

УДК 343.13

 DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.2635569>

С.І. ПЕРЕПЕЛИЦЯ,

асистент кафедри кримінального процесу

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,

 кандидат юридичних наук, м. Харків, Україна; e-mail: perepelitsa_serg@mail.ru;

 ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1439-3370>

ДОТРИМАННЯ ПРАВ ОСОБИ ПІД ЧАС ВТРУЧАННЯ У ПРИВАТНЕ СПІЛКУВАННЯ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

S.I. PEREPELITSA,

Ass., Chair of Criminal Procedure, Yaroslav Mudryi National Law University, Ph.D. in Law,

 Kharkiv, Ukraine; e-mail: perepelitsa_serg@mail.ru;

 ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1439-3370>

ENFORCEMENT OF PERSONAL RIGHTS DURING INTERFERENCE INTO PRIVATE COMMUNICATION IN CRIMINAL PROCEEDINGS

АНОТАЦІЇ (ABSTRACTS), КЛЮЧОВІ СЛОВА (KEY WORDS)

На підставі комплексного доктринального тлумачення положень Кримінального процесуального кодексу України, чинних міжнародних правових актів, практики Європейського суду з прав людини та національної судової практики та наукового доробку вітчизняних та зарубіжних вчених встановлено нормативні дефініції понять "приватне спілкування" та "приватне листування", а також їх характерні ознаки. Виділено критерії, яким повинно відповідати втручання правоохоронних органів у приватне спілкування осіб. Вказано, що обмін інформацією, який відбувається за допомогою телекомунікаційних мереж Skype, IMessage, WhatsApp, Viber, Telegram, Signal є особистим листуванням в розумінні чинного законодавства України. Проаналізовано судову практику із вказаного питання та відповідні положення національного законодавства. Встановлено проблеми законодавчого регулювання втручання у приватне спілкування осіб з боку правоохоронних органів, а також правозастосовної практики та запропоновано конкретні шляхи їх подолання.

Ключові слова: приватне спілкування; особисте листування; тимчасовий доступ до речей та документів; негласні слідчі (розшукові) дії

On the basis of a comprehensive doctrinal interpretation of the provisions of the Criminal Procedural Code of Ukraine, applicable international legal acts, practice of the European Court of Human Rights and national judicial practice and scientific work of domestic and foreign scientists, normative definitions of the concepts of "private communication" and "private correspondence", as well as their characteristic signs. The criteria, which should correspond to the interference of law enforcement bodies into private communication of persons, are distinguished. It is specified that the exchange of information via Skype, IMessage, WhatsApp, Viber, Telegram, Signal is personal correspondence in the sense of the current legislation of Ukraine. The purpose of the article is to establish, on the basis of a comprehensive analysis of national and international law, the practice of the European Court of Human Rights, the judicial practice of national courts and the scientific elaboration of the concepts of "private communication", "personal correspondence" and the conditions for interference with it by the organs of pre-trial investigation, as well as providing characteristics of the information transmitted using Skype, IMessage, WhatsApp, Viber, Telegram, Signal and interference to them, as well as to identify the most common mistakes during such intervention and legislative shortcomings and offer solutions. The novelty of this article is that nowadays in domestic science there is no comprehensive research on private correspondence, which takes place with the help of telecommunication networks Skype, IMessage, WhatsApp, Viber, Telegram, Signal, as well as criteria and procedures for access to such systems within the framework of criminal proceedings. It has been established that a person who has not been informed that his communication may be subjected to interference by public authorities, in any case, has the right to reasonably expect the privacy of his communication, which is subject to the protection of Article 8 of the Convention. The use of software by a person that is protected by cross-encryption (when communicating, only communication users have access to messages), a priori means that a person wants to restrict third-party's access to his correspondence, and therefore access to technical

equipment does not include self-access to the software, and Skype correspondence, iMessage, WhatsApp, Viber, Telegram, Signal, SMS is private communication. Such access shall not be deemed to be restricted to its owner or holder and shall not require the existence of a corresponding court decision only if its written permission is available. In order to prevent interference into private communication in such a way that it violates the requirements of Article 8 of the Convention, it must be carried out in accordance with the procedure established by law.

Key words: *private communication; personal correspondence; temporary access to things and documents; secret investigative (search) actions*

Постановка проблеми

Стрімкий розвиток інформаційних технологій зумовив появу нових способів швидкого спілкування осіб між собою, можливість обміну великої за кількістю та обсягом інформації. Завдяки такому розвитку стало зручним спілкуватися з іншими особами за допомогою різних месенджерів (надсилаючи SMS-повідомлення, голосові повідомлення, електронні листи тощо). Більшість із таких засобів спілкування знаходяться постійно ввімкненими на смартфонах, робочих вкладках на ПК та планшетах.

Однак, така велика кількість засобів для приватного спілкування особи та відносна "доступність" до їх вмісту у разі отримання доступу безпосередньо до технічного засобу, породжує питання про гарантування належного забезпечення таємниці такого приватного спілкування, особливо в тоді, коли доступ до технічного засобу отримують представники правоохоронних органів.

Щодо забезпечення прав особи під час втручання у приватне спілкування то, наприклад, І.І. Савляк досліджує теоретичні та практичні проблеми реалізації таємниці спілкування, як засади кримінального провадження, а також негласні слідчі (розшукові) дії, які є різновидами втручання у приватне спілкування [1]. Проте, автор не торкається проблематики забезпечення таємниці листування у разі обміну інформацією у різного роду месенджерах та аналізу практичного аспекту такого втручання. Аналогічно не розглядає проблеми, що виникають у правозастосовній та судовій практиці під час втручання у приватне спілкування осіб, й О.А. Білічак, обмежуючись нормативно-правовим закріпленням права особи на приватність спілкування [2]. Натомість, М.А. Самбор досліджує умови, які повинні бути забезпечені під час втручання у приватне спілкування осіб за допомогою проведення окремих негласних слідчих (розшукових) дій, хоча й не дає комплексного аналізу заборони втручання у приватне спілкування особи, як засади кримінального провадження та критеріїв, яким повинно відповідати вказане втручання [3].

Щодо особливості отримання та використан-

ня доказів, які передаються за допомогою телекомунікаційних мереж і мережі Інтернет, Адам М. (Adam M., 2008) наголошував, що з розвитком інформаційних технологій та появою терміналів мобільного зв'язку, які мають великі об'єми пам'яті та доступ до мережі Інтернет, виникає проблема визначення меж допустимості огляду таких пристроїв органами поліції під час затримання особи, без порушення права на приватне спілкування. На основі аналізу судової практики автором було порівняно мобільний телефон із "закритою скринькою", доступ до якої вимагає принаймні, обов'язкового попереднього судового контролю [4].

Клаудія Варкен (Claudia Warken, 2008) звертала увагу, що в більшості країн Європейського Союзу на рівні законодавства відсутнє визначення поняття "електронні докази" та чіткого порядку доступу до них в межах кримінального провадження, з врахуванням того, що така інформація має різні типи захисту, а саме від загальнодоступної до інформації до інформації, яка захищається правовим на приватне спілкування. Також автором було надано визначення критеріям, яким повинно відповідати втручання у приватне спілкування, адже здебільшого їх сформульовано абстрактно [5]. В. Дубей (Dubey V., 2017) в аналізі поняття "електронні докази", їх класифікації та умов їх отримання у кримінальному провадженні сформував перелік дій поліцейського під час втручання у приватне спілкування особи, задля того щоб отриманні в результаті такого втручання докази мали ознаку допустимості [6]. З цього варто зауважити, що у країнах Європи та США для слідчих, які в межах кримінального провадження, здійснюють обмеження прав осіб на приватне життя та таємницю спілкування розроблено низку методичних рекомендацій, які спрямовані на усунення порушень прав осіб під час такого втручання та отримання доказів, які є допустимими, в розумінні кримінального процесуального законодавства.

Звідси, метою статті є встановлення на підставі комплексного аналізу національного та міжнародного законодавства, практики Європейського суду з прав людини, судової практики

національних судів та наукового доробку понять "приватне спілкування", "особисте листування" та умов втручання до нього з боку органів досудового розслідування, а також надання характеристики інформації, яка передається за допомогою месенджерів Skype, iMessage, WhatsApp, Viber, Telegram, Signal і порядку втручання до них, а також виявити найбільш розповсюджені помилки під час здійснення такого втручання та законодавчі недоліки і запропонувати шляхи їх вирішення. Новизна роботи полягає у визначенні особливостей приватного листування, яке відбувається за допомогою телекомунікаційних мереж Skype, iMessage, WhatsApp, Viber, Telegram, Signal, а також критеріїв і порядку доступу до таких систем в рамках кримінального провадження. Завданням статті є здійснення комплексного аналізу положень Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України), чинних міжнародних правових договорів, практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ або Суд) та національної судової практики, з метою встановлення нормативної дефініції "приватне спілкування", визначення порядку втручання правоохоронних органів у приватне спілкування, яке відбувається за допомогою телекомунікаційних мереж Skype, iMessage, WhatsApp, Viber, Telegram, Signal, а також виявлення недоліків такого порядку та пошук шляхів їх подолання.

Дотримання права особи на повагу до приватного та сімейного життя, яке гарантоване кожному Конституцією України та ст.8 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенція) є однією з найголовніших гарантій під час здійснення досудового розслідування. Під захист вказаного положення Конвенції потрапляє також і приватне спілкування (телефонні розмови, електронна переписка в різного роду месенджерах тощо). Однак, на практиці все частіше трапляються випадки, коли під час здійснення досудового розслідування правоохоронними органами, право особи на таємницю приватного спілкування незаконно порушується.

Загальні положення дотримання прав особи під час втручання у приватне спілкування

Відповідно до положень статті 31 Конституції України, кожному гарантується таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. Винятки можуть бути встановлені лише судом у випадках, передбачених законом, з метою запобігти злочинів чи з'ясувати істину під час розслідування кримінальної

справи, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо [7].

Нормами міжнародно-правових договорів також встановлюється заборона втручання органів державної влади у приватне життя та спілкування осіб. Так, стаття 8 Конвенції гарантує кожному право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції та встановлює пряму заборону для органів державної влади на таке втручання окрім випадків, які зумовлені забезпеченням національної та громадської безпеки, економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб.

Разом з тим, із тексту вказаної статті Конвенції вбачається, що таке втручання органів державної влади у випадках, зазначених вище, повинно відповідати двом критеріям, а саме: відбуватися згідно із законом; бути необхідним у демократичному суспільстві [8].

Натомість, текст Конвенції не дає тлумачення, як визначення понять "приватне життя", "приватне спілкування" та вичерпного переліку суспільних відносин, що включаються до вказаних понять і є предметом захисту Конвенції, так і критеріям, яким повинно відповідати втручання у приватне життя осіб, що в свою чергу зумовлює необхідність у їх тлумаченні з урахуванням прецедентної практики ЄСПЛ. Слід зазначити, що порядок втручання в приватне життя, таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції в рамках кримінального провадження врегульовано також нормами чинного КПК України.

Так, статтею 14 КПК України закріплено, що під час кримінального провадження кожному гарантується таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, інших форм спілкування. За змістом статті 15 КПК України, під час кримінального провадження кожному гарантується невтручання у приватне (особисте і сімейне) життя [9].

ЄСПЛ в своїх рішеннях, визначив сферу застосування статті 8 Конвенції у широкому розумінні, навіть якщо конкретне право не встановлено у статті. Так, наприклад, в рішенні ЄСПЛ по справі "Класс та інші проти Німеччини" від 06.09.1978 року вказав, що хоча в пункті 1 статті 8 Конвенції телефонні розмови прямо не згадуються, Суд, як і Комісія, вважає, що такі розмови охоплюються поняттями "приватне життя" та "кореспонденція", які містяться в цьому положенні [10]. При цьому, ЄСПЛ в своїх рішеннях

вказував, що його обсяг не безмежний, а при оцінці перевірки необхідності втручання в приватне життя у демократичному суспільстві Суд часто повинен балансувати між інтересами заявника, захищеними статтею 8 Конвенції, та інтересами третьої сторони, захищеними іншими положеннями Конвенції та протоколами до неї.

Таким чином, із системного аналізу викладеного вище вбачається, що законодавцем гарантовано захист "приватного життя" та "таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції", яке, в свою чергу, не є абсолютним, адже втручання в ці права можливе в порядку, який встановлено на рівні закону, і якщо воно є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб [9].

Тому, варто наголосити, що зазначені поняття слід співвідносити як ціле та частину, адже поняття "приватне життя" є значно ширшим і включає в себе весь спектр приватноправових інтересів осіб, до яких відносяться способи комунікації та засоби її здійснення. З огляду на вказане, є доцільним проаналізувати та встановити дефініції та співвідношення понять "приватне спілкування", "особисте листування", які застосовуються законодавцем при позначенні факту передання інформації від однієї особи до іншої та визначення способів та засобів її передання.

Нормами чинного КПК України (ч.3 ст.258) закріплено нормативне визначення поняття "приватне спілкування", що розуміється як передання інформації у будь-якій формі від однієї особи до іншої безпосередньо або за допомогою засобів зв'язку будь-якого типу [9]. Разом із тим, враховуючи дане нормативне визначення, є необхідним також вказати, що спілкування буде вважатися приватним в розумінні чинного КПК України, тільки за одночасної наявності двох обов'язкових умов: інформація передається, а також зберігається за таких умов, при яких учасники спілкування можуть розраховувати на захист інформації від втручання інших осіб.

Також, з аналізу вищевикладеного очевидним є висновок, що поняття "приватне спілкування" охоплює процес передання інформації у будь-якій формі, за допомогою засобів зв'язку будь-якого типу, а тому є ширшим, ніж поняття "особисте листування".

Не зупиняючись на етимологічному походженні слів "приватне" та "особисте", необхідно

зазначити, що ці слова є синонімами і мають подібні значення, а тому їх вживання в тексті КПК України у різних словосполученнях жодним чином не породжують принципової різниці і мають практично ідентичне значення під час тлумачення таких словосполучень. Варто зазначити, що чинний КПК України тільки оперує поняттями "листування" та "особисте листування", однак не дає нормативного визначення вказаним поняттям.

Так, листування в науковій літературі розглядається, як форма спілкування – тобто написаний чи надрукований на папері або електронний текст, що звернений до деякої фізичної або юридичної особи (осіб) [11, с.85–88].

З огляду на наведене вище, слід розуміти, що не будь-яке листування є особистим (приватним), адже необхідно враховувати існування так званих відкритих листів (тобто, по суті, неприватні) письмові звернення до певної аудиторії, багатьох осіб [12, с.22]. Водночас, варто зробити власний висновок, що під поняттям "особисте листування" слід розуміти спілкування за допомогою написаного (надрукованого) на папері або електронного тексту під час якого, такий текст передається чи зберігається за умов, при яких учасники спілкування можуть розраховувати на захист інформації від втручання інших осіб.

З урахуванням висновків викладених вище досліджень, наступним необхідним етапом при наданні доктринального тлумачення порядку втручання правоохоронних органів в "приватне життя" особи, є встановлення критеріїв для відповідності такого втручання вимогам закону, а саме "відповідно до закону" та "необхідне в демократичному суспільстві", що містяться в тексті статті 8 Конвенції, через призму прецедентної практики ЄСПЛ із зазначеного питання.

Так, Суд в пунктах 45 і 46 рішення по справі "Sorland проти Сполученого Королівства", зазначив, що у його практиці усталеною є позиція, згідно з якою термін "відповідно до закону" означає – і це впливає з предмета та цілей ст.8 Конвенції – що повинен бути засіб юридичного захисту у національному законодавстві для усунення свавільних втручань державних органів у право, що охороняється ч.1 ст.8 Конвенції. Це тим більше стосується сфери відстеження інформації з огляду на брак громадського контролю та ризик зловживання владою. Цей термін не лише вимагає відповідності втручання національному законодавству, але й стосується якості закону, який має відповідати принципу верховенства права (п.26 рішення Суду у справі

"Khan проти Сполученого Королівства" (справа № 35394/97). Для виконання обов'язку передбачуваності закон повинен бути сформульованим достатньо чітко для того, аби особи могли правильно встановити обставини та умови, за яких державні органи уповноважені застосувати будь-який з таких заходів [13].

Зазначене підтверджується також і в пунктах 41 та 42 рішення ЄСПЛ по справі "Sorland проти Сполученого Королівства" (щодо порушень статті 8 Конвенції), ЄСПЛ вказав, що відповідно до практики Суду телефонні дзвінки з ділових приміщень з першого погляду охоплюються поняттями приватного життя та кореспонденції у цілях ч.1 ст.8 Конвенції (п.44 рішення по справі "Halford проти Сполученого Королівства" від 25.06.1997 р. та п.43 рішення Суду у складі Великої палати у справі "Amann проти Швейцарії" (справа № 27798/95, ECHR 2000-II). Звідси логічно випливає, що відправлені з роботи електронні листи також повинні захищатися на підставі ст.8 Конвенції, як і інформація, отримана з відстеження приватного використання мережі Інтернет [13].

Охорона приватного спілкування за допомогою електронного листування

Нормативну основу охорони приватного спілкування за допомогою засобів телефонного зв'язку, звичайного листування, електронного листування та документообігу в Україні складають Закони України "Про поштовий зв'язок" [14], "Про електронні документи та електронний документообіг" [15], "Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах" [16], "Про телекомунікації" [17].

Не зупиняючись на простому цитуванні норм, вказаних нормативно-правових актів доцільним буде зробити висновок, що до засобів передання інформації відносяться всі існуючі засоби зв'язку: як технічне обладнання (телефони, смартфони, ПК, планшети і т.п.), у тому числі й комп'ютер, так і програмне забезпечення (Skype, IMessage, WhatsApp, Viber, Telegram, Signal тощо), яке також підлягає захисту в розумінні статті 8 Конвенції, окремо від технічного обладнання. Іншими словами, отримання в рамках кримінального провадження доступу до обладнання, наприклад, телефону, не означає отримання доступу до програмного забезпечення, яке використовується як засіб комунікації.

Слід зауважити, що західні вчені для окреслення вказаних понять, використовують поняття "електронні докази", що розуміється як будь-яка інформація, що генерується, зберігається або

передається в цифровій формі, що може бути пізніше використана для доведення або спростувати фактів в судовому процесі [6]. Вказана категорія доказів охоплює, зокрема і приватне листування, що здійснюється за допомогою месенджерів, а тому втручання у приватне життя (приватне спілкування) та отримання вказаних доказів в першу чергу повинно бути співрозмірним "значущості" кримінального провадження. Тобто, чим більше "значущість" кримінального провадження для суспільства і держави тим виправданіше втручання у приватне життя (приватне спілкування) [5, с.227].

Також, слід зазначити, що в доктрині кримінального процесуального права та в судовій практиці зарубіжних країн загальним правилом є те, що вилучення технічних пристроїв (мобільних телефонів, планшетів, ПК тощо) не дає права правоохоронним органам безперешкодного доступу, зокрема до приватного листування особи, без відповідного судового дозволу [4, с.33].

Таким чином, звичайні SMS-повідомлення, MMS-повідомлення, а також електронні листи, текстові і голосові повідомлення, цифрові зображення, які передаються за допомогою телекомунікаційних систем Skype, IMessage, WhatsApp, Viber, Telegram, Signal також є об'єктом захисту статті 8 Конвенції, адже вказані месенджери захищено наскрізним шифруванням, що дає підстави вважати, що існують умови за яких особи, спілкуючись, розраховують на захист переданої інформації від втручання інших осіб, а втручання до них з боку органів державної влади дозволяється тільки у виключних випадках та потребує відповідності двом критеріям, зазначеним вище.

Також, шляхом системного та цільового тлумачення положень нормативно правових актів, якими регулюються правовідносини в сфері забезпечення "приватного життя" особи, можна дійти висновку, що при особистому листуванні з іншими особами, за допомогою будь-яких засобів зв'язку та будь-якого програмного забезпечення, особа, яку не повідомлено про те, що її спілкування може бути піддано втручанням з боку державних органів, в будь-якому випадку, має право обґрунтовано сподіватись на приватність свого спілкування, яке підлягає захисту ст.8 Конвенції. Більш того, сам факт використання особою програмного забезпечення, яке захищається наскрізним шифруванням (при передаванні даних, доступ до повідомлень мають тільки користувачі, задіяні у спілкуванні), априорі означає, що особа бажає обмежити доступ тре-

тіх осіб до свого листування, а тому отримання доступу до технічного обладнання не включає доступ до програмного забезпечення. Такий доступ вважається не обмеженим його володільцем або утримувачем та не потребує наявності відповідного судового рішення тільки у випадку наявності його письмового дозволу.

Практичний аспект втручання правоохоронних органів у приватне спілкування осіб та недоліків законодавчого регулювання

Чинний КПК України передбачає декілька процесуальних дій, які стосуються втручання в приватне життя особи (листування, особисте спілкування, охоронювану законом таємницю) та мають певну схожість. Мова йде про застосування та співвідношення Глави 15 Розділу II КПК України та параграфу 2 Глави 21 Розділу III КПК України (а саме можливості отримання тимчасового доступу до речей і документів та проведення негласних слідчих (розшукових) дій).

Водночас, положеннями Глави 15 Розділу II КПК України закріплено можливість, на підставі ухвали слідчого судді, отримання доступу до особистого листування особи та інші записи особистого характеру (п.6 ч.1 ст.162 КПК України) та інформації, яка знаходиться в операторів та провайдерів телекомунікацій, про зв'язок, абонента, надання телекомунікаційних послуг, у тому числі отримання послуг, їх тривалості, змісту, маршрутів передавання тощо (п.7 ч.1 ст.162 КПК України) [9]. При цьому КПК України не закріплено обсяг втручання в охоронювану законом таємницю в порядку здійснення такого заходу забезпечення кримінального провадження, у зв'язку із чим, на практиці, під виглядом тимчасового доступу до речей та документів фактично відбувається втручання у приватне спілкування, шляхом зняття та копіювання інформації, яка міститься в програмному забезпеченні технічного обладнання, тобто відбувається зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (мереж, що забезпечують передавання знаків, сигналів, письмового тексту, зображень та звуків або повідомлень будь-якого виду між підключеними до неї телекомунікаційними мережами доступу) та зняття інформації з електронних інформаційних систем, порядок здійснення яких закріплено статтями 263, 264 КПК України та є втручанням в приватне спілкування. На сьогодні однією з найголовніших проблем залишається охорона особистого листування в різного роду месенджерах.

Так, аналізуючи судові рішення на офіційному веб-сайті "Єдиний реєстр судових рі-

шень", варто зазначити, що досить часто слідчі судді під час розгляду клопотань слідчого/прокурора про надання тимчасового доступу до речей і документів, фактично порушують гарантовані права особи та надають дозвіл на доступ до листування в месенджерах із зазначенням в резолютивній частині рішення приблизно однаковий текст: *"...надати... право на тимчасовий доступ (можливість ознайомитися, зняти їх копії та вилучити їх) до оригіналів інформації, що містяться в електронному вигляді в мобільному терміналі... на якому встановлено програмне забезпечення, а саме: Skype, Viber, WhatsApp, ooVoo, Line, Google, Talk, Facebook, Messenger, iMessages, ChatOn, ICQ, Mail@Agent, GaduGadu, Однокласники, Вконтакте, СМС... за увесь період використання власником вище вказаного мобільного терміналу, що містяться в електронному вигляді та становлять охоронювану законом таємницю спілкування особи..."* [18].

Жодним чином не зачіпаючи питання законності таких рішень слідчих суддів загалом, слід зазначити, що таке тлумачення норм чинного законодавства України є простим нехтуванням прав осіб і в такому випадку результати всього досудового розслідування може бути поставлено під сумнів.

Варто також звернути увагу, що суди апеляційної інстанції відмовляють у відкриття провадження за апеляційними скаргами на подібні ухвали слідчих суддів, зазначаючи, що така ухвала не внесена до переліку ухвал слідчого судді, що можуть бути оскаржені, визначеного КПК України [19].

В такому випадку, законність та обґрунтованість подібних ухвал слідчого судді не може бути перевірена в апеляційній інстанції, а орган досудового розслідування, користуючись цим, фактично порушуючи право особи на таємницю спілкування, підміняє проведення негласної слідчої (розшукової) дії (отримання дозволу на проведення, якої є значно складнішим, з огляду на важливість для особи прав і свобод, які фактично обмежуються) іншою процесуальною дією (порядок отримання дозволу на проведення якої є більш спрощеним).

Не беручи до уваги вказане вище та з огляду на нормативно-правові акти і прецедентну практику ЄСПЛ, орган досудового розслідування повинен в даному випадку отримувати дозвіл саме на проведення негласних слідчих (розшукових) дій в порядку, передбаченому параграфом 2 Глави 21 Розділу III КПК України.

Водночас, справедливим буде відмітити, що проведення вказаних слідчих дій негласно означає їх неочевидність, таємний характер для осіб, які не мають до них відношення, а насамперед для осіб, груп, організацій, щодо яких вони проводяться. Це дає можливість нейтралізувати можливу протидію з їхнього боку, забезпечити учасників таких дій, поліпшити результативність, зберегти в таємниці факт їх здійснення, засоби і методи, які при цьому застосовувалися [20, с.32–33]. Натомість, у випадку отримання дозволу на проведення негласних слідчих (розшукових) дій в порядку, передбаченому параграфом 2 Глави 21 Розділу III КПК України, з метою порушення таємниці приватного спілкування осіб вже після фактичного вилучення технічного пристрою, виключає «таємний характер» такої дії.

У зв'язку з викладеним, невинуватими та необґрунтованими вбачаються пропозиції щодо внесення змін до КПК України та розширення переліку кримінальних проваджень в яких може бути надано дозвіл на втручання у приватне спілкування шляхом доповнення вказаного переліку провадженнями щодо середньої тяжкості кримінальних правопорушень та обмеження кола осіб, приватне спілку яких може бути обмеження підозрюваним та обвинуваченим [1, с.18].

Також, неможливо не звернути увагу на недосконалість законодавчої техніки застосованої під час формулювання норм чинного КПК України. Так, під час буквального тлумачення зазначених вище норм вбачається, що одні й ті ж самі дії органу досудового розслідування у кримінальному провадженні, які пов'язані із втручанням у приватне життя та особисте спілкування особи, фактично регулюються двома різними за своєю суттю положеннями КПК України та передбачають різні порядки отримання дозволу на таке втручання.

З огляду на проведені дослідження, зважаючи на значущість для особи збереження її права на конфіденційність приватного життя та особистого спілкування, яке може проявлятися у будь-якій формі (телефонні розмови, звичайне та електронне листування, направлення текстових повідомлень за допомогою різних месенджерів, направлення голосових повідомлень та зображень тощо), а також задля забезпечення принципів верховенства права та юридичної визначеності є необхідним внесення змін до статті 162 КПК України та виключення п.6 ч.1 ст.162 КПК України. Адже ситуація, яка склалася на сьогоднішній момент, не тільки породжує помилки під час надання на практиці слідчими суд-

дями дозволів на проведення вказаних процесуальних дій, але й порушує права особи на привітність спілкування, які надано їй Конституцією України, Конвенцією та іншими нормативно-правовими актами.

В свою чергу, саме звернення задля отримання дозволу на проведення негласних слідчих (розшукових) дій в рамках проведення досудового розслідування, з проханням надати дозвіл на втручання у приватне спілкування окремої особи, дозволить забезпечити дійсно ефективний попередній судовий контроль за законністю проведення вказаного втручання і запобігти свавіллю з боку правоохоронних органів щодо безпідставності такого втручання.

Задля забезпечення єдності судової практики із вказаного питання та з метою перешкодження безпідставному втручання з боку правоохоронних органів у приватне спілкування осіб і запобіганню процесуальних помилок Вищим спеціалізованим судом України (далі – ВССУ) з розгляду цивільних і кримінальних справ було ухвалено Інформаційний лист "Про деякі питання здійснення слідчим суддею суду першої інстанції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження", в якому вказано, що зазначені процесуальні дії слід відмежовувати, а саме тимчасовий доступ надається до документів, які містять інформацію про зв'язок, абонента, надання телекомунікаційних послуг, у тому числі отримання послуг, їх тривалість, зміст (вихідні чи вхідні з'єднання, SMS, MMS тощо), маршрути передавання тощо і не дають можливості втрутитися у приватне спілкування, тобто отримати доступ до змісту інформації, що передається. А зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (ст.263 КПК України) є різновидом втручання у приватне спілкування, оскільки здійснюється доступ до змісту повідомлень будь-якого виду та інформації, що передається особою під час зв'язку (п.п.17.1) [21].

Однак вказані рекомендації ВССУ щодо застосування кримінального процесуального закону не беруться до уваги або відкрито ігноруються органами, що проводять досудове розслідування в кримінальному провадженні та слідчими суддями місцевих судів. У такому випадку, принцип попереднього судового контролю стає ілюзорним та ставить під сумнів дотримання загальних засад кримінального провадження під час проведення досудового розслідування взагалі.

З огляду на вказане залишається відкритим питання, що саме робити з доказами, які отриманні слідчим внаслідок перегляду листування особи в різних месенджерах в порядку тимчасового доступу до речей і документів.

Звідси є очевидним, що докази, які отриманні після втручання у приватне спілкування особи в порядку, передбаченому параграфом 2 Глави 21 Розділу III КПК України, є недопустимими, адже процесуальні дії внаслідок яких вони отримані, проведено з порушенням норм чинного КПК України, а дозвіл на їх проведення отримано з суттєвим порушенням умов встановлених КПК України для отримання дозволу слідчого судді. Разом з тим усі інші докази, які будуть отриманні в ході досудового розслідування за допомогою таких недопустимих доказів також буде визнано недопустимими (концепція "плодів отруєного дерева").

Тобто, під час вирішення питання про недопустимість доказів, отриманих органом досудового розслідування, шляхом описаним вище, в кожному конкретному випадку необхідно враховувати обставини справи. Однак вбачається, що докази отриманні в результаті втручання в приватне спілкування без отримання ухвали слідчого судді апеляційного суду області, є такими, що отриманні з істотним порушенням прав, свобод та інтересів особи, закріплених Конституцією та законами України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а тому такі докази не відповідають критерію допустимості.

Висновки

По-перше, особа, яку не повідомлено про те, що її спілкування може бути піддано втручанням з боку державних органів, в будь-якому випадку, має право обґрунтовано сподіватись на приватність свого спілкування, яке підлягає захисту ст.8 Конвенції. Використання особою програмного забезпечення, яке захищається наскрізним шифруванням (при передаванні даних, доступ до повідомлень мають тільки користувачі, заді-

яні у спілкуванні), апіорі означає, що особа бажає обмежити доступ третіх осіб до свого листування, а тому отримання доступу до технічного обладнання не включає в себе доступ до програмного забезпечення, а переписка осіб у Skype, IMessage, WhatsApp, Viber, Telegram, Signal, смс є приватним спілкуванням. Такий доступ вважається не обмеженим його володільцем або утримувачем та не потребує наявності відповідного судового рішення тільки у випадку наявності його письмового дозволу.

По-друге, для того, щоб втручання в приватне спілкування не порушувало вимоги ст.8 Конвенції, воно має бути здійснено в порядку, встановленому законом. В КПК України закріплено виключний перелік слідчих дій, під час яких можливе втручання в приватне спілкування, а порядок їх здійснення визначений Главою 21 Розділу III КПК України. Таким чином, слідчий суддя суду першої інстанції має право давати дозвіл на відшукування і вилучення приватних комп'ютерів та смартфонів, однак втручання в приватне спілкування осіб можливе лише на підставі ухвали слідчого судді апеляційного суду області.

По-третє, докази отриманні в результаті втручання в приватне спілкування без отримання ухвали слідчого судді апеляційного суду області, є такими, що отриманні з істотним порушенням прав, свобод та інтересів особи, а тому такі докази не відповідають критерію допустимості.

Конфлікт інтересів

Відсутній реальний чи потенційний конфлікт інтересів автора статті з відповідальними особами чи будь-якими іншими третіми особами щодо тематики статті та суміжних напрямків юридичних досліджень.

Вираз вдячності

Автор висловлює щире подяку колективу кафедри кримінального процесу Національного юридичного університету ім. Ярослава Мудрого за підтримку та поради щодо напрямку дослідження.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Савляк І. І. Таємниця спілкування як засада кримінального провадження: автореф. дис. ... докт. філос. наук: 12.00.09. Київ, 2018. 25 с.
2. Білічак О. А. Загальні положення про втручання в приватне спілкування за КПК України. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2014. № 1 (9). С. 201–204.
3. Самбор М. А. Негласні слідчі (розшукові) дії, пов'язані із зняттям інформації з транспортних телекомунікаційних мереж та встановленням радіоелектронного засобу: умови для проведення та гарантування прав людини та громадянина як споживача рухомого (мобільного) зв'язку. *Вісник Дніпропетровського університету ім. А. Нобеля. Серія "Юридичні науки"*. 2013. № 1 (4). С. 74–81.
4. Adam M. The iPhone meets the fourth amendment. *UCLA Law Review*. 2008 Vol. 27. P. 27–58.
5. Warken C. Classification of Electronic Data for Criminal Law Purposes. Information exchange and data pro-

- tection in the area of law enforcement. *eucri* 4 /2018. P. 226–233.
6. Dubey V. Admissibility of Electronic Evidence: An Indian Perspective. *Forensic Research & Criminology International Journal*. 2017. Vol. 4 Issue 2. URL: <https://medcraveonline.com/FRCIJ/FRCIJ-04-00109.pdf>.
 7. Конституція України: Закон від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр>.
 8. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: від 04.11.1950. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
 9. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 № 4651–VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.
 10. Рішення Європейського суду з прав людини по справі "Класс та інші проти Німеччини": від 06.09.1978. URL: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_093.
 11. Українське ділове мовлення: навч. пос. 6-те вид. випр., і допов. Київ: Алерта, 2008. 301 с.
 12. Оконенко Р. И. "Электронные доказательства" и проблемы обеспечения прав граждан на тайну личной жизни в уголовном процессе: сравнительный анализ законодательства Соединенных Штатов Америки и Российской Федерации: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Москва, 2016. 24 с.
 13. Рішення Європейського суду з прав людини по справі "Sorland проти Сполученого Королівства": від 03.07.2007 заява № 62617/00. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-79996>.
 14. Про поштовий зв'язок: Закон України від 04.10.2001 № 2759–III. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2759-14>.
 15. Про електронні документи та електронний документообіг: Закон України від 22.05.2003 № 851–IV. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/851-15>.
 16. Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах: Закон України від 05.07.1994 № 80/94-ВР. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/80/94-%D0%B2%D1%80>.
 17. Про телекомунікації: Закон України від 18.11.2003 № 1280–IV. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1280-15>.
 18. Ухвала слідчого судді Новозаводського районного суду м. Чернігова від 08.11.2018 р. по справі № 751/7438/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77709858>.
 19. Ухвала апеляційного суду м. Києва від 21.06.2018 р. по справі № 760/13873/18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74839020>.
 20. Гуселев О. Н. Проблеми легітимізації використання результатів слідчих (розшукових) дій для доказування у кримінальному провадженні. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2018. № 1. С. 30–43.
 21. Про деякі питання здійснення слідчим суддею суду першої інстанції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження: Інформаційний лист ВССУ від 05.04.2013 № 223-559/0/4-13. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0558740-13>.

REFERENCES

1. Savlyak, I. I. (2018). *Tayemnytsya spilkuvannya yak zasada kryminal'noho provadzhennya* [Mystery of communication as a basis for criminal proceedings]. Extended abstract of doctor's thesis (12.00.09). Kyiv (in Ukr.).
2. Bilichak, O. A. (2014). Zahal'ni polozhennya pro vtruchannya v pryvatne spilkuvannya za KPK Ukrayiny [General Provisions on Intervention in Private Communication for the CPC of Ukraine]. *Naukovyy visnyk Mizhnarodnoho humanitarnoho universytetu. Seriya: Yurysprudentsiy*, 1(9). 201–204 (in Ukr.).
3. Sambor, M. A. (2013). Nehlasni slidchi (rozshukovi) diyi, pov'yazani iz znyattiam informatsiyi z transportnykh telekomunikatsiynykh merezh ta vstanovlenniam radioelektronnoho zasobu: umovy dlya provedennya ta harantuvannya prav lyudyny ta hromadyanyna yak spozhyvacha rukhomoho (mobil'noho) zv'yazku [Involuntary Investigative (Investigative) Actions Related to Removing Information from Transport Telecommunication Networks and Installing Radioelectronic Devices: Conditions for the Conduct and Safeguarding of Human and Citizen's Rights as a Consumer of Mobile (Mobile) Communication]. *Visnyk Dnipropetrovs'koho universytetu im. A. Nobelya. Seriya "Yurydychni nauky"*, 1(4). 74–81 (in Ukr.).
4. Adam, M. (2008). The iPhone meets the fourth amendment. *UCLA Law Review*, (27). 27–58.
5. Warken, C. (2018). Classification of Electronic Data for Criminal Law Purposes. *Information exchange and data protection in the area of law enforcement. eucri* 4. P. 226–233.
6. Dubey, V. (2017). Admissibility of Electronic Evidence: An Indian Perspective. *Forensic Research & Criminology International Journal*, Vol. 4 Issue 2. Retrieved from: <https://medcraveonline.com/FRCIJ/FRCIJ-04-00109.pdf>.
7. *Konstytutsiya Ukrayiny* [The Constitution of Ukraine]. Zakon Ukrayiny (28.06.1996 No 254k/96-VR). Retrieved from: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр> (in Ukr.).
8. *Konventsiya pro zakhyst prav lyudyny i osnovopolozhnykh svobod* [Convention for the Protection of Human

- Rights and Fundamental Freedoms]. (04.11.1950). Retrieved from: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (in Ukr.).
9. *Kryminal'nyy protsesual'nyy kodeks Ukrayiny* [The Criminal Procedural Code of Ukraine]. Zakon Ukrayiny (13.04.2012 No 4651–6). Retrieved from: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (in Ukr.).
 10. *Rishennya Yevropeys'koho sudu z prav lyudyny po spravi "Klass ta inshi proty Nimechchyny"* [Judgment of the European Court of Human Rights in the case of "Class and Others v. Germany"]. (06.09.1978). Retrieved from: http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_093 (in Ukr.).
 11. *Ukrayins'ke dilove movlennya: navch. pos.* [Ukrainian business broadcasting: taught. pos.]. Kyiv: Alerta, 2008 (in Ukr.).
 12. Okonenko, R. I. (2016). *"Elektronnyye dokazatel'stva" i problemy obespecheniya prav grazhdan na taynu lichnoy zhizni v ugovnom protsesse: sravnitel'nyy analiz zakonodatel'stva Soyedinennykh Shtatov Ameriki i Rossiyskoy Federatsii* ["Electronic evidence" and the problem of ensuring the rights of citizens to privacy in the criminal process: a comparative analysis of the legislation of the United States of America and the Russian Federation]. Extended abstract of candidate's thesis (12.00.09). Moskva (in Russ.).
 13. *Rishennya Yevropeys'koho sudu z prav lyudyny po spravi "Copland proty Spoluchenooho Korolivstva"* [Judgment of the European Court of Human Rights in Copland v. The United Kingdom]. (03.07.2007 zayava No 62617/00). Retrieved from: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-79996> (in Ukr.).
 14. *Pro poshtovyy zv'yazok* [About postal communication]. Zakon Ukrayiny (04.10.2001 No 2759–3). Retrieved from: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2759-14> (in Ukr.).
 15. *Pro elektronni dokumenty ta elektronnyy dokumentoobih* [About electronic documents and electronic document circulation]. Zakon Ukrayiny (22.05.2003 No 851–4). Retrieved from: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/851-15> (in Ukr.).
 16. *Pro zakhyst informatsiyi v informatsiyno-telekomunikatsiynykh systemakh* [On the protection of information in information and telecommunication systems]. Zakon Ukrayiny (05.07.1994 No 80/94-vr). Retrieved from: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/80/94-%D0%B2%D1%80> (in Ukr.).
 17. *Pro telekomunikatsiyi* [About telecommunications]. Zakon Ukrayiny (18.11.2003 No 1280–4). Retrieved from: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1280-15> (in Ukr.).
 18. *Ukhvala slidchoho suddi Novozavodsk'koho rayonnoho sudu m. Chernihova* [The decision of the investigating judge of Novozavodsk district court of Chernihiv]. (08.11.2018 po spravi No 751/7438/18). Retrieved from: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77709858> (in Ukr.).
 19. *Ukhvala apelyatsiynoho sudu m. Kyyeva* [Decision of the Kyiv Court of Appeal]. (21.06.2018 po spravi No 760/13873/18). Retrieved from: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/74839020> (in Ukr.).
 20. Huselev, O. N. (2018). Problemy lehitimizatsiyi vykorystannya rezul'tativ slidchykh (rozshukovykh) diy dlya dokazuvannya u kryminal'nomu provadzhenni [Problems of legitimizing the use of the results of investigative (search) actions for proving in criminal proceedings]. *Naukovyy chasopys Natsional'noyi akademiyi prokuratury Ukrayiny*, (1). 30–43 (in Ukr.).
 21. *Pro deyaki pytannya zdiysnennya slidchym suddeyu sudu pershoi instantsiyi sudovoho kontrolyu za dotrymannyam prav, svobod ta interesiv osib pid chas zastosuvannya zakhodiv zabezpechennya kryminal'noho provadzhennya* [On certain issues of the investigating judge of the court of first instance judicial control over the observance of the rights, freedoms and interests of individuals in the application of measures to ensure criminal proceedings]. *Informatsiynyy lyst VSSU* (05.04.2013 No 223-559/0/4-13). Retrieved from: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0558740-13> (in Ukr.).

ІНФОРМАЦІЯ ПРО СТАТТЮ (ARTICLE INFO)

Published in:
 Форум права: 55 pp. 70–79.

Related identifiers:

10.5281/zenodo.2635569
http://forumprava.pp.ua/files/070-079-2019-2-FP-Perepelitsa_10.pdf
http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2019_2_10.pdf

License (for files):

Creative Commons Attribution 4.0 International

Received: 16.01.2019

Accepted: 25.03.2019

Published: 26.03.2019

Cite as:

Перепелиця, С. І. (2019). Дотримання прав особи під час втручання у приватне спілкування в кримінальному провадженні. *Форум Права*, 55(2). 70–79. DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.2635569>.

Perepelitsa, S. I. (2019). Dotrymannya prav osoby pid chas vtruchannya u pryvatne spilkuvannya v kryminal'nomu provadzhenni [Enforcement of Personal Rights During Interference into Private Communication in Criminal Proceedings]. *Forum Prava*, 55(2). 70–79. DOI: <http://doi.org/10.5281/zenodo.2635569>.