

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО; МУНІЦИПАЛЬНЕ ПРАВО

УДК 342.7

*А. Гринь**здобувач кафедри конституційного права та порівняльного правознавства
ДВНЗ «Ужгородський національний університет»*

ПРИНЦИП ПРОПОРЦІЙНОСТІ ТА ОСНОВНІ СТАНДАРТИ ПРОВЕДЕННЯ НЕГЛАСНИХ СЛІДЧИХ ДІЙ У СВІТЛІ КОНСТИТУЦІЙНИХ ГАРАНТІЙ ПРАВ ЛЮДИНИ

Вступ. Принцип пропорційності, за висловом німецького науковця Н. Петерсена, передбачає конфлікт між правами людини та публічним інтересом або між самими правами людини [10, с. 1387]. З посиланням на німецьких науковців М. Коен-Елія та І. Пората, які детально висвітлили історичне коріння принципу пропорційності в Пруссії, Ю. Євтошук вказує на широке його застосування суддями пруських адміністративних судів. Цей принцип виник внаслідок поступової еволюції Пруссії, починаючи з другої половини XVIII століття, від авторитарної держави, де король був вищим і єдиним джерелом влади, до держави, де правив закон, тобто правової держави. Принцип пропорційності разом із правовою державою являє собою спосіб приборкування системи, де поліцейська влада формально слабко обмежена, а інституційним механізмом втілення цього в життя стали впливові адміністративні суди в Пруссії, які в період 1882–1914 років активно використовували тест на пропорційність для з'ясування легітимності втручання уряду в економічне та соціальне життя [11, с. 29].

Попри значний теоретичний доробок у вітчизняній юридичній науці, принцип пропорційності ще лише входить в юридичну практику. Більшою мірою цей принцип використовується в конституційному праві. Однак із відсутністю практики розгляду конституційних скарг застосування цього принципу наразі поодинокі й несистемні. У зарубіжному конституційному праві прикладом застосування принципу пропорційності є практика Федерального Конституційного Суду Німеччини, який в одному зі своїх рішень зазначив: «У ФРН принцип пропорційності є неписаним конституційним принципом. Він походить з принципу верховенства права і, насправді, з природи основних прав, оскільки вони відображають загальне право на свободу громадянина від держави, які можуть бути обмежені державними органами тільки у випадку переслідування абсолютно необхідного публічного інтересу» [13, с. 36]. Розуміння принципу пропорційності є важливим з точки зору ви-

значення допустимого обмеження прав людини та формулювання критеріїв законності дій органів влади [2].

Метою статті є визначення стандартів здійснення негласних слідчих дій відповідно до принципу пропорційності, що зумовлює поліцію та спецслужби застосовувати на практиці певні обмеження у сфері особистого та сімейного життя особи з метою розслідування злочинів.

Виклад основного матеріалу. На думку Р. Алексі, критерію пропорційності відповідає формула балансування, яка має внутрішні та зовнішні аспекти. Згідно із внутрішнім аспектом обґрунтування інтенсивність обмеження прав людини має переслідувати принаймні дві цілі, з урахуванням їхньої ваги, а також гнучкість емпіричних припущень [1, с. 575]. Зокрема, цьому критерію можна цілком застосовувати критерії обмеження права на недоторканність особистого та сімейного життя та мету боротьби із тероризмом.

Зовнішні аспекти обґрунтування балансування не піддаються логічним операціям, оскільки вони спираються на припущення та правдоподібні причини і наслідки певних дій [1, с. 576–577]. Тут таким прикладом вже слугуватиме презумпція невинуватості та наявність певних відомостей, що особа підтримує певні зв'язки з екстремістськими за своїм характером організаціями, діяльність яких спрямована на підлив державного суверенітету, зокрема, за допомогою методів терористичної діяльності.

Водночас така формула є занадто абстрактною і механістичною, оскільки цінність чи то важливість цінностей не має прямого зв'язку із якимись абсолютними величинами, параметрами на кшталт обсягу чи кількості. Зокрема, кількісні параметри не завжди мають безпосередню кореляцію з такими вартостями, як особиста свобода та національна безпека чи авторитет правосуддя. У разі неефективності засобів правового захисту обмеження певного права на підставі забезпечення авторитету правосуддя матиме надмірний, тобто непропорційний характер і посягатиме на

сутність відповідного права особи. Загалом, як стверджує Н. Петерсен з посиланням на суддю Верховного суду США Антоніна Скаліа, радше можна порівняти конкуруючі конституційні цінності за прикладом того, щоб далі кинути камінь, то необхідно пропорційно зменшити його вагу, хоча саме порівняння ваги каменю із відстанню без конкретної мети і зв'язку не є коректним. Тому не дивно, що Н. Петерсен розглядає принцип пропорційності як нормативний концепт [10, с. 1391, 1392].

При застосуванні принципу пропорційності важливе значення має сумірність втручання відповідно до легітимної мети, що має виражати баланс приватних і публічних інтересів. Зокрема, між втручанням державного органу та метою, задля якої воно застосовується, має існувати чіткий зв'язок. Як і в правотворчості, у правозастосуванні в основі мети, яку має бути досягнуто, лежить баланс відповідних публічних і приватних інтересів, однак вони набувають конкретно-правового характеру, оскільки стосуються визначеного кола осіб. Тому і зв'язок між заходом та метою має бути очевидний і достатній з урахуванням обставин конкретної справи, зокрема, заходи мають бути індивідуалізовані [11, с. 101]. Водночас О. Пфферсман звертає увагу на те, що відсутність чіткої конституційної основи для використання принципів розумності та сумірності в конституційному контролі (традиційно саме конституція розглядається як вищий критерій цього контролю), призводить до обмеження законодавчої компетенції більше, ніж положення самої конституції [14, с. 121–127]. У свою чергу Л. К'єстра наголошує на сталій практиці Верховного суду Австралії, який в одній зі своїх справ наголосив на доктрині сутнісного змісту права на судовий захист, зазначив, що при запровадженні певних обмежень щодо доступу до суду необхідно зважати на принцип пропорційності, який передбачає адекватність між застосовуваними засобами та метою, яка досягається [16, с. 138]. Потім цей підхід використав Європейський суд справедливості при ухваленні рішення Гассер [15], яке також стосувалося доступу до судового захисту, гарантованого статтею 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Сьогодні завдяки діяльності Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) склалася система перевірки заходів держави на відповідність принципу пропорційності, зокрема, у ході кримінального процесу [13]. Принцип пропорційності набув універсального характеру в сучасному світі, за допомогою якого визначається правомірність обмеження прав людини [2].

1. Зокрема, цьому принципу відповідає діяльність поліції та спецслужб по отриманню інформації та фіксуванню відповідних доказів у разі

невідкладної потреби, пов'язаної із необхідністю безпосереднього переслідування особи, що підозрюється у скоєнні злочину чи безпосередньо після його скоєння. Дотримання встановленого порядку фіксації доказів і фактичних обставин справи має вирішальне значення для доказування у справі фактичного складу причетності осіб до скоєння злочину, інакше має місце порушення відповідних гарантій недоторканності особистого і сімейного життя.

Наприклад, у справі «Імакаєва проти Росії» [4] ЄСПЛ відзначив, що під час обшуку особи працівники органу держбезпеки не пред'явили ордеру на обшук і не надали інформації про те, що саме шукали. Із цієї ситуації видно, що його взагалі не видано ні до, ні після обшуку, як видається, через те, що сили безпеки діяли в ситуації, що вимагала негайного розв'язання. Уряд не повідомив подробиць щодо причин обшуку, не запропонував посилань на законність його підстав і не з'ясував процесуальну значущість відповідних дій. Це потягнуло низку процесуальних порушень, що мало наслідком неналежну фіксацію доказів, допустимість яких у суді стала сумнівною.

Тому надалі уряд не надав жодної інформації про те, які речі були вилучені в будинку Імакаєвих, оскільки стверджувалось, що вони були знищені. Для Суду стало очевидним, що за таких обставин протоколювання або огляду вилучених речей не виконано. Розписка, складена військовим офіцером, який не вказав ні свого справжнього імені чи звання, ні навіть державного органу, який він представляв, і в якій згадано про «сумку з документами і коробкою дискет», є єдиним документом про проведений обшук. А такий документ не міг розглядатися Судом як належна форма фіксація доказів у справі.

На думку ЄСПЛ, лише посилання уряду на Закон «Про боротьбу з тероризмом» не може замінити окремого ордеру на проведення обшуку, у якому вказують об'єкт і межі обшуку та який складають на підставі відповідних нормативно-правових актів або до обшуку, або після нього. Положення зазначеного Закону не слід тлумачити так, щоб створити для сил безпеки виняток на невизначений період і без чітких меж щодо будь-яких обмежень особистих прав. Застосовність таких норм у цій справі викликає ще більші сумніви, якщо зважити на те, що уряд не пояснив ні заявниці, ні цьому Суду, яка контртерористична операція здійснювалася 2 червня 2002 року в селищі Нові Атаги, який орган її проводив, з якою метою тощо. Окрім того, Суд зауважив, що понад два роки після розглянутих подій різні органи влади взагалі заперечували проведення такої операції. Виходячи із цього, Суд зазначив, що обшук і вилучення в цій справі були проведені без санкції або належних гарантій і дійшов висновку про те, що розглянуте

втручання не було «передбачене законом», і тому порушено статтю 8 Конвенції (право на особисте і сімейне життя).

2. Для належного проведення відповідних заходів щодо одержання доказів має також додержуватися процедура проникнення в житло чи інше володіння особи. Як це було сформульовано ЄСПЛ у справі «Кучера проти Словаччини» [6], проникнення в житло чи інше володіння особи працівників правоохоронних органів без судового дозволу має ґрунтуватися на вільній згоді його володільця, а не мати вимушений характер у зв'язку із наявністю реальної загрози застосування примусу, навіть якщо така операція мала контртерористичний характер.

Як встановив Суд, масштаб залученої кількості поліцейських та обставини не залишали пану Кучерові діяти інакше, як дозволити поліції проникнути в його житло, що було прирівняно до порушення встановленої законом процедури. Зокрема, зваживши на кількість залучених поліцейських, четверо з яких належали до загону спеціального призначення, відкрито носили автомати й були в масках, та зауваживши, що вони прийшли до квартири заявника на світанку, Суд дійшов висновку, що заявникові не залишалось нічого іншого, як дозволити їм увійти в його квартиру. Зважаючи на ці обставини, складно припустити, що будь-яка згода, дана заявником, на проникнення, була вільною й усвідомленою. Тому Суд констатував втручання в право на повагу до житла пана Кучера як непропорційне, оскільки працівники поліції прибули до дверей заявника для того, щоб пред'явити йому та його дружині обвинувачення й допровадити їх до слідчого на допит. Однак виконання цього завдання не вимагало від поліції входити в квартиру пана Кучера.

Суд наголосив, що при зазначених обставинах властивий значний ризик зловживання службовим становищем і порушення принципу поваги до людської гідності рано-вранці, коли на порозі дому заявника перед ним постало декілька спеціально навчених поліцейських у масках. Тому, на думку Суду, з метою уникнення будь-яких можливих зловживань у майбутньому за таких обставин, а також забезпечити ефективний захист прав людини за статтею 8 Конвенції, мають існувати певні запобіжні механізми.

Зокрема, серед таких механізмів можуть бути ухвалення нормативних актів, що обмежують застосування спеціальних сил при ситуаціях, у яких звичайні заходи втручання поліції не можна вважати безпечними й достатніми, і на додаток до цього встановлюють процесуальні гарантії, що передбачають, наприклад, присутність під час операції безсторонньої особи або отримання чіткої письмової згоди власника як попередньої умови для проникнення в його приміщення. Беручи до

уваги викладені вище міркування, Суд дійшов висновку, що зазначена спецоперація була сумісною з правом заявника на повагу до його житла.

3. Не може вважатися додержанням процесуальних гарантій проникнення в офіс та інші робочі приміщення особи без належного обґрунтування в судовому рішенні. Така позиція ЄСПЛ ґрунтується на законні сподівання працівника на своєму робочому місці зберігати певний рівень приватності, що пов'язано з особливостями способу життя працівника, кола його спілкування та можливості його вільного розвитку як індивіда. Зокрема, у справі «Пеев проти Болгарії» [8] Суд досліджував питання про обґрунтованість проведення обшуку за місцем роботи працівника, який здійснює приватну практику.

Як у справі «Німітц проти ФРН», ЄСПЛ підкреслив, що обшуки, які проводять у робочих приміщеннях і кабінетах осіб вільних професій, що мають приватну практику, є втручанням в їхнє право на повагу як до приватного життя, так і житла. Далі Суд задався питанням про можливість трактування гарантій недоторканності в разі проведення обшуку в службовому кабінеті особи, що був розташований у приміщенні органу державної влади.

ЄСПЛ трактував цю ситуацію відповідно до критерію «обґрунтованого сподівання на приватність». На думку Суду, заявник мав такі сподівання, якщо не щодо свого кабінету загалом, то принаймні щодо його письмового столу і його шаф для зберігання документів. Про це свідчить велика кількість особистих речей, які він там тримав. Далі Суд зазначив: «Окрім того, така домовленість звичайно впливає зі службових стосунків, і в конкретних обставинах справи не виявлено нічого такого, як, наприклад, правила чи офіційної політики роботодавця заявника, які не схвалюють зберігання найманими працівниками особистих документів і речей у своїх столах або шафах, що наводило б на думку, ніби сподівання заявника були неправомірними чи необґрунтованими. Той факт, що він працював на державний орган влади і що його кабінет був розташований на території державної установи, сам по собі не впливає на цей висновок, особливо якщо брати до уваги те, що заявник був не прокурором, а експертом-криміналістом у штаті прокуратури. Тому обшук, якому піддано письмовий стіл заявника і його шафи для зберігання документів, треба розглядати як втручання в його особисте життя».

Тому, виходячи з такого висновку, Суд наголосив на потребі додержання всіх вимог кримінального процесуального закону при проведенні обшуків робочого місця, навіть якщо таке розташовувалося в приміщенні органу державної влади і таки допустимий у зв'язку з кримінальним розслідуванням. Отже, це втручання було здійснено

не «згідно з законом», як того вимагає пункт 2 статті 8.

Якщо йде мова про недоторканність адвокатів та адвокатського привілею, то навіть присутність голови адвокатської гільдії (корпорації) при відсутності рішення суду на проведення обшуку не є гарантією недоторканності приватного життя підозрюваного адвоката, оскільки це не перешкоджає вилученню інших документів (справа «Андре і інший проти Франції») [3].

4. Використання таємних агентів для збору певної інформації про особу чи інші фактичні дані також можуть стосуватися конституційних гарантій недоторканності особистого і сімейного життя особи. У справі «Люді проти Швейцарії» [7] було встановлено, що використання таємного агента ні саме по собі, ані в поєднанні з прослуховуванням телефонних розмов не зачепило приватне життя в контексті статті 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Таємний агент брав участь в операції, пов'язаній із продажем 5 кілограмів кокаїну. Органи влади кантону, що були поінформовані німецькою поліцією, призначили співробітника поліції, який мав проникнути до широкої, як вони вважали, мережі наркоділків, що мали намір реалізувати наркотики у Швейцарії. Мета операції полягала в тому, щоб заарештувати торгівців після передання їм наркотиків. Відтак таємний агент встановив контакт із заявником, який сказав, що він готовий продати йому 2 кілограми кокаїну вартістю в 200 000 швейцарських франків. Від того моменту пан Люді повинен був знати, що він вчиняє кримінальне правопорушення, яке карають згідно із швейцарським законом, і, відповідно, піддавав себе ризикові наразитися на таємного співробітника поліції, завдання якого фактично полягало в його викритті. Отже, використання таємного працівника поліції чи спецслужби для запобігання чи викриття злочину є допустимим і сумірним (пропорційним) легітимній меті, а тому за таких умов не може вважатися порушенням недоторканності особистого і сімейного життя особи.

5. При встановленні підслуховувальних пристроїв чи записі приватних розмов є важливим додержання процедури отримання дозволу на таке прослуховування та запис розмов, а також воно буде мати значення стосовно формування доказової бази у справі. Інколи можуть бути випадки, коли записана розмова не може служити достовірним доказом у справі через складнощі у спростуванні підозри щодо можливого монтажу запису. Також запис розмов за деяких обставин не може служити основним доказом у справі, а лише побічним доказом, що знижує доказову базу слідства по справі загалом.

У справі «Хан проти Сполученого Королівства» [8] ЄСПЛ досліджував якраз питання, чи може служити запис розмови в ролі основного доказу у справі. Суд з'ясував, що встановлення підслуховувального пристрою та запис розмови заявника не були протизаконними в тому сенсі, оскільки вони не суперечили національному кримінальному праву. У цій справі Палата лордів ухвалила рішення, що зізнання заявника під час розмови з В. добровільне, не було ніякої пастки і заявника не примушували до подібних зізнань. «Незаконність», на яку посилався в цій справі заявник, стосувалася тільки того факту, що не було передбаченого законом дозволу на втручання у право заявника на повагу до приватного життя. Суд зазначив, що матеріал, оспоруваний у цій справі, по суті, був єдиним доказом проти заявника і що заявник визнав себе винним лише на підставі рішення судді про те, що доказ має бути прийнятним. ЄСПЛ підкреслив, що доречність наявності інших доказів у справі, окрім оспоруваного, залежить від обставин справи. За цих обставин, коли магнітофонний запис визнано цілком переконливим доказом і не було ризику його ненадійності, потреба підтвердження доказу стає, на думку Суду, слабшою і не настільки нагальною, очевидною.

Висновки. Застосування негласних слідчих дій має здійснюватися під судовим контролем, що включає в себе надання дозволу слідчим суддею на їх проведення та здійснення контролю над їх виконанням шляхом розгляду відповідних скарг заінтересованих осіб. Залежно від конкретних обставин справи втручання в особисте та сімейне життя особи має бути обґрунтованим на підставі закону, переслідувати законну мету, яка є нагальною, і за відповідних умов іншими засобами не можуть бути відвернуті потенційні загрози публічним інтересам (національній безпеці, громадському порядку, правам і свободам інших людей тощо), а вжиті заходи мають бути доречними і достатніми та не посягати на сутнісний зміст прав і свобод людини. Що стосується потенційного обмеження права на особисте та сімейне життя при додержанні вище наведених умов, при додержанні процедур судового контролю можливе його обмеження шляхом: отримання інформації та фіксування відповідних доказів у разі невідкладної потреби, пов'язаної із необхідністю безпосереднього переслідування особи, що підозрюється у скоєнні злочину; проникнення в житло чи інше володіння особи; додержання процесуальних гарантій проникнення в офіс та інші робочі приміщення особи; використання таємних агентів для збору певної інформації про особу чи інші фактичні дані; встановлення підслуховувальних пристроїв чи запис приватних розмов.

Література

1. Alexy R. Balancing, constitutional review, and representation. *International Journal of Constitutional Law*. 2005. No. 3. P. 572–590.
2. Balancing conflicting rights: Towards an analytical framework. URL: <http://www.ohrc.on.ca/ta/book/export/html/2476>.
3. Case André and Other v France, App. No. 18603/03, 24 July 2008.
4. Case Imakayeva v Russia, App. No. 7615/02, 9 November 2006.
5. Case Khan v United Kingdom, App. No. 35394/97, 12 May 2000.
6. Case Kucera v Slovakia, App. No. 48666/99, 17 July 2007.
7. Case Ldi v Switzerland, App. No. 12433/86, 15 June 1992.
8. Case Peev v Bulgaria, App. No. 64209/01, 26 July 2007.
9. Petersen N. How to Compare the Length of Lines to the Weights of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law. *German Law Journal*. 2013. Vol. 14. No. 8. P. 1387-1409.
10. Petersen N. Proportionality and Judicial Activism. *Fundamental Rights Adjudication in Canada, Germany and South Africa*. Cambridge University Press, 2017. 258 p.
11. Євтошук Ю. Принцип пропорційності як необхідна складова верховенства права: дис. ... к. ю. н.: спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень»; Університет економіки і права «Крок». К., 2015. 214 с.
12. Макбрайд Дж. Європейська конвенція з прав людини та кримінальний процес. К.: «К.І.С.», 2010. 576 с.
13. Погребняк С. Принцип верховенства права: деякі теоретичні проблеми. *Вісник Академії правових наук України*. 2006. № 1(44). С. 32–39.
14. Пфферманн О. Ограничение компетенции законодателя посредством использования вспомогательных принципов (разумности и соразмерности), выработанных в практике конституционных судов. Сравнительное конституционное обозрение. 2007. № 1(58). С. 121–127.
15. Case C-116/02 Erich Gasser GmbH v. MISAT Srl [2003] ECR-I-14693.
16. Kiestra L.R. *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*. Springer Publishing, 2014. 329 p.

17. *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary* / Ed. by S. Peers, T. Harvey, J. Kenner and A. Ward. Hart Publishing, 2014. 1865 p.

Анотація

Гринь А. Принцип пропорційності та основні стандарти проведення негласних слідчих дій у світлі конституційних гарантій прав людини. – Стаття.

У статті розкриваються основні стандарти проведення негласних слідчих дій у світлі принципу пропорційності та конституційних гарантій прав людини. Наводяться основні вимоги щодо проведення негласних слідчих дій, які сформовані в судовій практиці.

Ключові слова: гарантії прав людини, негласні слідчі дії, обмеження прав людини, права людини, принцип пропорційності.

Аннотация

Гринь А. Принцип пропорциональности и основные стандарты проведения негласных следственных действий в свете конституционных гарантий прав человека. – Статья.

В статье раскрываются основные стандарты проведения негласных следственных действий в свете принципа пропорциональности и конституционных гарантий прав человека. Приводятся основные требования к проведению негласных следственных действий, которые сформированы в судебной практике.

Ключевые слова: гарантии прав человека, негласные следственные действия, ограничения прав человека, права человека, принцип пропорциональности.

Summary

Hryn A. The principle of proportionality and basic standards of undercover investigation in the light constitutional guarantees of human rights. – Article.

The article deals with the basic standards of undercover investigation in the light of the principle of proportionality and constitutional guarantees of human rights. Basic requirements for conducting undercover investigations are contains, which is formed in the jurisprudence.

Key words: guarantees of human rights, human rights, principle of proportionality, restriction of human rights, undercover investigations.