовий акт, який підлягав застосуванню, не відповідає чи суперечить законові, суд зобов'язаний застосувати закон, який регулює ці правовідносини”. Звідси можна дійти висновку, що голови апеляційних судів та

уповноважені ними заступники не повинні б приймати до розгляду подання про такі дозволи. Якщо ж судді вважають, що в даному випадку має місце невизначеність у питанні про те, чи відповідає Конституції України постанова № 1169, суддя повинен би зупинити розгляд справи і звернутись з мотивованою постановою до Верховного Суду України, який відповідно до ст. 150 Конституції може порушувати перед Конституційним Судом питання про відповідність Конституції законів та інших нормативно-правових актів.

Наведемо кілька прикладів з реальної практики. У кабінеті судді Г. був закладений аудіо-, відеозаписувальний пристрій, на якому протягом 6 місяців фіксувалося все, що відбувалося у кабінеті. Пізніше суддя була відсторонена від посади і на підставі одержаних матеріалів відеозапису було порушено кримінальну справу.

При проведенні оперативно-розшукової перевірки гр. Н., який проживав у квартирі, що належала його матері, необхідно було провести негласну перевірку житла. Справа ускладнювалась тим, що Н. скрився з поля зору оперативних працівників, а мати постійно проживала в іншій області. Спочатку матері хтось зателефонував і сповістив, що в квартиру, яка залишилась без догляду, проникли якісь невідомі особи. Стривожена мати приїхала до міста, оглянула свою квартиру і пішла до прокурора з скаргою. До прокурора не дісталася, але два молоді чоловіки заявили, що вони працюють у прокуратурі і забрали у неї скаргу, як потім з'ясувалося без реєстрації. Мати Н. повернулася у квартиру, але як тільки вона відкрила двері, ті ж два чоловіки, що прийняли від неї скаргу у прокуратурі, з постановою суду про обшук і з понятими одразу зайшли до квартири і дуже швидко знайшли пакет з якимись паперами і грошима, на чому обшук був закінчений. Гроші були перераховані, але без запису номерів, і опечатані. Опечатані були і папери. Мати Н. стверджує, що коли вона йшла до прокурора, то грошей не було у тому місці, де їх було знайдено, тобто у цей період мало місце негласне проникнення до житла. Оскільки дозвіл на негласне проникнення до житла здійснюється у режимі секретності, як передбачає

постанова Кабінету Міністрів, то можливості одержання постанови судді апеляційного суду для ознайомлення, фактично зведені до нуля. Не передбачено і право на оскарження такої постанови.

В окремих аналогічних ситуаціях у квартирах знаходились патрони або документи, які вказували на причетність до злочину. Як правило, підозрювані особи заперечували наявність таких речей у квартирі і стверджували, що їх підкинуто. У справі Г., підозрюваного в угоні автомобіля були знайдені в його квартирі ключі від машини, і тільки в судовому засіданні було з'ясовано, що ці ключі були передані власником автомашини працівникам міліції до їх знайдення у квартирі, тобто по суті було виявлено факт фальсифікації доказів. За наявності дозволу на негласне проникнення до житла, завжди виникає загроза фальсифікації доказів або ж обвинувачені будуть стверджувати про таку фальсифікацію. Адже при проведенні негласних заходів поняті не залучаються і підтвердити правомірність дій оперативних працівників немає кому, крім самих виконавців. Можливості перепроверки таких тверджень у суду є обмеженими, а сумніви можуть залишатися.

Існують проблеми і з правовим регулюванням обшуку і виїмки. Відповідно до ч. 5 ст. 177 КПК постанова суду не передбачає право особи на оскарження постанови про проведення обшуку. Водночас ця ж норма надає прокурору право подати апеляцію на постанову судді про відмову у проведенні обшуку. Порушення принципу змагальності сторін закріпленого ст. 161 КПК, є очевидним, особливо з огляду на рішення Європейського Суду у справі Каменцід проти Швейцарії (1997 р.), де зазначено, “що здійснення обшуку в помешканні заявника не було порушенням ст. 8 Конвенції, але водночас визнано факт відсутності у того ефективних засобів для оскарження на національному рівні цієї процесуальної дії” [6, 47].

Наведені приклади свідчать, що така делікатна сфера діяльності як негласне проникнення до житла, а також інші тимчасові обмеження прав людини потребують додаткового правового врегулювання на рівні закону шляхом внесення змін і доповнень до Закону Укра-

їни “Про оперативно-розшукову діяльність”, а також до Кримінально-процесуального кодексу України, а не за допомогою постанови Кабінету Міністрів. Є гостра потреба у законі, де було б визначено, що вважається недопустимим доказом, і який врегулював би порядок вилучення такого недопустимого доказу з судового процесу.

Конституція України встановлює, що обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. Відсутність чіткої позиції з цього питання у процесуальному законі, частково компенсує п. 19 постанови Пленуму Верховного Суду України № 9 від 1 листопада 1996 р. “Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя”. У постанові зазначено, що “докази повинні визнаватись такими, що одержані незаконним шляхом, наприклад тоді, коли їхнє збирання й закріплення здійснено або з порушенням гарантованих Конституцією прав людини й громадянина та встановленого кримінально-процесуальним законодавством порядку, або не уповноваженою на це особою чи органом, або за допомогою дій, не передбачених процесуальними нормами”.

Отже, докази, визнані судом недопустимими, підлягають виключенню з кримінального процесу. В такий спосіб забезпечується гарантований Конституцією захист особи від порушення її прав. Однак постанова Пленуму не містить вказівки на механізм виключення недопустимих доказів із процесу. Без такого механізму вказівки щодо недопустимості доказу залишаються тільки декларацією.

Юридичною наукою давно вироблені критерії допустимості та недопустимості доказів.

1. Доказ повинен бути отриманий належним суб'єктом, який наділений повноваженнями проводити процесуальну дію, у ході якої отриманий доказ.

2. Важливі для справи фактичні дані, повинні бути одержані з установлених законом джерел, які перераховані у ст. 65 КПК України.

3. Доказ повинен бути отриманий з дотриманням порядку проведення процесуальної дії.

4. При отриманні доказів повинні бути виконані вимоги закону щодо фіксації перебігу й результатів процесуальної дії.

Чому ж на практиці ці напрацьовані наукою критерії не спрацьовують? Посилання на “обвинувальний ухил” для пояснення ситуації недостатньо. Основна причина — відсутність у КПК чіткого механізму виключення зі справи недопустимих доказів та інших матеріалів. В результаті, якщо адвокат навіть заявить клопотання про виключення доказу у зв’язку з його недопустимістю, таке клопотання відхиляється або через відсутність спеціального механізму, або з інших міркувань.

Недопустимими є докази, одержані неналежним суб’єктом, унаслідок порушення закону про підслідність (ст. 112 КПК), підсудність (гл. 2 КПК), у результаті проведення слідчих дій без доручення слідчого (ч. 3 ст. 114 КПК), прокурора (п. 4 ч. 1 ст. 227 КПК), особою, яка підлягає відводу (ст. 56, 58, 60 КПК), слідчим, який не прийняв справу до свого провадження, без роз’яснення особам, які беруть участь у слідчій дії (ст. 53 КПК), або з уведенням їх в оману щодо характеру й обсягу останніх.

На жаль, навіть у практиці Верховного Суду України має місце недооцінка таких порушень. У справі Г. в суді апеляційної інстанції було встановлено, що всі протоколи допитів були підписані слідчим, який їх не проводив і на момент їх проведення не мав у своєму провадженні цієї справи. Замість того, щоб скасувати вирок та направити справу на додаткове розслідування Верховний Суд України тільки змінив рішення у справі, застосувавши ст. 75 КК та повідомив про порушення Генеральну прокуратуру України для проведення додаткової перевірки.

Якщо докази одержані із джерел, не зазначених у ч. 2 ст. 65 КПК, або в результаті проведення таких слідчих дій, які не передбачені КПК, а також у результаті показань, які ґрунтуються на чутках, думках, припущеннях або не вказаних джерелах інформації, то такі докази також є недопустимими.

Якщо при допиті давались відповіді на навідні запитання, то такі показання відносяться до недопустимих доказів.

Якщо були порушені процесуальні правила збирання, приєднання до кримінальної

справи доказів (ч. 1 ст. 79 КПК), або з порушенням порядку фіксування процесуальних дій (ст. 85, 85¹, 85² КПК) і заборон та обмежень, встановлених щодо окремих категорій громадян, які не можуть бути допитані як свідки (ст. 69 КПК), а також із порушенням процедури допиту неповнолітніх (ст. 168 КПК), — такі докази також відносяться до недопустимих.

Недопустимими є і докази, одержані у результаті проведення слідчої дії без дозволу суду (обшук житла), за відсутності передбачених законом (наприклад, ч. 6 ст. 177 КПК) виключних обставин, або процесуальної дії, без відповідного дозволу, (наприклад, одержання відомостей від банку, які становлять банківську таємницю (ст. 178 КПК). До недопустимих доказів слід віднести і такі, що одержані без відновлення досудового слідства у зупиненій кримінальній справі (ст. 210 КПК) або без продовження цього строку (ст. 120 КПК).

Слід також мати на увазі, що за українським законодавством до порушення кримінальної справи може проводитись тільки огляд місця події, зняття інформації з каналів зв’язку чи накладення арешту на кореспонденцію. Оскільки за ст. 31 Конституції винятки з таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції можуть бути встановлені тільки судом, то порушення конституційної норми в такому випадку також веде до недопустимості одержаного доказу. І цей перелік порушень не є вичерпним.

Окремої розмови заслуговують і питання допустимості доказів, переданих у порядку правової допомоги компетентними органами інших держав. Слід тільки зауважити, що оцінка поданих у порядку правової допомоги доказів здійснюється відповідно до правил і вимог КПК України. Недопустимими, зокрема, є докази, одержані з непередбачених КПК України джерел, із порушенням способів збирання доказів тощо, якщо це суперечить принципам українського законодавства. Не можуть бути визнані допустимими докази, одержані за допомогою поліграфа, що практикується в США. Тому у міжнародних договорах про правову допомогу використовують формулювання: “Ніщо в цій статті не може

бути витлумачено як зобов'язання сторін у цій Конвенції застосовувати у кримінальних справах будь-яку форму чи будь-який метод доказування, що не сумісні з їхніми власними законами”.

“За змістом договорів у кримінальному процесі допустимі такі отримані з-за кордону докази, які є допустимими відповідно до закону держав, із якими укладено договори про надання правової допомоги. І навпаки, недопустимі такі докази, які є недопустимими з точки зору національного закону запитуючої сторони. Допустимість доказів, переданих компетентними іноземними установами, перш за все означає визнання їхньої придатності для доказування у кримінальних справах згідно з КПК України”, — зауважує А. Маланюк [4, 517].

Отже, для вирішення питання про усунення із судового процесу недопустимих доказів, а також матеріалів, які не стосуються справи, доцільно доповнити КПК статтями, які б визначали механізм усунення з процесу таких матеріалів. Ось один із можливих варіантів:

Стаття 67¹. Недопустимість доказів
Докази, одержані з порушенням вимог цього Кодексу, є недопустимими. Недопустимі докази не мають юридичної сили і не можуть бути покладені в основу обвинувачення, а також використовуватися для доведення будь-якої з обставин, передбачених у статті 64 цього Кодексу. Недопустимі докази підлягають усуненню із судового процесу. Про визнання доказу недопустимим суд постановляє ухвалу (постанову).

До недопустимих доказів відносяться:

1) показання підозрюваного, обвинуваченого, дані в ході досудового слідства в кримінальній справі за відсутності захисника, включаючи випадки відмови від захисника, і не підтверджені підозрюваним, обвинуваченим у суді, або одержані за допомогою навідних запитань;

2) показання потерпілого, свідка, які ґрунтуються на догадках, припущеннях, чутках, а також показання свідка, який не може вказати джерело своєї поінформованості, або одержані за допомогою навідних запитань;

3) інші докази, одержані з порушенням вимог цього Кодексу.

Стаття 67². Усунення (виключення) із судового слідства недопустимих доказів та інших матеріалів, які не стосуються справи

Суд, прокурор, слідчий, орган дізнання із власної ініціативи або за клопотанням підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, захисника усуває недопустимі докази, а також інші матеріали, які не стосуються кримінальної справи і не підлягають перевірці в судовому процесі. Спори про належність матеріалів та їхнє повернення вирішуються у цивільному порядку.

Про усунення із процесу недопустимих доказів, а також інших матеріалів, які не стосуються кримінальної справи і не підлягають перевірці у судовому процесі, прокурор, слідчий, орган дізнання приймає постанову, а суд ухвалу (постанову). Ухвала (постанова) суду може бути оскаржена в судовому порядку.

Список літератури:

1. Європейська конвенція з прав людини: Основні положення, практика застосування. Український контекст / За ред. О.Л. Жуковської. — К.: ВПЮЛ, 2004.
2. Європейський суд з прав людини. Матеріали практики за 2002-2003 рр. // Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина. — К.: Фенікс, 2004. — Вип. 4.
3. Європейський суд з прав людини. Матеріали практики за 2005-2006 рр. // Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина. — К.: Фенікс, 2007. — Вип. 7.
4. Маланюк А. Допустимість доказів, переданих органами іноземної держави, у кримінальному процесі України // Проблеми державотворення й захисту прав людини в Україні. — Львів, 2003.

5. *Маляренко В.Т.* Про публічність і диспозитивність у кримінальному судочинстві України та їх значення // Вісник Верховного Суду України. — 2004. — № 7.

6. *Філатов В.М., Солоткий С.А.* Застосування норм міжнародних договорів і рішень Європейського Суду з прав людини у кримінальному судочинстві // Вісник Верховного Суду України. — 2004. — № 7.

РЕЗЮМЕ

В статье рассматриваются вопросы получения разрешений на временное ограничение прав человека и гражданина для подразделений ОРД, приводятся примеры из практики Европейского Суда по правам человека, предложены проекты статей для Уголовно-процессуального кодекса Украины. Указано на недостатки правового регулирования вопросов временного ограничения прав человека.

SUMMARY

The most important questions of permission as for temporary limitation of human rights for OPD departments are considered in this article. Some examples of European Court's practice are giving.

*Рекомендовано кафедрою
адвокатської майстерності*

Подано 20.11.07