



С.Р. Тарієв,
голова Апеляційного суду
Чернігівської області,
кандидат юридичних наук,
заслужений юрист України

Деякі проблемні питання проведення негласних слідчих (розшукових) дій

Правова норма, закріплена в ч. 1 ст. 63 Конституції України, наділяє кожну особу — суб'єкта кримінальної процесуальної діяльності можливістю не давати органам і особам, що ведуть кримінальне провадження, показання та пояснення, які б викривали цю допитувану (опитувану) особу, членів її сім'ї або її близьких родичів у вчиненні будь-якого карного діяння. Аналогічне право також закріплене в ст. 18 Кримінального процесуального кодексу України (далі — КПК). У свою чергу гл. 21 КПК передбачає проведення негласних слідчих (розшукових) дій (далі — НСРД), які можуть бути як способом збирання доказів (ст. 93 КПК), так і засобом перевірки вже отриманих доказів (статті 223, 246 КПК). Слід зазначити, що збирання доказів шляхом проведення слідчих (розшукових) дій (далі — СРД) та НСРД суттєво різняться, оскільки факти та методи проведення останніх не підлягають розголошенню, за винятком випадків, передбачених КПК (ч. 1 ст. 246).

Кожній особі гарантується право на повагу до своєї гідності з боку органів державної влади. Постійне підвищення стандартів у сфері захисту прав людини є невідворотним і потребує більшої рішучості в оцінці порушень фундаментальних цінностей демократичного суспільства

Summary

The article covers the problems arising when evidence during covert investigative (detective) actions are obtained and are qualified in the trial on the basis of the constitutional right to avoid self-incrimination and not to testify against close relatives and family members, and considering the court practice of the European Court of Human Rights and the other states courts

Отже, при проведенні НСРД учасник кримінального провадження позбавлений конституційного права і, сам того не усвідомлюючи, може довільно надати інформацію як про себе, так і членів сім'ї та близьких родичів, яку, ймовірно, він не надав би за інших обставин. Така колізія дає підставу розглядати отриману в результаті НСРД інформацію у контексті допустимості доказів.

Метою статті є висвітлення проблем та правових прогалин під час отримання доказів у ході НСРД, їх оцінки при судовому розгляді з урахуванням конституційного права особи на свободу від самовикриття, викриття членів сім'ї чи близьких родичів, практики Європейського суду з прав людини (далі — ЄСПЛ) та судів інших держав.

Дослідженню різних аспектів права особи на свободу від самовикриття, викриття членів її сім'ї чи близьких родичів, а також негласних слідчих дій присвятили свої наукові праці такі вітчизняні та зарубіжні

вчені-юристи: В.Ф. Бойко, Р.В. Бараннік, С.Г. Волкотруб, Ю.М. Грошевий, Є.Г. Коваленко, В.Т. Маляренко, Т.М. Мірошніченко, М.М. Міхеєнко, А.В. Молдован, В.В. Назарова, В.Т. Нор, Г.М. Омеляненко, М.А. Погорецький, С. Поморські, Б.Г. Розовський, Д.Б. Сергеева, Є.Д. Скулиш, В.П. Тихий, Ю.В. Хоматова, В.П. Шибіко, В.І. Чорнобук, Т.І. Фулей та ін.

Одним із завдань сучасної української державності та політичної влади є забезпечення високого ступеня захисту прав і свобод особи, створення надійних механізмів стримувань і противаг, додаткової системи гарантій обґрунтованості та доцільності обмеження конституційних прав і свобод особи

Кожній особі гарантується право на повагу до своєї гідності з боку органів державної влади. Постійне підвищення стандартів у сфері захисту прав людини є невідворотним і потребує більшої рішучості в оцінці порушень фундаментальних цінностей демократичного суспільства.

Виходячи з викладеного та орієнтуючись на конституційний принцип верховенства права, правозастосовну та інтерпретаційну практику ЄСПЛ, зазначимо, що реформування сфери кримінального судочинства має бути спрямоване на реальний захист прав та свобод особи, їх утвердження і забезпечення. Норми КПК слід тлумачити та «зв'язати із системою координат»¹ Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція) та практики ЄСПЛ.

Незважаючи на те що через зростання рівня організованої злочинності держава повинна вживати адекватні заходи, право на справедливий судовий розгляд, з якого випливає вимога належного відправлення правосуддя, поширюється на всі види кримінальних правопорушень — від малозначних до найтяжчих. Право на справедливе відправлення правосуддя має настільки важливе значення в демократичному суспільстві, що ним не можна нехтувати з міркувань доцільності (див. рішення ЄСПЛ від 17 січня 1970 р. у справі «Делькур проти Бельгії», п. 25).

У зв'язку із цим одним із завдань сучасної української державності та політичної влади є забезпечення високого ступеня захисту прав і свобод особи, створення надійних механізмів

стримувань і противаг, додаткової системи гарантій обґрунтованості та доцільності обмеження конституційних прав і свобод особи.

Право особи, яке досліджується в цій статті, має давню історію. Підтвердження його існування можна знайти ще в стародавніх пам'ятках права. Дослідники припускають, що такі відносини регулювалися звичаєвим правом, що виходило з принципу «брат не повинен доносити на брата, а син на батька»². У часи Стародавньої Греції було заборонено давати показання близьким родичам сторін, а в середньовічній Англії дружина не викликала як свідок обвинувачення³. Єдиним винятком була ситуація, коли розглядалася справа про державну зраду чи інший тяжкий злочин. У такому випадку дружина зобов'язана була дати показання⁴.

Особливо активно цей інститут почав розвиватися та застосовуватися в XVII—XIX ст. Фундаментальну основу його було закладено в законодавстві США (Біль про права 1791 р.), а потім і в інших державах.

З проголошенням незалежності України було законодавчо закріплено імунітет свідка, а з прийняттям Конституції було визначено норму, яка закріплювала свободу особи від самовикриття, викриття членів її сім'ї чи близьких родичів на конституційному рівні (ч. 1 ст. 63)

На території України інститут свободи особи від самовикриття, викриття членів сім'ї чи близьких родичів був відомий з першої половини XVIII ст. Подальший розвиток цього інституту був пов'язаний з проведенням судової реформи в Росії в середині XIX ст. Так, у Статуті кримінального судочинства 1864 р. правом відмови від давання показань могли користуватися чоловік, дружина обвинуваченого (підсудного), його родичі по прямій лінії (висхідній і низхідній), рідні брати, сестри⁵.

Після жовтневого перевороту (1917 р.) свобода особи від самовикриття, викриття членів її сім'ї чи близьких родичів була обмежена, часто навіть ігнорувалася.

² Конституція України: офіц. текст; коментар законодавства України про права та свободи людини і громадянина: навч. посіб. / [авт.-уклад. М.І. Хавронюк]. — 2-е вид., переробл. і допов. — К., 2003. — С. 265.

³ Див.: Курс советского уголовно-процессуального права: Очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. Т. 1 / М.А. Чельцов-Бебутов. — М., 1957. — С. 100.

⁴ Див.: Там само. — С. 438.

⁵ Див.: Доманська В.О., Тимошенко П.Ю. Свідоцький імунітет у контексті співвідношення правових норм, що регулюють кримінально-процесуальні та шлюбно-сімейні відносини // Науковий вісник Київського національного університету внутрішніх справ: наук.-теорет. журн. — К., 2007. — № 5. — С. 79.

¹ Фулей Т. Свобода від самовикриття як засада кримінального провадження // Слово Національної школи суддів України. — 2013. — №2(3). — С. 107.

У кримінально-процесуальних кодексах УРСР 1922, 1927, 1960 років ця норма не була відображена⁶, що породжувало на практиці велику моральну проблему. Родичі підозрюваних, обвинувачених, підсудних, які залучалися до участі у справі як свідки, поставали перед складним моральним вибором: або відмовитись давати показання, що викривають їх родичів, і нести за це кримінальну відповідальність, або ж дати такі показання всупереч моральним нормам взаємовідносин між близькими родичами.

Є два різні за характером права особи: право не давати викривальних свідчень проти себе (частини 1, 2 ст. 18 КПК) та право не давати показань проти своїх близьких родичів (ч. 3 ст. 18) — іншими словами, права бути звільненим від обов'язку свідчити

З проголошенням незалежності України було законодавчо закріплено імунітет свідка, а з прийняттям Конституції було визначено норму, яка закріплювала свободу особи від самовикриття, викриття членів її сім'ї чи близьких родичів на конституційному рівні (ч. 1 ст. 63).

Розглядаючи це право особи, дослідники виділяють різні аспекти його розуміння: філософський, етичний, психологічний, правовий тощо⁷.

Уперше в процесуальному законодавстві це право було повністю відображене в ст. 18 КПК:

– жодна особа не може бути примушена визнати свою винуватість у вчиненні кримінального правопорушення або примушена давати пояснення, показання, які можуть стати підставою для підозри, обвинувачення у вчиненні нею кримінального правопорушення (ч. 1);

– кожна особа має право не говорити нічого з приводу підозри чи обвинувачення проти неї, у будь-який момент відмовитися відповідати на запитання, а також бути негайно повідомленою про ці права (ч. 2);

– жодна особа не може бути примушена давати пояснення, показання, які можуть стати підставою для підозри, обвинувачення у вчиненні її близькими родичами чи членами її сім'ї кримінального правопорушення (ч. 3).

Отже, є два різні за характером права особи: право не давати викривальних свідчень проти себе (частини 1, 2 ст. 18 КПК) та право не давати показань проти своїх близьких родичів (ч. 3

ст. 18) — іншими словами, права бути звільненим від обов'язку свідчити.

Цікавим є англійське за походженням правило привілею проти самозвинувачення, яке вважається одним з основних принципів кримінальної процедури⁸. Його можна сформулювати так: ніхто не зобов'язаний свідчити проти себе. Походження цього правила пояснюється такими причинами: обвинувачений (підозрюваний, підсудний) має двоїсте становище в процесі — одночасно є стороною і джерелом доказової інформації. Якщо розшуковий процес розглядає його лише як останне (об'єкт дослідження, з якого необхідно витягти достовірні відомості навіть за допомогою катування), то змагальний — визнає в обвинуваченому суб'єкт спору, від якого залежить результат справи. Отже, давання показань постає не як його обов'язок, а як право, яке йому попередньо роз'яснюється. При цьому обвинувачений виступає і як сторона (коли він надає пояснення — версію захисту), і як джерело доказів (коли він дає показання з предмета доказування).

Як відомо, Конституція США містить цілий ряд поправок, перші десять з яких — Білль про права — ратифіковані 15 грудня 1791 р. Конституційне положення, яке нас цікавить, міститься у п'ятій поправці: «... жодна особа ... не повинна спонукатися в якій-небудь кримінальній справі свідчити проти себе ...»⁹. Це положення, яке в правовій літературі називається «привілеї проти самозвинувачення»¹⁰, дуже широке за обсягом і стосується будь-кого із суб'єктів кримінально-процесуальної діяльності (обвинуваченого, свідка, потерпілого тощо). Згаданий привілей від самозвинувачення в США існує і нині, але в дещо зміненій формі.

Відоме правило Міранди (див. рішення Верховного суду США від 13 червня 1966 р. у справі «Міранда проти штату Аризона») встановило належну правову процедуру отримання визнання. До будь-якого допиту особа повинна бути попереджена зрозумілими і недвозначними термінами про те, що вона має право зберігати мовчання¹¹.

Заява підозрюваного, одержана без дотримання правила Міранди, може бути використана

⁸ Див.: Николайчук В. М. Уголовный процесс США. — М., 1981. — С. 23.

⁹ Білль о правах. Статьи в дополнение и изменение Конституции Соединенных Штатов, предложенные Конгрессом и ратифицированные отдельными штатами в соответствии с пятой статьей Конституции // Международные акты о правах человека: сборник документов. — М., 2000. — С. 24.

¹⁰ Николайчук В. М. Знач. праця. — С. 18—20.

¹¹ Див.: Брайсон У. К. Американская судебная система // Верховенство права: сборник; пер. с англ. — М., 1992. — С. 170.

в суді лише в разі виправдувального вироку. У такий спосіб нейтралізується примусовість з боку поліції. За допомогою надання процесуальних переваг фактично нерівні сторони обвинувачення і захисту зрівнюються у правах.

Загалом важливо підкреслити не випадкове походження правила про виключення доказів саме в англосаксонському процесі. Його значення зумовлюється тим, що визнання доказів недопустимими утримує поліцію від несанкціонованих дій.

Так, в американських судах відзначають дві обставини: по-перше, розуміння нікчемності доказів як процесуальної санкції для сторони, яка порушила правила гри; по-друге, відмова від прагнення до об'єктивної істини як мети процесу¹².

Держава може встановлювати законом лише такі обмеження прав і свобод людини, які сумісні з природою цих прав, не зазіхають на їх основний зміст, сутність і мають на меті сприяння загальному добробуту в суспільстві. До того ж, чим «важливішим» є право, тим більш ґрунтовними мають бути підстави для його обмеження. Для права особи на свободу від самовикриття, викриття членів сім'ї чи близьких родичів такі обмеження неприпустимі

Вони пояснюють і можливість виключення з розгляду навіть тих даних, які не викликають сумнівів у своїй достовірності, і необхідність обмеженого застосування цього правила. Інакше санкція нікчемності буде застосовуватися не до сторони, а до правосуддя. Цим пояснюється наявність цілої низки винятків до цього правила. Слід також враховувати, що серед американських юристів правило про виключення є предметом гострої дискусії¹³.

Варто зазначити, що практика ЄСПЛ вказує щонайменше на три типи ситуацій порушення свободи обвинуваченої особи не свідчити проти себе:

1) коли обов'язок свідчити передбачається законом під загрозою застосування санкції (прикладом є справа «Саундерс проти Сполученого Королівства») або на особу покладається обов'язок доведення власної невинуватості — за «зворотного» тягаря доведення;

2) коли до особи застосовується примус, тиск, який може бути як фізичним (справа «Яллох проти Німеччини»), так і психологічним (справа «Гефген проти Німеччини»);

3) коли до особи застосовується примус обманним шляхом з використанням прихованих технік розслідувань (справа «Аллен проти Сполученого Королівства») ¹⁴.

Основоположним у контексті проблематики цієї статті є питання про визначення кола членів сім'ї та близьких родичів. У Рішенні Конституційного Суду України від 3 червня 1999 р. № 5-рп/99 (справа про офіційне тлумачення терміна «член сім'ї») подано таке офіційне тлумачення цих понять: «Під членом сім'ї ... треба розуміти особу, що перебуває із суб'єктом права у правовідносинах, природа яких визначається: кровними (родинними) зв'язками або шлюбними відносинами; постійним проживанням ..., веденням з ним спільного господарства.

До кола членів сім'ї ... належать його (її) дружина (чоловік), їх діти і батьки. Діти є членами сім'ї незалежно від того, чи є це діти будь-кого з подружжя, спільні або усиновлені, народжені у шлюбі або позашлюбні. Членами сім'ї ... можуть бути визнані й інші особи за умов постійного проживання разом із суб'єктом права ..., веденням з ним спільного господарства, тобто не лише його (її) близькі родичі (рідні брати, сестри, онуки, дід, баба), але й інші родичі або особи, які не перебувають ... у безпосередніх родинних зв'язках (неповнорідні брати, сестри; зять, невістка; вітчим, мачуха; опікуни, піклувальники, пасинки, падчерки та інші)».

Із цим Рішенням повністю узгоджується ч. 1 ст. 3 КПК. На нашу думку, з напрацюванням судової практики поняття «спільно проживають» у цій нормі слід коментувати більш широко, з урахуванням інтересів інвертованих (лат. *inversion* — перетворення) осіб, які проживають разом (гомосексуалістів, трансвеститів). За певних обставин варто також брати до уваги й інтереси членів релігійних громад.

Забезпечення інтересів людини вимагає якомога ширшого захисту її прав. Але водночас слід урахувувати й інтереси суспільства. Держава може встановлювати законом лише такі обмеження прав і свобод людини, які сумісні з природою цих прав, не зазіхають на їх основний зміст, сутність і мають на меті сприяння загальному добробуту в суспільстві. До того ж, чим «важливішим» є право, тим більш ґрунтовними мають бути підстави для його

¹² Див.: Поморски С. Американские суды и следствие по уголовным делам: 4-я поправка к Конституции США (правило об исключении) // Государство и право. — 1990. — № 10. — С. 110.

¹³ Див.: Брайсон У.К. Знач. праця. — С. 170.

¹⁴ Див.: Фулей Т. Знач. праця. — С. 109.

обмеження¹⁵. Для права особи на свободу від самовикриття, викриття членів сім'ї чи близьких родичів такі обмеження неприпустимі.

Вживаючи у своїй правозастосовній діяльності заходи негласного контролю під час розкриття та розслідування тяжких і особливо тяжких кримінальних правопорушень, органи правопорядку мають розуміти, що вони в цій сфері не наділені необмеженими повноваженнями.

НСРД — це дії, спрямовані на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні, відомості про факт та методи проведення яких не підлягають розголошенню. Негласність проведення таких дій виражається в тому, що вони здійснюються приховано від усіх осіб, а отримана інформація зберігається з обмеженим доступом до певного часу

Не тільки закон, але й правозастосовна діяльність цих органів і практика судів повинні давати членам суспільства адекватне уявлення про обставини та умови, за яких можна таємно і потенційно небезпечно втручатися у право на повагу до особистого життя. Звичайно, такі таємні процедури, як НСРД, не завжди передбачають точну правову регламентацію. Але ступінь точності, яка вимагається від закону, у зв'язку із цим залежить від конкретного об'єкта.

Як зазначається у п. 78 рішення ЄСПЛ від 10 березня 2009 р. у справі «*Биков проти Російської Федерації*», закон повинен з достатньою ясністю вказувати на обсяг такої дискреції, що передається компетентним органам, і спосіб її використання, щоб забезпечити особі належний захист від свавільного втручання (рішення від 24 квітня 1990 р. у справі «*Ювіг проти Франції*»; від 16 лютого 2000 р. у справі «*Аманн проти Швейцарії*»; від 30 липня 1998 р. у справі «*Валенсуела Контрерас проти Іспанії*»).

Однак ч. 1 ст. 246 КПК не дає чіткого визначення поняття НСРД, а лише зазначає, що вони є різновидом СРД, відомості про факт та методи проведення яких не підлягають розголошенню. А згідно із ч. 1 ст. 223 КПК СРД є діями, спрямованими на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні. Впливає, що НСРД — це дії, спрямовані на отримання (збирання) доказів або перевірку вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні, відомості про факт та методи проведення

яких не підлягають розголошенню. Негласність проведення таких дій виражається в тому, що вони здійснюються приховано від усіх осіб, а отримана інформація зберігається з обмеженим доступом до певного часу.

У ч. 2 ст. 246 КПК закріплено, що НСРД проводяться у випадках, якщо відомості про злочин та особу, яка його вчинила, неможливо отримати в інший спосіб. Отже, проведення НСРД допускається лише за умови, що отримання

інформації гласним шляхом, через проведення інших СРД не забезпечує вирішення завдань кримінального провадження.

Для проведення НСРД необхідні підстави підозрювати особу у вчиненні злочину (п. 5 ч. 2 ст. 248 КПК), при цьому такі дії про-

водяться у кримінальному провадженні виключно щодо тяжких або особливо тяжких злочинів. З логічного боку поняття «підозрювати» в зазначеній нормі має бути ідентичне статусу особи, якій повідомили про підозру або яку затримали за підозрою у вчиненні кримінального правопорушення (ч. 1 ст. 42 КПК). Але фактично п. 5 ч. 2 ст. 248 КПК надає можливість слідчому або прокурору за наявності певної інформації ініціювати проведення НСРД щодо будь-якої особи, яка потрапить у поле зору в ході кримінального провадження. Отже, законодавчо слід точно відобразити поняття «підозрювати» або напрацювати чітку судову практику.

Аналізуючи норми КПК 1960 р., зауважимо, що накладення арешту на кореспонденцію та зняття інформації з каналів зв'язку, передбачене ст. 187 цього Кодексу як різновид НСРД, можна було провести лише щодо обвинуваченого або підозрюваного.

Протоколи щодо проведення НСРД можуть використовуватися в доказуванні на тих самих підставах, що й результати проведення інших СРД під час досудового розслідування (ч. 1 ст. 256 КПК). Колізія полягає в тому, що способи та методи отримання доказів при НСРД і СРД різняться.

У своїх рішеннях ЄСПЛ неодноразово зазначав, що допустимість доказів є прерогативою національного права і, за загальним правилом, саме національні суди повноважні оцінювати надані їм докази (див. рішення від 9 червня 1998 р. у справі «*Тейшейра де Кастро проти Португалії*», п. 34; від 19 лютого 2009 р. у справі «*Шабельник проти України*», п. 54), а порядок збирання доказів, передбачений національним

¹⁵ Див.: Панов М. І., Тихий В. П. Безпека людини як загальний принцип сучасного права // Права людини і правова держава (до 50-ї річниці Загальної декларації прав людини): тези доп. та наук. повідомлень, 10-11 грудня 1998 р. / за ред. проф. М. Ланова. — Х., 1998. — С. 141—145.

правом, має відповідати основним правам, визнаним Конвенцією.

У зв'язку із цим докази не відповідають вимогам допустимості, якщо вони одержані з порушеннями, пов'язаними з незаконним обмеженням основоположних прав і свобод людини, закріплених як у Конституції (Рішення Конституційного Суду України від 20 жовтня 2011 р. № 12-рп/2011 у справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 62 Конституції України), так і в рішеннях ЄСПЛ. Використання в ході судового розгляду доказів, отриманих з порушенням ст. 8 Конвенції, зумовило б особливо ретельну перевірку ЄСПЛ справедливості провадження у справі. Як уже неодноразово підкреслювалось, Конвенцію слід розуміти як єдине ціле (див. рішення від 6 вересня 1978 р. у справі «Класс та інші проти Німеччини», п. 68).

При судовому розгляді конкретної справи, де виконувались спеціальні завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 272 КПК), аудіо- та відеоконтроль особи в місцях для утримання осіб, права яких обмежені (ст. 260 КПК), слід піддавати аналізу обставини проведення НСРД, оскільки законодавець на початкових стадіях проведення таких дій не передбачив належного судового контролю

Обвинувальний вирок суду може ґрунтуватися лише на допустимих доказах, тому зі сфери судочинства виключаються всі дані, отримані з порушенням «належної правової процедури» (*Due process of Law*)¹⁶.

Це положення нормативно закріплене, зокрема, IV, V, VI і XIV поправками до Конституції США. Згідно з принципом «плоди отруєного дерева» усі наступні відомості, отримані на основі недопустимого доказу, виключаються з розгляду. Наприклад, якщо обшук був проведений незаконно, то вилучені предмети, їх огляд, експертне дослідження, а також інші засновані на цих даних дії визнаються такими, що не мають юридичного значення. Хоча деякі автори вважають, що результати отриманого з порушеннями доказу в окремих випадках можуть бути використані, але не проти тієї особи, у якої, наприклад, був проведений обшук, а проти іншого обвинуваченого або в перехресному допиті¹⁷.

При судовому розгляді конкретної справи, де виконувались спеціальні завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 272 КПК), аудіо- та відеоконтроль особи в місцях для утримання осіб, права яких обмежені (ст. 260 КПК), слід піддавати аналізу обставини проведення НСРД, оскільки законодавець на початкових стадіях проведення таких дій не передбачив належного судового контролю. Під час його здійснення використовуються також можливості особи, яка виконує спеціальне завдання або співпрацює з органами досудового розслідування (ч. 1 ст. 272 КПК), тобто анонімні джерела.

На стадії досудового слідства ЄСПЛ допускає можливість використання таких джерел лише в тих випадках, коли цього вимагає характер розслідуваного злочину. Однак подальше використання їх судом першої інстанції для засудження особи в кримінальному порядку допускається лише за наявності адекватних і достатніх гарантій проти зловживань, зокрема за умови чіткого та передбачуваного порядку санкціонування, здійснення відповідних оперативно-слідчих заходів і контролю над ними (див. рішення від 26 жовтня 2006 р. у справі «Худобін проти Росії»; згадане рішення «Класс та інші проти Німеччини»).

Під час судового аналізу таких НСРД необхідно враховувати певні обставини.

По-перше, чи повідомлено особу про підозру (ст. 276 КПК) або чи існували обставини, які давали підстави підозрювати особу у вчиненні злочину (п. 5 ч. 2 ст. 248 КПК) до початку НСРД.

По-друге, перебуває особа під контролем (тобто чи обрано запобіжний захід) чи не перебуває (якщо особа не взята під варту, то вона не перебуває під контролем держави, а отже, немає потреби в її захисті від переважної сили держави. Після взяття під варту ситуація суттєво змінюється: держава приймає контроль і відповідальність за забезпечення поваги прав ув'язненого).

По-третє, який статус має інформатор і які його взаємовідносини з підозрюваним, обвинуваченим.

Якщо інформатор, який, імовірно, прагне порушити право обвинуваченого зберігати мовчання, не був державним агентом, слід піддати аналізу як відносини між інформатором та державою, так і відносини між інформатором і

¹⁶ Див.: Калиновский К. Б. Законность и типы уголовного процесса: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. — СПб., 1999. — С. 112.

¹⁷ Див.: Брайсон У. К. Знач. праця. — С. 170—171.

обвинуваченим: право зберігати мовчання буде порушене тільки в тому випадку, якщо інформатор діяв як державний агент у момент, коли обвинувачений робив свою заяву, і якщо інформатор спонукав обвинуваченого зробити заяву. Інформатор може вважатися державним агентом залежно від того, чи відбувся обмін певною інформацією між обвинуваченим та інформатором без втручання влади, а також від того, в якій формі і яким способом це відбулось. Зазначений доказ буде вважатися випитаним інформатором залежно від того, чи була розмова між ним та обвинуваченим функціональним еквівалентом допиту, а також від характеру відносин між інформатором та обвинуваченим (див. згадане рішення у справі «Биков проти Російської Федерації»).

Наприклад, у справах «Раманаускас проти Литви», «Биков проти Російської Федерації» заявники були заведені в пастку особою, контролюваною на дистанції владою, яка використовувала приватну особу як агента, забезпеченого легендою. Отримана в такий спосіб інформація була добута за допомогою пастки проти волі заявника. Секретна операція підірвала добровільний характер розкриття інформації настільки, що право не давати свідчення, зокрема самозвинувачувальні свідчення, було позбавлене будь-якого сенсу.

Якщо при проведенні деяких видів НСРД (спостереження за особою, місцем, аудіо- та відеоконтроль місця, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж і т.д.) фіксуються в основному дії конкретних осіб дистанційно, а роль співробітників оперативних служб, які виконують ухвалу слідчого судді за дорученням слідчого або прокурора, обмежується лише застосуванням оперативної техніки, то ризик зловживань мінімальний.

Якщо ж проводяться такі НСРД, як аудіо- та відеоконтроль особи в місцях для утримання осіб, права яких обмежені (ст. 260 КПК), контроль за вчиненням злочину (ст. 271 КПК), виконання спеціального завдання з розкриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації (ст. 272 КПК), використання конфіденційного співробітництва (ст. 275 КПК), де спецслужби діють активно, застосовуючи різні «хитрощі», «прийоми», «очікуваний улов», найчастіше контактуючи і контролюючи не тільки хід НСРД, але й дії підконтрольної особи, керуючись принципом доцільності, то ризик зловживань набагато вищий.

Разом з тим правознавці-практики відстоюють доцільність зазначених дій у боротьбі з такими вадами людства, як тероризм, торгівля людьми, незаконний обіг наркотиків тощо.

У контексті ст. 8 Конвенції потрібно шукати рівновагу між здійсненням прав особи, які гарантуються їй п. 1 цієї статті, і необхідністю, визначеною п. 2, вводити таємне спостереження для захисту демократичного суспільства загалом

Це можна проілюструвати прикладом зі згаданого рішення у справі «Биков проти Російської Федерації». Верховний суд Канади розрізняє «брудні прийоми» (які суспільство вважає обурливими) і прості хитрощі, доходючи висновку: «Поведінку [влади], яка обурює суспільство, слід швидко викорінювати. Якщо поліцейський прикидається тюремним священиком і вислуховує зізнання підозрюваного, — це поведінка, яка обурює суспільство; такий же висновок можна зробити, якщо поліцейський прикидається адвокатом за призначенням, випитуючи свідчення в підозрюваних та обвинувачуваних; упорскування пентоталу (наркозного неінгаляційного засобу — прим. авт.) хворому на діабет підозрюваному під виглядом денної дози інсуліну і використання його заяв як доказу також обурило б суспільство; але, скажімо, інсценування сильної наркозалежності з метою руйнування каналу постачання наркотиків не обурило б суспільство; також допускається прикидатися водієм вантажівки для засудження наркоторговця» (особлива думка судді Леймар у справі «Звинувачення проти Ройтмана»; схвалено більшістю Верховного суду у справі «Звинувачення проти Коллінза», п. 52 і «Звинувачення проти Ойкля», п. 66). Як бачимо, досить складно знайти тверду і зрозумілу відмінність між прийнятним і неприйнятним.

Збір доказів такими засобами слід припинити за будь-яких обставин, навіть якщо ці докази мають суто допоміжний чи субсидіарний характер або якщо новий судовий розгляд не гарантується. У контексті ст. 8 Конвенції потрібно шукати рівновагу між здійсненням прав особи, які гарантуються їй п. 1 цієї статті, і необхідністю, визначеною п. 2, вводити таємне спостереження для захисту демократичного суспільства загалом (див. згадане рішення у справі «Класс та інші проти Німеччини», п. 59).

Підсумовуючи викладене, можна дійти таких висновків:

1. Свобода від самовикриття, викриття членів сім'ї чи близьких родичів полягає в тому, що

особа не може бути примушена надавати органам, їх посадовим особам, які ведуть кримінальний процес, зокрема, методами НСРД, інформацію про вчинення нею, членом її сім'ї чи близьким родичем діяння, за яке встановлено будь-який з видів юридичної відповідальності (кримінальної, адміністративної, цивільної, дисциплінарної).

2. Право на свободу від самовикриття, викриття членів сім'ї чи близьких родичів виникає з моменту внесення відомостей про кримінальне правопорушення до Єдиного реєстру досудових розслідувань, а в разі попередньої оперативно-розшукової справи — з моменту заведення і зберігається упродовж усього кримінального процесу.

3. НСРД з дотриманням норм КПК проводяться лише щодо особи, яка обґрунтовано підозрюється у вчиненні тяжкого або особливо тяжкого

кримінального правопорушення, і якщо вичерпані всі способи попередніх СРД (ч. 2 ст. 246 КПК), за винятком випадків, передбачених КПК.

4. Необхідно законодавчо заборонити проведення НСРД щодо членів сім'ї та близьких родичів для отримання доказів і використання їх як базової (вихідної) основи для викриття особи (так званий «очікуваний улов»).

5. У разі порушення процедури проведення НСРД (починаючи з підстав, розгляду, проведення, фіксації тощо) усі докази, отримані в результаті істотного порушення прав та свобод людини (ст. 87 КПК), з огляду на ч. 2 ст. 89 КПК визнаються недопустимими, і до них слід застосовувати принцип «плодів отруєного дерева».

6. Обвинувальний вирок не може бути постановлений лише на підставі доказів, отриманих у результаті НСРД.

До відома авторів

До розгляду у «Віснику Верховного Суду України» приймаються оригінали авторських статей/матеріалів обсягом не більше одного авторського аркуша (40 тис. знаків) українською мовою у друкованому та електронному вигляді (формат текстового файла .rtf або .doc, кегль шрифту 14 pt, інтервал між рядками 1,5). Рукописні оригінали не приймаються.

Оригінал має бути обов'язково підписаний автором (усіма співавторами). До нього додаються фото авторів (розмір 10x15 см), віддруковані на фотопапері без тиснення або записані на електронному носії (формат відповідного файла .jpg, розподільна здатність зображення 300 dpi), а також короткі анкетні дані: прізвище, ім'я та по батькові, місце роботи, посада, вчений ступінь, адреса (із зазначенням поштового індексу та адміністративного району, в тому числі в місті), контактні телефони, факс, адреса електронної пошти, ідентифікаційний номер, письмовий дозвіл видавництву на обробку та зберігання персональних даних. Ілюстрації (фотографії) до тексту також мають супроводжуватися відповідними підписами.

Згідно із чинною постановою Президії ВАК України від 15 січня 2003 р. №7-05/01 «Про підвищення вимог до фахових видань, внесених до переліків ВАК України» наукові стат-

ті повинні мати такі необхідні елементи: постановка проблеми в загальному вигляді та її зв'язок з важливими науковими чи практичними завданнями; аналіз останніх досліджень і публікацій, в яких пропонується розв'язання цієї проблеми і на які спирається автор, виділення невирішених раніше частин загальної проблеми, яким присвячується означена стаття; формулювання цілей статті (постановка завдання); виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів; висновки з проведеного дослідження і перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.

До тексту статті долучається анотація (у середньому — 500 друкованих знаків) українською мовою, а також рішення кафедри ВНЗ чи відділу наукової установи про рекомендацію статті до опублікування.

Якщо статтю або окремі її фрагменти (цитати, епіграф тощо) перекладено українською мовою з російської, англійської або іншої іноземної мови, необхідно подати ксерокопію оригіналу.

Автори мають дотримуватися таких вимог до оформлення посилань на літературні джерела: зазначати прізвища авторів, укладачів, відповідальних редакторів та ін., видавництво, рік і місце видання, загальну кількість сторінок або

номер сторінки, з якої взято цитату. Бібліографічний опис іноземних джерел потрібно подавати мовою оригіналу, долучаючи до статті ксерокопії титульних сторінок цих видань. Нумерація виносков має бути єдиною для всієї статті (а не для кожної сторінки окремо), наводити їх слід на відповідних сторінках, а не в кінці статті.

При посиланні на нормативно-правовий акт необхідно зазначати його повну назву, дату прийняття, номер (для відомчих — коли і ким затверджено), коли й за яким номером зареєстровано в Міністерстві юстиції України, а також офіційне джерело опублікування первісного тексту та змін і доповнень.

Автори не повинні передавати ці ж матеріали іншим виданням до вирішення питання про їх опублікування у «Віснику Верховного Суду України». Редакція може не поділяти думку авторів статей. Відповідальність за достовірність інформації, що міститься в опублікованих матеріалах, точність посилань на нормативні акти й інші джерела несуть автори.

Рукописи повертаються лише за умови, якщо буде визнано доцільним їх доопрацювання. Редакція має право редагувати, скорочувати надіслані матеріали та змінювати їхні назви з подальшим погодженням з автором.