

УДК 351.745.7

DOI <https://doi.org/10.32840/pdu.2022.4.4>**Ю. О. Шишацька**аспірантка кафедри кримінального процесу,
детективної та оперативно-розшукової діяльності
Національного університету «Одеська юридична академія»

ЗАСТОСУВАННЯ КОНФІДЕНЦІЙНОГО СПІВРОБІТНИЦТВА: МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ ТА ПРАКТИКА ЄСПЛ

В статті автор аналізує міжнародні стандарти та практику ЄСПЛ в частині застосування конфіденційного співробітництва при розслідуванні кримінальних правопорушень. Так, автор зазначає, що на міжнародному рівні не існує єдиного документу, який би встановлював вимоги до конкретних форм здійснення негласних процесуальних дій, особливо щодо реалізації конфіденційного співробітництва. У зв'язку з цим в першу чергу необхідно брати до уваги практику ЄСПЛ, в якій аналізується національне законодавство, проте відповідно до положень Європейської конвенції. Відносно практики застосування таємних агентів можна зазначити, що ЄСПЛ притримується єдиної позиції, адже в той час як Суд постійно визнавав використання таємних агентів як методу законного розслідування для боротьби з серйозними злочинами, цей метод все ще вимагає, щоб чіткі, відповідні і достатні процесуальні гарантії відмежовували дозволу поведінку поліції від провокування на кримінально караний вчинок, оскільки суспільним інтересом не можна виправдати використання доказів, здобутих шляхом підбурювання з боку поліції. При більш прискіпливому аналізі можна помітити, що аналіз законності використання таємних агентів в практиці ЄСПЛ майже завжди пов'язаний з розмежуванням контролю у вчиненні злочину від провокації.

Визначаючи характерні ознаки підбурювання з боку працівників правоохоронних органів або з боку таємних агентів, ЄСПЛ зазначив, що підбурювання з боку поліції має місце тоді, коли відповідні працівники правоохоронних органів або особи, які діють за їхніми вказівками, не обмежуються пасивним розслідуванням, а з метою встановлення злочину, тобто отримання доказів і порушення кримінальної справи, впливають на суб'єкта, схилиючи його до вчинення злочину, який в іншому випадку не був би вчинений.

В процесі аналізу застосування таємних агентів ЄСПЛ в значній мірі робить акцент на національне законодавство, зазначаючи, що таке застосування має бути «згідно із законом», вимога, яка була сформульована наступним чином: «оскаржуване втручання повинно мати певну підставу в національному законодавстві; ця вимога також стосується якості відповідного законодавства і вимагає, щоб воно було доступне відповідній особі, яка, крім того, повинна передбачати його наслідки для себе, а також це законодавство повинно відповідати принципу верховенства права»; формулювання «згідно із законом» вимагає від оскаржуваного заходу як підґрунтя в національному законодавстві, так і його відповідності принципів верховенства права.

Ключові слова: агенти, конфіденційне співробітництво, практика ЄСПЛ.

Постановка проблеми. Застосування конфіденційного співробітництва вимагає суворого дотримання норм національного законодавства, адже в ході такого співробітництва можуть бути суттєво обмежені права та законні інтереси як самого конфідента, так і осіб, відносно яких проводиться конфіденційне співробітництво. Відповідно, уповноважені особи право-

охоронних органів повинні чітко знати всі правові положення, які стосуються конфіденційного співробітництва, адже будь-яке порушення вимог законодавства може не лише обмежити права учасників таких правовідносин, а і поставити під сумнів все співробітництво, що може тягнути за собою визнання отриманих доказів недопустимими.

В той же час необхідно підкреслити, що така форма взаємодії під час слідчої та оперативно-розшукової діяльності є універсальною майже у всіх країнах світу, а не лише в Україні. У зв'язку з цим ми вважаємо правильним дослідження не лише національних, а і міжнародних стандартів здійснення конфіденційного співробітництва, адже по-перше, міжнародне законодавство, ратифіковане Верховою радою України, є частиною національного законодавства, а по-друге, дослідження правил застосування конфіденційного співробітництва іншими країнами дозволить нам запозичити та застосовувати найкращі практики, які дозволять значно підвищити ефективність такої форми взаємодії під час слідчої та оперативно-розшукової діяльності.

Аналіз останніх наукових досліджень та публікацій. Кримінальна процесуальна доктрина досить мало уваги приділяла європейським стандартам застосування конфіденційного співробітництва. Така ситуація в першу чергу пояснюється специфікою залучення конфідентів для розслідування кримінальних правопорушень. В той же час наявна достатня кількість міжнародних нормативно-правових актів, які визначають основні стандарти застосування конфіденційного співробітництва, та рішень ЄСПЛ, які і будуть досліджуватися в даній статті.

Мета статті – дослідити міжнародні стандарти застосування конфіденційного співробітництва у кримінальному процесі та оцінити відповідність вітчизняного законодавства таким стандартам.

Виклад основного матеріалу. В першу чергу правовою основою здійснення негласної та оперативно-розшукової діяльності складають міжнародні документи, які гарантують особам невтручання у приватне життя. Так, згідно зі ст. 12 Загальної декларації прав людини, прийнятої резолюцією 217А (III) Генеральної Асамблеї ООН 10 грудня 1948 р., ніхто не може зазнавати безпідставного втручання у його особисте і сімейне життя, безпідставного посягання на недоторканність його житла, тайну його кореспонденції або на його честь і репутацію [1]. В Конвенції про захист прав людини та осно-

воположних свобод у статті 8 вказується, що кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції. Органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно із законом і 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 [2].

Стаття 4 Кодексу поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку, прийнятого резолюцією 34/169 Генеральної Асамблеї ООН 17 грудня 1979 р., визначає загальний принцип збереження конфіденційності відомостей, отриманих посадовими особами: «відомості конфіденційного характеру, що отримують посадові особи з підтримання правопорядку, зберігаються в таємниці, якщо виконання обов'язків чи вимоги правосуддя не вимагають іншого» [3].

Відповідно до посібника ООН з оцінки системи кримінального судочинства, «практика використання інформаторів або людських ресурсів для збору інформації та даних в одних країнах використання інформаторів та робота з ними (тобто керівництво їх діяльністю) носять централізований характер, в інших інформатори – це особи, контакти з якими в умовах відсутності будь-якого контролю підтримують окремі працівники. Інформатори можуть керуватися самими різними мотивами. Вони можуть бути як «свідомими громадянами», що надають інформацію з почуття громадянського обов'язку, так і затятими злочинцями, що прагнуть усунути конкурентів. Інформація може надаватися під час переговорів для отримання будь-якої особистої вигоди або, що найбільше поширено, продаватися за гроші. Секретний характер роботи з інформаторами та використання значних фінансових сум стають суттєвими ризиками для зловживань. По суті, достовірність та джерело будь-якої наданої інформатором інформації повинні ретельно оцінюватися і, наскільки це можливо, підтверджуватись відомостями з додаткових джерел. Водночас слід визнати, що поліція несе

відповідальність за своїх інформаторів та повинна захищати їх від будь-якої форми помсти» [4].

Існує ряд міжнародно-правових документів, що прямо передбачають використання негласних можливостей у протидії злочинності. Конвенція проти транснаціональної організованої злочинності, прийнята резолюцією 55/25 Генеральної Асамблеї ООН 15 листопада 2000 р., визначає серед спеціальних методів розслідування здійснення агентурних операцій компетентними органами з метою ефективною протидії організованим злочинності. Конвенція також вимагає вживати відповідні заходи із захисту свідків (агентів) у кримінальному судочинстві [5]. В той же час очевидним є те, що на міжнародному рівні не існує єдиного документу, який би встановлював вимоги до конкретних форм здійснення негласних процесуальних дій, особливо щодо реалізації конфіденційного співробітництва. У зв'язку з цим в першу чергу необхідно брати до уваги практику ЄСПЛ, в якій аналізується національне законодавство, проте відповідно до положень Європейської конвенції.

Відносно практики застосування таємних агентів можна зазначити, що ЄСПЛ притримується єдиної позиції: «в той час як Суд постійно визнавав використання таємних агентів як методу законного розслідування для боротьби з серйозними злочинами, цей метод все ще вимагає, щоб чіткі, відповідні і достатні процесуальні гарантії відмежовували дозволу поведінку поліції від провокування на кримінально караний вчинок, оскільки суспільним інтересом не можна виправдати використання доказів, здобутих шляхом підбурювання з боку поліції» [6]. При більш прискіпливому аналізі можна помітити, що аналіз законності використання таємних агентів в практиці ЄСПЛ майже завжди пов'язаний з розмежуванням контролю у вчиненні злочину від провокації. Так, в справі «Раманаускас проти Литви» Суд досліджував наявність факту підбурювання в діях працівників поліції в процесі передавання хабаря. Було проаналізовано рішення Верховного суду Литви, в якому зазначалося, що «фізичні особи можуть виступати в ролі таємних агентів тільки після того, як вони повідо-

мили в органи про злочинне діяння, яке, ймовірно, буде здійснено. Висновок про підбурювання може бути зроблений навіть в тому випадку, якщо дії посадових осіб щодо підбурювання були неінтенсивними або ненаполегливими, або якщо з підозрюваним зв'язалися через третіх осіб, які нічого не підозрювали. Державним органам потрібно довести, що ніякого підбурювання не було. У разі підбурювання всі докази, отримані в результаті цієї справи, повинні бути виключені зі справи» [7]. Суд в цілому визнав, що зростання організованої злочинності і труднощі, з якими стикаються правоохоронні органи при виявленні і розслідуванні правопорушень, виправдовують вжиття належних заходів. Він підкреслив, що поліції все частіше потрібно використовувати таємних агентів, які забезпечені оперативною легендою, інформаторів і негласні методи оперативної роботи, особливо в боротьбі з організованою злочинністю і корупцією. Суд визнає використання таємних методів розслідування в боротьбі зі злочинністю. Він неодноразово стверджував, що таємні операції як такі не перешкоджають праву на справедливий судовий розгляд, і що наявність ясних, адекватних і достатніх процесуальних гарантій встановлює допустимі дії поліції, які не допускають провокації. «Конвенцією не заборонено використовувати на стадії попереднього розслідування такі джерела, як анонімні інформатори, якщо це виправдано характером злочину. Однак використання надалі таких джерел інформації судом для обґрунтування обвинувального вироку буде правомірним тільки в тому разі, коли є належні й достатні гарантії недопущення зловживань, зокрема коли встановлена чітка та прозора процедура надання дозволу на застосування таких оперативно-розшукових заходів, їх здійснення та контролю за цими діями... Крім того, якщо діяльність негласних агентів усе ж можлива за наявності чітких обмежень та гарантій від зловживань, використання доказів, отриманих унаслідок підбурювання з боку поліції, не можна виправдати суспільним інтересом, оскільки в такому випадку обвинувачений із самого початку може бути позбавлений права на справедливий

судовий розгляд справи» [7]. «У демократичному суспільстві право на належне відправлення правосуддя займає таке значуще місце, що не можна його приносити у жертву доцільності. Конвенція не перешкоджає тому, що на стадії попереднього слідства можна опиратися на інформацію, надану таємними інформаторами, але подальше використання показань анонімних свідків як доказів, достатніх для обґрунтування обвинувального вироку, викликає різні проблеми» [8]. «Конвенція не перешкоджає тому, що на стадії попереднього слідства можна спиратися на такі джерела, як таємні інформатори, але подальше використання показань анонімних свідків як доказів, достатніх для обґрунтування обвинувального вироку, може викликати проблеми з погляду Конвенції (...). Подібне використання ні за яких обставини несумісні з Конвенцією» [9].

Визначаючи характерні ознаки підбурювання з боку працівників правоохоронних органів або з боку таємних агентів, Суд зазначив, що підбурювання з боку поліції має місце тоді, коли відповідні працівники правоохоронних органів або особи, які діють за їхніми вказівками, не обмежуються пасивним розслідуванням, а з метою встановлення злочину, тобто отримання доказів і порушення кримінальної справи, впливають на суб'єкта, схилиючи його до вчинення злочину, який в іншому випадку не був би вчинений. «Суд, щоб встановити, чи обмежилися A.Z. та V.S. лише «пасивним розслідуванням протиправної діяльності», повинен врахувати, що: у справі немає доказів, які б підтверджували, що заявник раніше вчиняв злочини, зокрема пов'язані з корупцією; як засвідчують записи телефонних розмов, заявник неодноразово зустрічався із A.Z. з ініціативи останнього (цей факт, очевидно, спростовує наведені Урядом доводи про те, що правоохоронні органи жодного разу не тиснули на заявника і не вдавалися до погроз). Навпаки, через контакти, встановлені з ініціативи A.Z. та V.S., правоохоронні органи явно схилили заявника до протиправних дій, хоча, крім чуток, не було об'єктивних доказів для припущення, що заявник займається незаконною діяльністю» [7].

У справі «Тейшейра де Кастро проти Португалії» було зазначено, що «використання негласних агентів має бути обмежене, а також повинні дотримуватися права людини, навіть у випадках боротьби з незаконним обігом наркотиків. Хоч сплеск організованої злочинності безсумнівно змушує вживати адекватних заходів, проте справедливе відправлення правосуддя є тим принципом, який не повинен страждати від цього. Основні вимоги справедливості, які зазначені в статті 6 Конвенції відносяться до будь-якого виду злочинів, від самих незначних до особливо тяжких. Суспільний інтерес не може виправдати використання доказів отриманих за допомогою провокацій поліції... У цій справі необхідно з'ясувати чи підпадали дії поліцейських під визначення «негласних агентів». Суд зазначає, що Уряд не підтвердив, що дії поліцейських були частиною операції по боротьбі з незаконним обігом наркотиків, яка була санкціонована і була під контролем суду. Також відсутні докази того, що у правоохоронних органів були достатні підстави підозрювати заявника в незаконному перевезенні наркотиків; навпаки він не мав судимості і ніколи не притягувався до кримінальної відповідальності. Він не був відомий співробітникам поліції, і в контакт з ним вони вступили тільки через посередництво В.С. і Ф.О. Більш того наркотики не перебували в будинку заявника; він їх придбав у третьої особи, яка в свою чергу придбала їх ще в однієї особи. У Постанові Верховного суду від 5 травня 1994 не було нічого сказано про те, що в момент арешту при заявнику знаходилося більше наркотиків, ніж ті, які намагалися придбати співробітники поліції, з метою спровокувати його на вчинення злочину. Не має під собою підстав твердження Уряду, що позивач був схильний до того, щоб скоїти злочини. З цього випливає висновок, що співробітники поліції не розслідували (in an essentially passive manner) злочинну діяльність заявника, а здійснювали на нього такий вплив, щоб він вчинив злочин. Нарешті Суд заявляє, що в актах судових органів Португалії йдеться, що заявник був засуджений в основному на підставі показань двох поліцейських» [10].

Аналогічний висновок було зроблено і у справі «Ваньян проти Росії»: «Конвенція не забороняє ставитися з довірою до таких джерел, як анонімні інформатори, зокрема, на етапі слідства. Однак подальше використання їх показань в суді для обґрунтування обвинувального вироку – інша справа. Використання таємних агентів повинно бути заборонено і заходи попередження щодо них мають бути прийняті навіть у справах, що стосуються боротьби проти наркоторгівлі. З вимог справедливого суду за статтею 6 впливає, що суспільні інтереси в боротьбі проти наркоторгівлі не можуть виправдати використання доказів, отриманих в результаті провокації поліції. Коли трапляється, що дії таємних агентів спрямовані на підбурювання злочину, і немає підстав вважати, що він був би скоєний без їхнього втручання, то це виходить за рамки розуміння таємного агента і може бути названо провокацією. Таке втручання і його використання в розгляді кримінальної справи може неоправно підірвати справедливість судового розгляду» [11].

Можна продовжувати аналізувати інші рішення ЄСПЛ, проте вже на даному етапі зрозуміло, що в процесі аналізу застосування таємних агентів ЄСПЛ в значній мірі робить акцент на національне законодавство, зазначаючи, що таке застосування має бути «згідно із законом», вимога, яка була сформульована наступним чином: «оскаржуване втручання повинно мати певну підставу в національному законодавстві; ця вимога також стосується якості відповідного законодавства і вимагає, щоб воно було доступне відповідній особі, яка, крім того, повинна передбачати його наслідки для себе, а також це законодавство повинно відповідати принципу верховенства права» [12]; «формулювання «згідно із законом» вимагає від оскаржуваного заходу як підґрунтя в національному законодавстві, так і його відповідності принципів верховенства права» [13].

Висновки і пропозиції. В цілому можна помітити, що українське кримінальне процесуальне законодавство відповідає визначеним міжнародним стандартам у сфері залучення конфідентів для

розслідування кримінальних правопорушень. В той же час проблеми, з якими стикаються правоохоронці, виникають власне в процесі реалізації такого співробітництва через відсутність чітких інструкцій на рівні підзаконних нормативно-правових актів для працівників правоохоронних органів. У зв'язку з цим ми вважаємо за необхідно покращити нормативне регулювання конфіденційного співробітництва у кримінальному процесі шляхом розширення відповідної нормативної бази.

Список використаної літератури:

1. Загальна декларація прав людини, прийнята і проголошена резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text (дата звернення: 08.06.2022).
2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, ратифіковано Законом № 475/97-ВР від 17.07.97. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 08.06.2022).
3. Резолюція 34/169 Генеральної Асамблеї ООН «Кодекс поведінки посадових осіб з підтримання правопорядку». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_282#Text (дата звернення: 08.06.2022).
4. Работа полиции. Системы полицейской информации и разведки. Пособие по оценке систем уголовного правосудия. URL: https://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/10-52547_1_Policing_4_ebook.pdf (дата звернення: 08.06.2022).
5. Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти транснаціональної організованої злочинності, прийнята резолюцією 55/25 Генеральної Асамблеї від 15 листопада 2000 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_789#Text (дата звернення: 08.06.2022).
6. Справа «Чохонелідзе проти Грузії», заява №31536/07. URL: <https://www.echr.com.ua/translation/sprava-chохонелідзе-proti-gruzii-povnij-tekst-rishennya/> (дата звернення: 08.06.2022).
7. Справа «Раманаускас проти Литви», заява № 55146/14. URL: https://www.echr.com.ua/wp-content/uploads/2018/03/f5ef3ba52c4849ecd3ac_file.pdf (дата звернення: 08.06.2022).
8. Справа "KOSTOVSKI v. THE

- NETHERLANDS”, заява № 11454/85. URL: <https://swarb.co.uk/kostovski-v-the-netherlands-echr-20-nov-1989/> (дата звернення: 08.06.2022).
9. Справа “Doorson v the Netherlands”, заява № 20524/92. URL: <https://www.hr-dp.org/contents/545> (дата звернення: 08.06.2022).
10. Справа “Тейшейра де Кастро проти Португалії”, заява № 44/1997/828/1034. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/rus#{«itemid»: \[«001-58193»\]}](https://hudoc.echr.coe.int/rus#{«itemid»: [«001-58193»]}) (дата звернення: 08.06.2022).
11. Справа «Ваньян проти Росії», заява № 53203/99. URL: <https://www.srji.org/resources/search/27/> (дата звернення: 08.06.2022).
12. Справа “Михайлюк та Петров проти України”, заява № 11932/02. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_500#Text (дата звернення: 08.06.2022).
13. Справа “Белоусов проти України”, заява №4494/07. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_989#Text (дата звернення: 08.06.2022).
-

Shyshatska Yu. Application of confidential cooperation: international standards and ECtHR practice

In the article, the author analyzes the international standards and practice of the ECtHR in terms of the application of confidential cooperation in the investigation of criminal offenses. Thus, the author notes that at the international level there is no single document that would establish requirements for specific forms of implementation of secret procedural actions, especially regarding the implementation of confidential cooperation. In this regard, first of all, it is necessary to take into account the practice of the ECtHR, which analyzes national legislation, however, in accordance with the provisions of the European Convention. Regarding the practice of using undercover agents, it can be noted that the ECtHR maintains a unified position, because while the Court has consistently recognized the use of undercover agents as a method of legitimate investigation to combat serious crimes, this method still requires that clear, appropriate and sufficient procedural guarantees demarcate permitted police conduct from inciting a criminal act, as the public interest cannot justify the use of evidence obtained through incitement by the police. With a more careful analysis, it can be seen that the analysis of the legality of the use of secret agents in the practice of the ECtHR is almost always related to the distinction between control in the commission of a crime and provocation.

Determining the characteristic features of incitement by law enforcement officers or secret agents, the ECtHR noted that incitement by the police occurs when the relevant law enforcement officers or persons acting on their instructions are not limited to passive investigation, but with the aim of establishing of the crime, that is, obtaining evidence and initiating a criminal case, influence the subject, predisposing him to commit a crime that otherwise would not have been committed.

In the process of analyzing the use of secret agents, the ECtHR places considerable emphasis on national law, noting that such use must be “in accordance with the law”, a requirement that was formulated as follows: “the contested intervention must have some basis in national law; this requirement also concerns the quality of the relevant legislation and requires that it be available to the relevant person, who, in addition, must foresee its consequences for himself, and this legislation must also comply with the principle of the rule of law”; the wording “in accordance with the law” requires from the contested measure both a basis in national legislation and its compliance with the principle of the rule of law.

Key words: agents, confidential cooperation, ECtHR practice.