НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
«КИЄВО-МОГИЛЯНСЬКА АКАДЕМІЯ»
ФАКУЛЬТЕТ ПРАВНИЧИХ НАУК
Кафедра кримінального та кримінального процесуального права

КВАЛІФІКАЦІЙНА РОБОТА
освітній ступінь – магістр

з кримінального процесуального права

на тему:

«Забезпечення охорони таємниці приватного життя на стадії досудового розслідування»

«Assurance of protection of private life at the stage of pre-trial investigation»

Виконала:
студентка 2 року навчання
магістерської програми
Лелякова Ксенія Андріївна
ksenia.leliakova@ukma.edu.ua

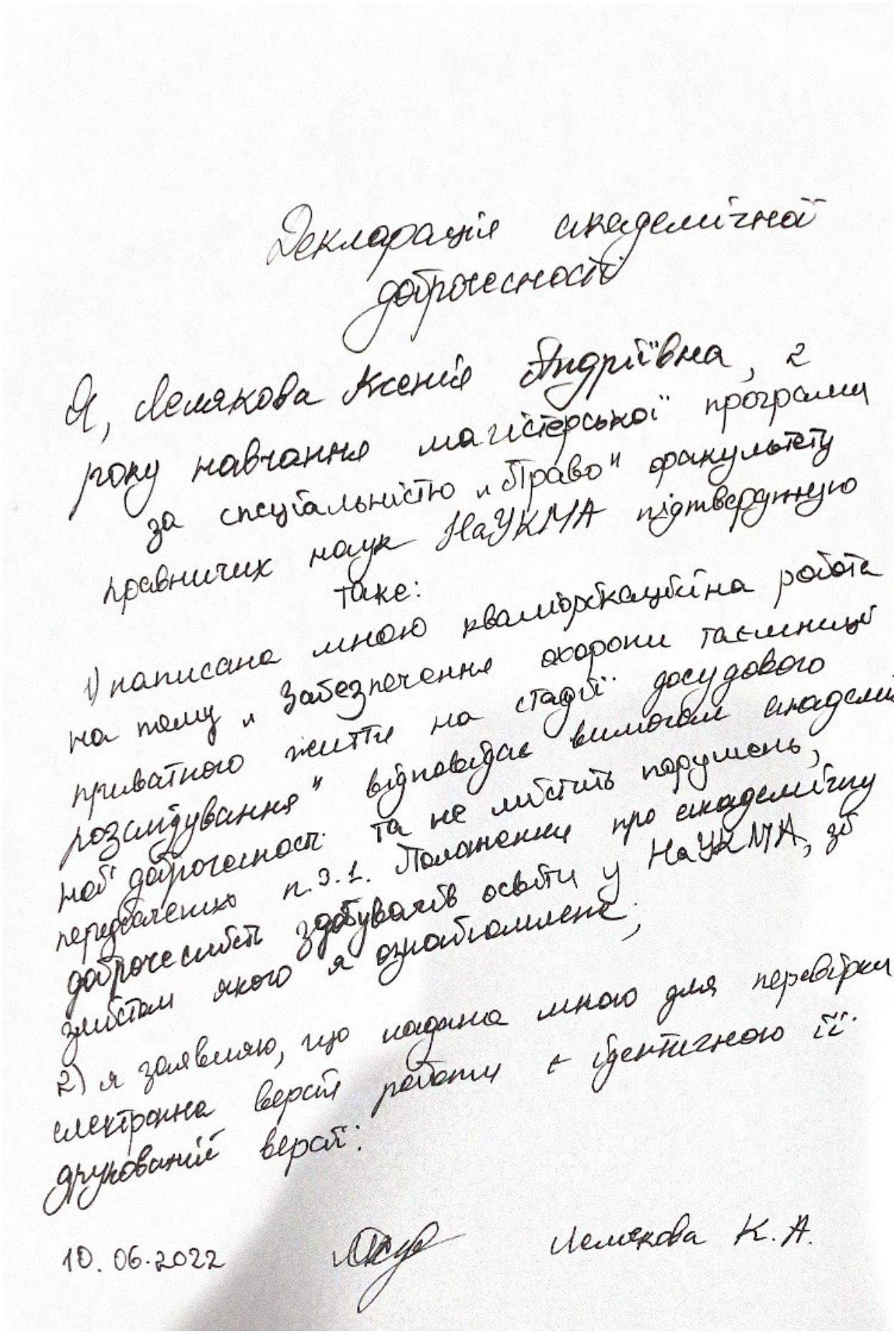
Керівник кваліфікаційної роботи:
Удовенко Жанна Володимирівна
доцент кафедри кримінального та
кримінального процесуального права
доктор юридичних наук, доцент

Рецензент_____

Магістерська робота захищена
з оцінкою _____

Секретар ЕК_____
« » _____ 2022 р.

Київ-2022



Декларація академічної доброчесності

Я, Семякова Ксенія Андріївна, 2 року навчання магістерської програми за спеціальністю «Право» факультету правничих наук НаУКМА підтверджую таке:

1) написана мною кваліфікаційна робота на тему «Забезпечення охорони таємниці приватного життя на стадії досудового розслідування» відповідає вимогам академічної доброчесності та не містить порушень, передбачених п. 3.1. Положення про академічну доброчесність здобувачів освіти у НаУКМА, з змістом якого ознайомлена;

2) я заявляю, що надана мною для перевірки електронна версія роботи є ідентичною її друкованій версії.

10.06.2022 Семякова К.А.

ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ……..…….....4
ВСТУП…….5
РОЗДІЛ 1 ОСНОВИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОХОРОНИ ТАЄМНИЦІ ПРИВАТНОГО ЖИТТЯ ОСІБ НА ДОСУДОВОМУ РОЗСЛІДУВАННЯ……...……..8
1.1 Поняття приватного життя відповідно до національного законодавства та практики ЄСПЛ……8
1.2 Таємниця приватного життя осіб як об'єкт правової охорони в кримінальному провадженні та її елементи…….18
1.3 Значення засад кримінального провадження в забезпеченні охорони таємниці приватного життя……...…20
РОЗДІЛ 2 ПІДСТАВИ ТА МЕЖІ НЕВТРУЧАННЯ В ПРИВАТНЕ ЖИТТЯ……..…….29
2.1 Поняття «втручання» в особисте і сімейне життя……..……29
2.2 Підстави втручання в особисте і сімейне життя відповідно до національного законодавства……..……32
2.3 Межі невтручання в особисте і сімейне життя особи відповідно до національного законодавства та практики ЄСПЛ…….…41
РОЗДІЛ 3 ПРОБЛЕМИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ОХОРОНИ ТАЄМНИЦІ ПРИВАТНОГО ЖИТТЯ НА СТАДІЇ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ ТА ШЛЯХИ ЇХ ВИРІШЕННЯ ……...……46
3.1 Проблеми забезпечення охорони таємниці приватного життя під час проведення окремих негласних слідчих (розшукових) дій……...……..46
3.2 Проблеми забезпечення охорони таємниці приватного життя під час проведення окремих слідчих (розшукових) дій, що обмежують право на недоторканість
житла…….58
ВИСНОВКИ……...…….65
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ……70
ДОДАТКИ……...……84

ПЕРЕЛІК УМОВНИХ СКОРОЧЕНЬ

ЄСПЛ – Європейський суд з прав людини;

Конвенція – Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод

КК – Кримінальний кодекс України

КПК – Кримінальний процесуальний кодекс України

НСРД – негласні слідчі (розшукові) дії

СРД – слідчі (розшукові) дії

СК Сімейний кодекс України

ст. – стаття

ЦК – Цивільний кодекс України

ч. – частина

ВСТУП

Недоторканність приватного життя є принципом не тільки кримінально процесуального права, а й таких галузей, як кримінальне, цивільне, адміністративне, міжнародне право. *Актуальність та значимість наукової проблеми* полягає в тому, що приватне та сімейне життя людини не може бути повністю врегульоване нормами права, а тому з'ясування підстав та меж невтручання в особисте і сімейне життя у кримінальному процесуальному праві є актуальним, зважаючи на певні прогалини та колізії у врегулюванні нормами КПК задля створення єдиного практики у цій сфері.

Вагомий внесок серед науковців у дослідження проблеми внесли такі вчені: О. А. Білічак, І. В. Вегера-Іжевська, І. В. Галаган, В. О. Глушков, Л. Ю. Грекова, Л. В. Ємчук, В. А. Колесник, О. Комарницька, С. І. Кравченко, Ю. В. Лисюк, Л. М. Лобойко, В. В. Луцик, В. В. Назаров, І. С. Перепилиця, І. Л. Петрухін, Г. В. Рибікова, А. В. Самодін, В. С. Сивухін, А. В. Сокуренко, О. В. Стогова, О. В. Ткач, В. Г. Уваров, Ж. В. Удовенко та інші.

Об'єктом дослідження є приватне та сімейне життя людини, право людини на недоторканість приватного життя та обов'язок держави ґарантувати це право.

Предметом дослідження є правове регулювання підстав та меж невтручання в особисте і сімейне життя, теоретичні та практичні проблеми, пов'язані з виділенням межі невтручання в особисте і сімейне життя, тлумачення цих меж національними судами та ЄСПЛ, а також. проблеми забезпечення охорони таємниці приватного життя на стадії досудового розслідування та шляхи їх вирішення.

Дослідницьке питання даної роботи*:* «Як врегульовано забезпечення охорони таємниці приватного життя на стадії досудового розслідування у національному законодавстві України?»

Метою дослідження є з'ясування підстав та меж невтручання в особисте та сімейне життя, як на національному рівні, так і на міжнародному, а також аналіз проблем забезпечення охорони таємниці приватного життя під час проведення окремих негласних слідчих (розшукових) дій та вироблення пропозиції щодо удосконалення законодавстві у цій частині.

Відповідно до завданої мети кваліфікаційної роботи визначено наступні *завдання дослідження:*

1) проаналізувати наукову літературу, національне законодавства та практику ЄСПЛ щодо поняття особистого і сімейного життя та права людини на недоторканість приватного життя, його тлумачення;

2) з'ясувати поняття «втручання» в особисте і сімейне життя та підстави втручання в особисте і сімейне життя відповідно до національного законодавства;

3) дослідити положення національного законодавства та судову практику, а також практику ЄСПЛ щодо тлумачення меж невтручання у приватне та сімейне життя;

4) з'ясувати проблеми забезпечення охорони таємниці приватного життя під час проведення окремих негласних слідчих (розшукових) дій;

5) дослідити проблеми забезпечення охорони таємниці приватного життя під час проведення окремих слідчих (розшукових) дій, що обмежують право на недоторканність житла.

Під час написання кваліфікаційної роботи застосовані такі загальнонаукові методи правових досліджень: аксіологічний, антропологічний, системний та порівняльно-історичний. *Аксіологічний метод* застосовано для дослідження особистого та сімейного життя особи як цінності. *Антропологічний метод* застосований для з'ясування сутності правового регулювання підстав та меж невтручання в особисте та сімейне

життя, виходячи з природи людини та її основоположних прав. *Системний метод* допомагає розглянути недоторканність приватного життя людини не тільки як принцип кримінального процесуального права, а також як конституційну засаду та принцип інших галузей права, як-от: кримінального, цивільного, адміністративного та міжнародного права. *Порівняльно-історичний метод* дає змогу встановити відмінність між регулюванням підстав та меж невтручання на різних етапах розвитку суспільства.

Також застосовані такі спеціально-наукові методи правових досліджень, як-от: метод порівняльного правознавства, метод правового моделювання та правового експерименту. *Метод порівняльного правознавства* використовується для зіставлення суміжних правових понять, відмежування особистого життя від сімейного, порівняння законодавчого регулювання цього питання у різних державах та зіставлення судової практики різних держав та міжнародних інстанцій. *Метод правового моделювання* застосований для аналізу міжнародної взаємодії та взаємодопомоги у сфері кримінального процесуального права, що стосується недоторканності приватного життя, та вироблення пропозицій у цій сфері. *Метод правового експерименту*, який тісно пов’язаний із методом правового моделювання, полягає у дослідженні ефективності так званих «експериментальних» норм права, які не закріплені на законодавчому рівні, та їхнього позитивного впливу.

РОЗДІЛ 1
ОСНОВИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОХОРОНИ ТАЄМНИЦІ ПРИВАТНОГО ЖИТТЯ ОСІБ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ УКРАЇНИ

1.1 Поняття приватного життя відповідно до національного законодавства та практики ЄСПЛ

Як відомо, однією з основних засад кримінального процесуального законодавства, яка передбачена ст. 15 КПК України, є засада невтручання в приватне (особисте і сімейне) життя [1]. Так, відповідно до цієї норми під час кримінального провадження кожному гарантується невтручання у приватне (особисте і сімейне) життя. Ніхто не може збирати, зберігати, використовувати та поширювати інформацію про приватне життя особи без її згоди, крім випадків, передбачених цим Кодексом.

Як бачимо, складовими поняття приватного життя є поняття особистого та сімейного життя. Цікавим питанням є поняття особистого та сімейного життя та чи є ці поняття тотожними та взаємозамінними. Для прикладу, у науковій літературі щодо цього питання присутні кардинально протилежні погляди. Наприклад, О. В. Стогова у своїй роботі наводить думку І. Л. Петрухіна, який зазначає, що особисте життя включає неформальне спілкування між людьми, сферу сімейного життя, родинні та дружні зв'язки, інтимні взаємини тощо [2, с. 8]. Але не можемо повністю погодитися з цією позицією, оскільки, як влучно зазначає Ж. В. Удовенко, особисте життя стосується тільки безпосередньо індивіда, тоді як сімейне життя стосується інтересів як мінімум декількох осіб, які створили сім'ю, і відносини між якими підпадають під регулювання СК України [3, с. 108]. Тобто, як бачимо, незважаючи на те, що поняття особистого життя, на перший погляд, є ширшим поняття, яке включає у себе поняття сімейного життя, але, на нашу думку, ці поняття не є повністю тотожними, оскільки сфера сімейного життя, на відміну

від особистого, може стосуватися не тільки самого індивіда, а також осіб, які з ним пов'язані сімейними відносинами. Також слід зазначити, що суміжним є поняття «приватного» життя, але на цьому не будемо зупинятися, оскільки ст. 15 КПК прямо передбачено, що приватне життя це найширше поняття, яке включає і особисте, і сімейне життя особи.

Зрозуміло, що з'ясувати точно, що таке особисте і сімейне життя для кожної людини не вийде, так само, як і не вийде окреслити точний перелік діяльностей, які будуть підпадати під визначення особистого і сімейного життя. Цікавим є рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Жашківської районної ради Черкаської області щодо офіційного тлумачення положень ч. 1, 2 ст. 32, ч. 2, 3 ст. 34 Конституції України. У цій справі Конституційний Суд влучно зазначив, що видається неможливим визначити вичерпний перелік видів поведінки фізичної особи у сферах особистого і сімейного жити, оскільки особисті та сімейні права є частиною природних прав людини, які не є вичерпними, і реалізуються в різноманітних і динамічних відносинах майнового та немайнового характеру, стосунках, певних явищах та подіях [4]. Не можемо не погодитися з цією думкою суду, оскільки, зважаючи на особливість та неповторність психіки кожної людини, а також стрімкий прогрес у суспільстві, врахувати та й поготів врегулювати сфері особистого та сімейного життя видається неможливим.

Незважаючи на те, що діяльність, яка підпадає під особисте і сімейне життя особи, не може бути точно визначена, у науковій літературі висловлено багато позицій щодо сфер життя людини та права, які зазвичай відносять до особистого і сімейного життя. У більшості наукових здобутках право на недоторканість особистого і сімейного життя складається з певної тріади близьких за змістом прав: недоторканність житла, таємниця кореспонденції та повага до честі і гідності. Цікаву думку висловлює В. С. Сивухін про те, що таку тріаду цих прав пояснюють історичні традиції, коли через відсутність прямого нормативного закріплення право на недоторканість особистого і

сімейного життя виводилось з цієї тріади прав, оскільки недоторканість житла, таємниця кореспонденції, повага до честі й гідності є окремими проявами особистого життя і сімейного життя, а тому право людини і громадянина на невтручання в їх особисте і сімейне життя є загальним щодо цієї тріади прав [5, с. 10]. Повністю погоджуємося з думкою автора про те, що хоча й ці права у науковій літературі доволі часто розглядаються як окремі, ми вважаємо, що без включення цих прав до права на недоторканість особистого і сімейного життя неможливо уявити, що ж тоді входить до поняття сімейного і особистого життя.

Ст. 30 Конституції України гарантує кожному право на недоторканість житла та неможливість проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за вмотивованим рішенням суду [6]. Схоже положення зустрічаємо і в КПК України у ст. 13 [1]. До того ж, це положення зустрічаємо навіть у ЦК України, ст. 311 якого проголошує недоторканість житла фізичної особи [7]. Цікавим є тлумачення поняття «житла». Так, згідно з ч. 2 ст. 233 КПК України під житлом особи розуміється 2. Під житлом особи розуміється будь-яке приміщення, яке знаходиться у постійному чи тимчасовому володінні особи, незалежно від його призначення і правового статусу, та пристосоване для постійного або тимчасового проживання в ньому фізичних осіб, а також всі складові частини такого приміщення. Не є житлом приміщення, спеціально призначені для утримання осіб, права яких обмежені за законом. Під іншим володінням особи розуміються транспортний засіб, земельна ділянка, гараж, інші будівлі чи приміщення побутового, службового, господарського, виробничого та іншого призначення тощо, які знаходяться у володінні особи.[1]. Тобто, як бачимо, право на недоторканість житла та іншого володіння особи гарантується не тільки власникам, а й фактичним володільцям майна, переданого їм на підставах, встановлених законом.

Право на таємницю листування також є конституційним правом людини і громадянина. Так, ст. 31 Конституції України встановлена гарантія таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції. За аналогією з правом на недоторканість житла, винятки з права на таємницю листування можуть бути встановлені тільки судом у випадках, передбачених законом, з метою запобігти злочинові чи з'ясувати істину під час розслідування кримінальної справи, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо [6]. Вилучення технічних пристроїв, як зазначає І. С. Перепилиця, не надає права правоохоронним органам на безперешкодний доступ до приватного листування особи без відповідного рішення суду, що можемо спостерігати в доктрині кримінального процесуального права та в судовій практиці зарубіжних країн [8, с. 74]. Автор наводить позицію, що текстові і голосові повідомлення, цифрові зображення, які передаються за допомогою месенджерів, наприклад, Skype, IMessage, WhatsApp, Viber, Telegram, Signal, також є об’єктом захисту, оскільки інформація, яка передається за допомогою згаданих вище додатків, захищена наскрізним шифруванням [8, с. 74]. Також підкріплює думку про те, що інформація, яка передана за допомогою месенджерів, підпадає під визначення «кореспонденції» у ст. 31 Конституції України це положення Політики конфіденційності згаданих месенджерів [9, с. 25]. Наприклад, згідно з положеннями політики конфіденційності додатку «Viber» можливість передачі інформації про листування осіб встановлена у вичерпному переліку підстав: 1) згідно із нормами закону або у разі здійснення судового процесу проти компанії; 2) під час виконання підписаних угод (з метою захисту своєї власності та дотримання своїх прав); 3) наявність крайньої потреби, з метою забезпечення безпеки користувачів, громадськості чи служби месенджера [9, с. 25]. Тобто саме ці особливості листування в месенджерах дають підстави вважати особам, що користуючись даними додатками, їхнє право на таємницю

листування буде забезпечено з боку інших осіб, а також органів державної влади.

Ще одним правом людини і громадянина, що є складовою права на недоторканість особистого і сімейного життя, є право на повагу до честі і гідності людини. Так, це також є конституційним правом людини і громадянина, оскільки відповідно до ст. 28 Конституції України кожен має право на повагу до його гідності [6]. Схоже положення знаходимо у ст. 11 КПК, яка проголошує загальну заборону під час кримінального провадження піддавати особу катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує її гідність, поводженню чи покаранню, вдаватися до погроз застосування такого поводження, утримувати особу у принизливих умовах, примушувати до дій, що принижують її гідність [1]. Тут варто відзначити, що такі поняття як честь і гідність особи регламентуються як моральними, так і правовими нормами, а тому не можна надати вичерпний перелік дій, які будуть вважатися втручанням у право на повагу до честі і гідності особи і повністю врегулювати це питання у правовому колі [10, с. 18]. Незважаючи на це, можна визначити критерії цього втручання, що досить ґрунтовано зробив ЄСПЛ, що буде розглянуто в наступному розділі.

Також у науковій літературі, окрім згаданої вище тріади, можна знайти інші права, які близько пов’язані з правом на невтручання в особисте і сімейне життя. Зокрема, право на свободу та особисту недоторканість є близьким до права на недоторканість особистого сімейного життя. Це правом також є конституційним, оскільки ст. 29 Конституції України проголошує право кожного на особисту свободу та особисту недоторканість, а також заборону на арешт або тримання під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і на підставах та в порядку, встановлених законом [6]. Варто зазначити, що згідно з ч. 5 ст. 12 КПК України затримання особи, взяття її під варту або обмеження в праві на вільне пересування в інший спосіб під час кримінального провадження, здійснене за відсутності підстав або з

порушенням порядку, передбаченому КПК України, тягне за собою відповідальність, установлену законом, тобто за неправомірне втручання у право на особисту недоторканість передбачена, зокрема, і кримінальна відповідальність, що передбачена ст. 371 КК України [11]. Також влучно визначає В. І. Мірковець, що поняття особистої недоторканості включає у себе такі права людини, як право на її тілесну, статеву і психологічну захищеність від будь-якого неправомірного посягання на її свободу, життя, здоров'я, честь і гідність, зокрема право не бути свавільно позбавленим волі у цілому й шляхом незаконного затримання чи арешту зокрема; право на особисту безпеку людини, що полягає в недопущенні, припиненні та караності посягань з боку інших членів суспільства або посадових осіб держави на життя, здоров'я, тілесну недоторканність і статеву свободу (фізична недоторканність); честь, гідність, моральну свободу (моральна недоторканність); право на психічну недоторканність; право на індивідуальну свободу людини, що виражається в наданій їй можливості мати у своєму розпорядженні себе, розпоряджатися своїм вільним часом, вільно обирати своєї місце перебування та проживання, право на відсутність незаконного нагляду та охорони (індивідуальна недоторканність) [12]. На нашу думку, право на свободу та особисту недоторканість є складовою частиною право на недоторканість особистого і сімейного життя, оскільки за відсутності забезпечення права на особисту недоторканість важко уявити, що право на недоторканість особистого життя може вважатися ефективно забезпеченим.

Також слід згадати, ще одне право, яке спрямоване на реалізацію засади невтручання в особисте і сімейне життя особи – право вважатися невинуватим, доки вину особи не буде доведено у порядку, передбаченому законом і встановлено обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили [13, с. 9]. Також згідно з ч. 2 ст. 17 КПК України ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні кримінального правопорушення і має бути виправданим, якщо сторона обвинувачення не доведе винуватість особи

поза розумним сумнівом [1]. Так, не можна сказати, що презумпція невинуватості не можна сказати, що презумпція невинуватості є виключно складовою частиною права на недоторканість особистого і сімейного життя, але без неї важко уявити механізм реалізації на практиці загальної засади на невтручання в особисте і сімейне життя, передбаченої КПК України. .

Поняття особистого і сімейного життя особи ґрунтовно врегульовано міжнародними документами, а також практикою ЄСПЛ. Так, ст. 8 Конвенції гарантує кожному право на повагу до приватного і сімейного життя, а також встановлює заборону втручання 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 [14]. Схоже, але не ідентичне, положення зустрічаємо в тексті Загальної декларації прав людини від 10 грудня 1948 року, ст. 12 якої встановлює заборону втручання безпідставного втручання особисте і сімейне життя, безпідставного посягання на недоторканність його житла, тайну його кореспонденції або на його честь і репутацію [15]. Також аналогічне положення знаходимо в Міжнародному пакті про громадянські і політичні права, який фактично дублює ст. 12 Декларації [16]. Можна побачити, що з цих основних міжнародних актів тільки Конвенція встановлює критерії випадків, коли втручання у право на недоторканість особистого і сімейного життя може бути обмежене.

У міжнародних документах, знову ж таки, зустрічаємо вищезгадану тріаду прав, яка може вважатися складовою права на недоторканість особистого і сімейного життя, але саме поняття «особистого» і «сімейного» життя та його елементів у більш проаналізованому вигляді можна знайти саме у практиці ЄСПЛ, яка, на нашу думку, у цій сфері є набагато більш об'ємною та ґрунтовною, ніж практика вищих судових інстанцій України. ЄСПЛ

розробив певні межі приватного життя з метою застосування ст. 8 Конвенції. Так, ЄСПЛ зазначає, що поняття приватного життя стосується не тільки певного «внутрішнього» кола особи, створюючи яке, людина виключає зовнішній світ. Натомість ЄСПЛ підтримує концепцію так званого приватного соціального життя, яке зустрічаємо у справі Барбулеску проти Румунії, зазначаючи, що право на повагу до приватного життя охоплює також право особи на встановлювати та розвивати соціальні стосунки із зовнішнім світом, тобто фактично з іншими людьми (Додаток А). ЄСПЛ зазначає, що ст. 8 гарантує кожній особі, окрім захисту так званого внутрішнього кола життя, також право на особистий розвиток, гарантією якого концепція особистої автономії («personal autonomy») людини [17, с. 21].

Не можу не погодитися з цією позицією ЄСПЛ, оскільки, безсумнівно, для того, щоб право на особистий розвиток, яке, на нашу думку, є відмінним від права на особисту недоторканість, було реалізоване на практиці, необхідно окреслити межі так званого «зіткнення» особи зі зовнішнім світом. Згадаємо хоча б Арістотеля, який зазначав, що людина це соціальне створіння, а тому важко уявити розвиток особисті поза межами суспільства та комунікації з іншими людьми [18]. Так, є певні обмеження на поширення цього права на взаємовідносини між людьми. У справі Еверс проти Німеччини ЄСПЛ зазначив, що ст. 8 не гарантує права на встановлення та розвиток стосунків з конкретною особою, що виявляється доволі логічним [17, с. 21] (Додаток Б).

Якщо з внутрішнім колом особистого життя особи приблизно все зрозуміло, то цікавим є питання, що саме входить до поняття особистої автономії. ЄСПЛ зазначає, що компонентами особистої автономії особи є: прізвище особи; сексуальний спосіб життя людини; одяг людини; медичне лікування людини; сексуальна недоторканність людини; фізична недоторканність людини; психологічна недоторканність людини; моральна недоторканність людини [19, с. 9]. Особливо цікавими є останні три категорії. ЄСПЛ у справі Мілічевич проти Чорногорії зазначає, що ст. 8 Конвенції

покладає на державу позитивним обов'язок забезпечити своїм громадянам ефективну реалізацію права на повагу до фізичної, психологічної та моральної недоторканності [17, с. 26]. У справі Ботта проти Італії ЄСПЛ зазначив, що психічне здоров'я особи також варто розглядати як важливу частину приватного життя особи, яка є елементом моральної недоторканності. Збереження психічної стабільності є в контексті ст. 8 неодмінною передумовою ефективної реалізації права на повагу до приватного життя [17, с. 34]. Наприклад, у справі Акмані та інші проти Бельгії ЄСПЛ зазначив, що медичне лікування чи обстеження без згоди особи, безсумнівно, підпадає під дію ст. 8 незалежно від ступеню втручання в приватне життя особи (інше питання – це правомірність такого втручання, яке буде розглянуте в наступному розділі) [17, с. 29].

Для того, щоб з'ясувати поняття «сімейного» життя, потрібно почати з поняття сім'ї як такої. Варто зазначити, що поняття «сім'ї» у практиці ЄСПЛ є дуже близьким до поняття «сім'ї» в національному законодавстві. Так, у справі Парадізо та Кампанеллі проти Італії ЄСПЛ зазначає, що для з'ясування питання, чи існує сім'я в тому чи іншому випадку, першим критерієм є наявність тісних особистих зв'язків [17, с. 65]. На маю думку, саме спільне проживання, є визначальним, оскільки не можна вимірювати сімейне життя виключно категорією тривалості таких стосунків або наявністю дітей, оскільки, як показує статистика, у сучасних умовах вік планування дітей серед пар значно виріс, вже не кажучи про популяризацію течії «чайлдфрі». Але елементом сімейних зв'язків, на який Суд повинен звертати увагу перш за все, на нашу думку, є ведення спільного побуту. Така позиція неодноразово висловлювалася Верховним Судом у практиці, що стосується фактичних шлюбних відносин. Так, у справі 25.12.2013 року №6-135цс13 Верховний Суд зазначає, що тільки факт спільного проживання без установлення факту ведення спільного господарства, побуту та бюджету не є підставою для

визнання таких відносин фактичними шлюбними відносини і розповсюдження на них СК України [20].

Для прикладу, у справі Моретті та Бенедетті проти Італії ЄСПЛ зазначив, що біологічні зв'язки не є визначальним критерієм, а тому до сфери сімейного життя також можна віднести фактичні шлюбні відносини, так само, як і стосунки між прийомними батьками, які навіть тимчасово виховують дитину [17, с. 65].

Отже, підбиваючи підсумки, можна зазначити, що особисте і сімейне життя особи є складовими поняття «приватного» життя. Основна різниця між особистим і сімейним життям полягає в тому, що особисте життя стосується тільки безпосередньо індивіда, у той час як сімейне життя стосується декількох осіб, які пов'язані сімейними стосунками. Право на недоторканість особистого і сімейного життя тісно пов'язане з правами на недоторканість житла, на таємницю листування, а також правом на повагу до честі і гідності, на особисту недоторканість та презумпцією невинуватості. На нашу думку, ці права не можна розглядати тільки як елементи права на недоторканість особистого і сімейного життя, натомість їх варто розглядати як гарантії ефективної реалізації цього права. Щодо тлумачення понять «приватного» і «сімейного» життя ЄСПЛ, то приватне життя особи не може обмежуватися тільки, так званим, «внутрішнім» колом, оскільки кожна особа у контексті ст. 8 Конвенції має право на вільний розвиток особистості, реалізацію якого навряд чи можна уявити поза зовнішнім світом. Також цікавою є концепція приватного соціального життя, тобто права особи на встановлення та розвиток стосунків з іншими людьми. Щодо сімейного життя варто зазначити, що основним критерієм віднесення тих чи інших стосунків до сімейного життя це наявність тісних особистих зв'язки. ЄСПЛ визначає критерії наявності таких зв'язків, наприклад, спільне проживання, наявність дітей тощо. На нашу думку, основним критерієм наявності сімейного життя повинно бути ведення спільного побуту (наприклад, наявність спільного бюджету, ведення

сумісного господарства тощо), що неодноразово у своїх постановах висловлював Верховний Суд.

На нашу думку, поняття «особистого» і «сімейного» життя є настільки суб'єктивними, що їх детальне визначення в законодавстві не буде доцільним. Натомість тлумачення цих понять саме у сфері кримінального процесу наразі в національній судовій практиці не є досить ґрунтовним, а тому ці поняття потребують більш детального вивчення у всіх судових інстанціях України з врахуванням на вищезазначеної практики ЄСПЛ.

1.2 Таємниця приватного життя осіб як об'єкт правової охорони в кримінальному провадженні та її елементи.

Розглянувши поняття приватного життя особи у кримінальному провадженні можна з впевненістю визначити, що невід'ємною та найголовнішою складовою у кримінальному провадження є саме таємниця приватного життя та її забезпечення. Законодавство не містить визначення таємниці приватного життя, але з аналізу кримінального процесуального законодавства, а також інших нормативно-правових актів, можна визначити, що поняття таємниці є широко застосовуваним у вітчизняному законодавстві. Так, влучно визначає А. О. Хлопов, що посилання та зазначення терміну «таємниці» наявне в великій кількості нормативно-правових актів, не тільки у кримінальному та кримінальному процесуальному законодавстві, а тому зміст поняття «таємниці» можна винести із системного аналізу всіх цих нормативно-правових актів [21, с. 90]. Також влучно зазначає М. В. Пермяков, що таємниця не може вважатися інформацією певного роду, як визначають певні автори у науковій літературі, розголошення якої порушує право власника цієї інформації, натомість таємниця це відокремлений режим існування інформації, зокрема правовий режим [21, с. 90]. Не можемо не погодитися з цією думкою, оскільки приватне життя особи – це є інформація

або сукупність певних видів інформації, власник якої хоче обмежити до неї доступ, а сама таємниця – це певний режим інформації про приватне життя, зокрема, правовий режим, який охороняється відповідними нормами КК України, КПК України та іншими нормативно-правовими актами, соціальний режим тощо.

Цікаву думку висловлює Н. В. Бабич, на думку якої таємницею можна назвати таємну інформацію [22, с. 11]. Так, відповідно до ст. 8 Закону України «Про доступ до публічної інформації» таємною визнається інформація, доступ до якої обмежується відповідно до цього Закону, розголошення якої може завдати шкоди особі, суспільству і державі. Таємною визнається інформація, яка містить державну, професійну, банківську, розвідувальну таємницю, таємницю досудового розслідування та іншу передбачену законом таємницю [23]. Так, на нашу думку, таємна інформація також відноситься до сфери таємниці приватного життя, але таємниця приватного життя є ширшим поняттям, а тому не обмежується тільки визначенням таємної інформації, наданим у Законі України «Про доступ до публічної інформації».

Елементи таємниці приватного життя, які у сукупності становлять таємницю приватного життя, можна віднайти у великій кількості нормативно-правових актів вітчизняного законодавства. Так, влучно зазначає О. В. Ткач, що таємниця приватного життя включає такі види інформації: 1) особистої інформації (Закон України «Про інформацію»); 2) таємницю сповіді (Закон України «Про свободу совісті та релігійні організації»); 3) Усиновлення (удочеріння) (Сімейний кодекс України ст. 226-231); 4) Кореспонденції та телефонно- телеграфних повідомлень (Цивільний кодекс України ст. 306); 5) Слідчих дій (Кримінальний процесуальний кодекс України ст. 387); 6) Нотаріальних дій (Закон України «Про нотаріат» ст. 8); 7) Медичну таємницю (Основи законодавства України про охорону здоров’я від 1992 р. – ст.ст. 39-1; 8) адвокатську таємницю (Закон України «Про адвокатуру»); 9) банківську таємницю (Закон України «Про банки і банківську діяльність» ст. 60-62); 10)

інші дії юрисдикційних органів [24, с. 238]. На нашу думку, такий підхід до визначення елементів таємниці приватного життя є доволі влучним, оскільки не слід обмежуватися тільки положення КК України та КПК України, через те, що чинне кримінальне та кримінальне процесуальне законодавство наразі не охоплює весь обсяг таємниці приватного життя, а тому звернення до інших нормативно-правових актів є доцільним.

Не можемо не погодитися із думкою А. О. Хлопова, який визначає, що не слід обмежуватися лише ст. 182 КК України, яка встановлює відповідальність за порушення недоторканності приватного життя, оскільки забезпечення таємниці приватного життя покладається на цілий комплекс правових норм, більшість яких розміщена у межах розділу V «Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини й громадянина» КК України (наприклад, ст. 132, 145, 163, 168, 182 КК України) [21, с. 91].

Цікавим питанням є розмежування особистої та професійної таємниці та чи загалом необхідний такий поділ. Так, І. Б. Король поділяє таємницю приватного життя на особисту, або недовірену, таємницю та професійну, довірену, таємницю. До особистої таємниці авторка відносить таємницю сімейних стосунків, інтимних відносин та особистих паперів. Цей вид таємниці, за слова авторки, захищений вищезгаданою ст. 182 КК України. До професійної таємниці приватного життя на думку авторки належить інформація, яку особа повідомляє представникам конкретних професій, наприклад, лікарям, адвокатам, нотаріусам, священникам для реалізації своїх майнових та особистих немайнових прав. Так, авторка зазначає, що вітчизняним законодавством передбачена охорона далеко не всіх видів професійної таємниці приватного життя особи, оскільки в КК України не містить загальних положень щодо охорони професійної таємниці [25, с. 11]. На нашу думку, відмежування професійної та особистої таємниць є доцільним, оскільки охорона цих видів таємниць здійснюється різними положеннями КК України. Незважаючи на це, варто відзначити, що навряд чи

видається можливим описати та передбачити всі види професійних таємниць, зважаючи на те, що видається неможливим передбачення всіх видів професій, які можуть торкатися таємниці приватного життя. Так, відповідно до практики ЄСПЛ однієї з вимог «якісного» закону є вимога щодо юридичної визначеності закону. У справі «Новіков проти України» ЄСПЛ визначив, що вимога «якості закону» стосується того, що законодавство та його положення повинні бути достатньо доступними для загального розуміння, чітко сформульованим і передбачуваним у своєму застосуванні для гарантії відсутності порушення таємниці приватного життя особи [26] (Додаток В). Саме тому, ми вважаємо, що неможливо в одній статті КК України передбачити захист від порушення професійної таємниці приватного життя, як пропонує зробити І. Б. Король, оскільки така норма не буде відповідати принципу правової визначеності. Натомість пропонуємо поступово доповнювати КК України, звертаючи увагу на судову практику у цій сфері.

Також варто відзначити, що деякі вчені у науковій літературі відмежовують поняття таємниці приватного життя та таємниці сімейного життя. Так, на думку О. В. Сосніної ст. 182 КК України повинна бути викладена в новій редакції з використанням авторського визначення особистої та сімейної таємниці. Особиста таємниці, за словами авторки, це охоронювана законом інформація про різні сторони приватного життя особи, що знаходиться за межами публічного інтересу та яку особа бажає зберегти від відома інших осіб, оскільки розголошення такої інформації може завдати шкоди інтересам цієї особи, сімейна таємниці натомість визначається як інформація, що відображає особливо значущі сторони життя сім'ї, які особа бажає зберегти за межами пізнання сторонніх осіб [27, с. 4]. На нашу думку, розрізнення приватного життя є доцільним, про що йшлося в попередньому розділі, але ми вважаємо, що надані авторкою визначення більше характеризують поняття особистого та сімейного життя, ніж поняття

таємниці. Саме тому окреме виділення з поняття таємниці приватного життя таємниці сімейного та таємниці особистого життя ми вважаємо надмірним.

1.3 Значення засад кримінального провадження в забезпеченні охорони таємниці приватного життя.

Перш за все, для того, щоб з'ясувати значення засад кримінального провадження в забезпеченні охорони таємниці приватного життя треба згадати поняття засад кримінального провадження. Так, влучно визначає Ж. В.Удовенко, що засади є основними ідеями, на основі яких здійснюється все кримінальне провадження в Україні, засади – це положення, які мають керівне та загальне значення. Також цікавими є властивості засад, які визначив М. М. Михеєнко, а саме засади – це 1) найбільш загальні, вихідні положення, ідеї, які виконують фундаментальну функцію для кримінального провадження, визначають його спрямованість; 2) засади виражають панівні в державі політичні та правові ідеї, які, своєю чергою, визначають завдання і способи здійснення кримінального судочинства; 3) засади мають бути закріплені в нормах права; 4) засади повинні ефективно реалізуватися на всіх стадіях процесу й обов'язково в його центральній стадії – стадії судового розгляду; 5) порушення будь-якої засади кримінального провадження автоматично означає незаконність рішення у справі і, як наслідок, його скасування [28, с. 168]. Так, повністю погоджуємося з даним визначенням основних ознак засад кримінального провадження та, підсумовуючи, можемо зробити висновок, що всі засади кримінального провадження є також відіграють визначальну роль у забезпеченні охорони таємниці приватного життя.

Основні засади закріплені у ст. 7 КПК України, до яких належать верховенство права; законність; рівність перед законом і судом; повага до людської гідності; забезпечення права на свободу та особисту недоторканість; недоторканність житла чи іншого володіння особи; таємниця спілкування; невтручання у приватне життя; недоторканність права власності; презумпція

невинуватості та забезпечення доведеності вини; свобода від самовикриття та право не свідчити проти близьких родичів та членів сім'ї; заборона двічі притягувати до кримінальної відповідальності за одне і те саме правопорушення; забезпечення права на захист; доступ до правосуддя та обов'язковість судових рішень; змагальність сторін та свобода в поданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості; безпосередність дослідження показань, речей і документів; забезпечення права на оскарження, процесуальних рішень, дій чи бездіяльності; публічність; диспозитивність; гласність і відкритість судового провадження та його повне фіксування технічними засобами; розумність строків; мова, якою здійснюється кримінальне провадження [1]. Так, серед загальних засад знаходимо спеціальну засаду, яка безпосередньо стосується охорони таємниці приватного життя, а саме засада невтручання у приватне життя особи, якій був присвячений пункт 1.1. цієї роботи, а тому більш детального розгляду потребують інші засади кримінального провадження.

Так, такі засади, як законність та рівності перед законом і судом, на нашу думку, основними складовими принципу верховенства права. Відповідно до ст. 8 КПК України кримінальне провадження здійснюється з додержанням принципу верховенства права, відповідно до якого людина, її права та свободи визнаються найвищими цінностями та визначають зміст і спрямованість діяльності держави [1]. Влучно зазначають М. Гузела та О. Несімко, що кожна засада кримінального провадження має свої виняткові зміст та значення, а тому не можна одні засади вважати другорядними, а інші – головними, оскільки всі засади є взаємопов'язаними між собою. Верховенство ж права, на думку авторів, задає напрямок всім іншим засадам кримінального провадження та слугує для кожної засади лозунгом найвищої цінності прав і свобод учасників кримінального провадження [29, с. 233]. Так, не можемо не погодитися з думкою авторів, принцип верховенства права дійсно є основоположним у забезпеченні охорони таємниці приватного життя, оскільки однієї зі специфік кримінального провадження є майже завжди невід'ємне та невідворотнє втручання у права та

свобода людини, а також в таємницю приватного життя особи, а тому дотримання принципу верховенства права є необхідним задля того, щоб таке втручання було законним та тільки з дотриманням принципу найвищої цінності прав та свобод людини.

Також значну роль в охороні таємниці приватного життя відіграє така засада, як повага до людської гідності. Відповідно до ст. 11 КПК України під час кримінального провадження повинна бути забезпечена повага до людської гідності, прав і свобод кожної особи, а також забороняється під час кримінального провадження піддавати особу катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує її гідність, поводженню чи покаранню, вдаватися до погроз застосування такого поводження, утримувати особу у принизливих умовах, примушувати до дій, що принижують її гідність [1]. Влучно зазначає Ж. В. Удовенко, що честь і гідність особи це найважливіші елементами соціального статусу особи. В етичному плані честь людини розглядається як добре ім’я людини та незаплямлена репутація, а гідність - це високі моральниі якості особи, а також повага до цих якостей в собі самому [13, с. 4]. Також влучно зазначає О. П. Кучинська, що вказана засада поваги до людської гідності встановлює вимогу до правоохоронних та інших органів, що беруть участь у кримінальному судочинстві, не допускати дії, що порушують честь та гідність учасників кримінального провадження, а також, з іншого боку, ця засада проголошує право кожного учасника кримінального провадження на захист законними способами свою людську гідність, права та свободи, які порушуються під час здійснення кримінального провадження [10, с. 19]. На нашу думку, повага до людської гідності є надзвичайно важливою засадою для забезпечення охорони таємниці приватного життя, оскільки при проведенні слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій майже завжди є невідворотнім та неминучим є втручання у приватне життя особи. Саме для того, щоб це втручання завдавало мінімальної шкоди права та свободам людини, у приватне життя якої

втручаються, воно повинно проводитися тільки з дотриманням засади поваги до людської гідності.

Також важливою засадою є недоторканність житла чи іншого володіння особи. Так, відповідно до ст. 13 КПК України не допускається проникнення до житла чи до іншого володіння особи, проведення в них огляду чи обшуку інакше як за вмотивованим судовим рішенням, крім випадків, передбачених цим Кодексом [1]. Ця засада також є основоположною для забезпечення охорони таємниці приватного життя, оскільки житло чи інше володіння особи є невід'ємними складовими елементами таємниці приватного життя. Влучно зазначає Р. І. Тракало, що сфера приватного життя особи охоплює, зокрема, територіальну приватність особи. Територіальна приватність, за думкою автора, установлює умови та правила втручання в територіальний простір особи, такий як житло чи інше володіння особи. Автор влучно визначає, що територіальна приватність охоплює як охорону та захист самого житла чи іншого володіння особи, так і приватне життя осіб, які в ньому проживають [30, с. 4].

Також важливою засадою в забезпечення охорони таємниці приватного життя є презумпція невинуватості та забезпечення доведеності вини. Відповідно до ст. 17 КПК України особа вважається невинуватою у вчиненні кримінального правопорушення і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено у порядку, передбаченому цим Кодексом, і встановлено обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили. Також ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні кримінального правопорушення і має бути виправданим, якщо сторона обвинувачення не доведе винуватість особи поза розумним сумнівом [1]. Влучно зазначає В. В. Топчій, що презумпція невинуватості виступає своєрідним критерієм дотримання та реалізації прав та свобод особи при здійсненні кримінального провадження, саме тому ця засада є фундаментальною засадою у тих правових системах, які засновані на принципі верховенства права [31, с. 63].

Отже, як бачимо, ця засада тісно пов’язана із забезпеченням охорони таємниці приватного життя.

Не можна не згадати про засаду таємниці спілкування, яка, на нашу думку, також є складовою засади невтручання у приватне життя особи. Так, відповідно до ст. 14 КПК України під час кримінального провадження кожному гарантується таємниця листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, інших форм спілкування. Втручання у таємницю спілкування можливе лише на підставі судового рішення у випадках, передбачених цим Кодексом, з метою виявлення та запобігання тяжкому чи особливо тяжкому злочину, встановлення його обставин, особи, яка вчинила злочин, якщо в інший спосіб неможливо досягти цієї мети [1]. Схоже положення зустрічаємо у ст. 31 Конституції України. Зрозуміло, що спілкування, особисте чи професійне, для кожної особи є доволі значним елементом приватного життя і становить значну цінність для кожної людини. Так, абсолютно погоджуємося з думкою А.Є. Стрекалова, який зазначає, що засада таємниці спілкування проголошує невід’ємне право кожного громадянина, без відповідного захисту якого неможливе повноцінне життя в суспільстві, а тому зазначену засаду, а також жорсткі та чітко визначені нормативно-правовими актами умови втручання в реалізацію цієї засади та кримінально-правову заборону порушення цієї засади слід розглядати як одну з найголовніших гарантій забезпечення охорони таємниці приватного життя від неправомірного втручання та порушення [32, с. 7].

Також варто згадати засаду забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності. Влучно зазначає Ж. В. Удовенко, що саме ця засада має визначне значення для всіх розглянутих вище засад. Так, авторка, що ця засада, по-перше, є визначальною для учасників кримінального провадження в аспекті реалізації своїх процесуальних прав та свобод й забезпечення захисту власних інтересів та, по-друге, допомагає виявити та усунути порушення та помилки, допущені під час кримінального провадження [13, с. 10]. Відповідно до ст. 24 КПК України кожному гарантується право на

оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності суду, слідчого судді, прокурора, слідчого в порядку, передбаченому КПК України, а також право на перегляд вироку, ухвали суду, що стосується прав, свобод чи інтересів особи, судом вищого рівня в порядку, передбаченому Кодексом, незалежно від того, чи брала така особа участь у судовому розгляді [1]. Також цілком погоджуємося з думкою Д. І. Камчатної, яка зазначає, що ознакою кримінального провадження є те, що воно має публічно-правовий характер, що викликає необхідність втручання держави в приватне життя особи для захисту законних прав та свобод інших осіб, держави та суспільства в цілому. Авторка влучно зазначає, що таке втручання призводить до наслідків, які можуть виходити за межі кримінального провадження та обмежувати права та свободи осіб, які не беруть участі у кримінальному провадженні [33, с. 181]. Саме тому можливість оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності є необхідною засадою для всестороннього забезпечення охорони приватного життя особи.

* * *

Отже, підбиваючи підсумки, можна зазначити, що особисте і сімейне життя особи є складовими поняття «приватного» життя. Основна різниця між особистим і сімейним життям полягає в тому, що особисте життя стосується тільки безпосередньо індивіда, у той час як сімейне життя стосується декількох осіб, які пов’язані сімейними стосунками. Право на недоторканість особистого і сімейного життя тісно пов’язане з правами на недоторканість житла, на таємницю листування, а також правом на повагу до честі і гідності, на особисту недоторканість та презумпцією невинуватості. На нашу думку, ці права не можна розглядати тільки як елементи права на недоторканість особистого і сімейного життя, натомість їх варто розглядати як гарантії ефективної реалізації цього права. Щодо тлумачення понять «приватного» і «сімейного» життя ЄСПЛ, то приватне життя особи не може обмежуватися тільки, так званим, «внутрішнім» колом,

оскільки кожна особа у контексті ст. 8 Конвенції має право на вільний розвиток особистості, реалізацію якого навряд чи можна уявити поза зовнішнім світом.

Розглянувши поняття приватного життя особи у кримінальному провадженні можна з впевненістю визначити, що невід'ємною та найголовнішою складовою у кримінальному провадження є саме таємниця приватного життя та її забезпечення. Вітчизняне законодавство не містить чітке визначення таємниці, але ми визначили, що це певний режим інформації про приватне життя, зокрема, правовий режим, який охороняється відповідними нормами КК України, КПК України та іншими нормативно-правовими актами. Майже всі засади кримінального провадження, які визначені у ст. 7 КПК України, є основоположними у питанні забезпечення охорони таємниці приватного життя особи.

На нашу думку, поняття «особистого» і «сімейного» життя є настільки суб'єктивними, що їх детальне визначення в законодавстві не буде доцільним. Натомість тлумачення цих понять саме у сфері кримінального процесу наразі в національній судовій практиці не є досить ґрунтовним, а тому ці поняття потребують більш детального вивчення у всіх судових інстанціях України з врахуванням на вищезазначеної практики ЄСПЛ.

З урахуванням проаналізованого можна визначити, що міститься потреба у чіткому врегулюванні таких понять, як «особисте життя», «приватне життя» та «сімейне життя». Наразі у науковій літературі зустрічаємо кардинально протилежні погляди щодо того, чи є сімейне життя складовою приватного життя. Наявність великої кількості протилежних думок у літературі та відсутність чіткого законодавчого визначення. Вважаємо, що особисте та приватне життя є синоніми, а саме тому чинна редакція КПК України, на нашу думку, потребує внесення відповідних змін. Варто відзначити, що такі зміни також будуть узгоджуватися зі ст. 32 Конституції України.

РОЗДІЛ 2
ПІДСТАВИ ТА МЕЖІ НЕВТРУЧАННЯ В ПРИВАТНЕ ЖИТТЯ

2.1 Поняття «втручання» в особисте і сімейне життя

Цікаву позицію наводить О. А. Білічак, зазначаючи, що термін «втручання» у науковій літературі застосовується для позначення законного чи незаконного «входження» в особисте і сімейне життя особи [34, с. 202]. Так, автор наводить здобутки американської наукової літератури, а саме В. Бернхема, який зазначав, що термін «входження» в приватне життя особи можна поділити на чотири делікти: «присвоєння», «втручання», «оприлюднення фактів приватного життя» та «неправдиве відображення» [34, с. 202]. Ми погоджуємося з думкою автора про те, що втручання в приватне життя особи може бути законним, оскільки, на нашу думку, під час досудового розслідування кримінальних правопорушень втручання у приватне життя особи досить часто є необхідним. Так, ця позиція є панівною у науковій літературі, наприклад, В. А. Колесник зазначає, що правомірність законного втручання повинна забезпечуватися прийняттям відповідних судових рішень лише у випадках, передбачених законодавством, з метою запобігання злочинам чи з'ясування істини під час здійснення кримінального провадження, в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини [35, с. 37].

Розглядаючи види державного втручання у приватне спілкування осіб, В. Мухін та А. Штанько зазначають, що втручання у приватне спілкування згідно з Главою 21 КПК України охоплюється інститутом НСРД [54, с. 90]. Дійсно, ч. 1 ст. 258 КПК України проголошує, що ніхто не може зазнавати втручання у приватне спілкування без ухвали слідчого судді [1]. Ми абсолютно погоджуємося з думкою В. А. Колесника, який зазначає, що ця вимога стосується порядку здійснення усього кримінального провадження [35, с. 39]. Варто зауважити, що винесення ухвали слідчого судді передбачає звернення прокурора, слідчого із погодженням з прокурором відповідно до статей 246, 248 та 249 КПК України.

Тому законним буде вважатися втручання здійснене тільки у порядку, передбаченому зазначеними вище положеннями КПК України. Також В. А. Колесник влучно зазначає, що втручанням також варто вважати кожен факт, який підтверджує те, що будь-хто з учасників спілкування не знав про наявність доступу до цього спілкування у сторонніх осіб. Ми погоджуємося з автором, який зазначає, що порушення прав учасника цього приватного спілкування знаходиться в тому, що через відсутність інформації про третіх осіб, які мають доступ до приватного спілкування, учасник такого спілкування позбавлений можливості відмовитися від участі у такому спілкуванні, уникнувши тим самим порушення його прав та свобод [35, с. 40].

З аналізу Глави 21 КПК можемо визначити, що втручання у приватне життя особи може мати такі форми: шляхом аудіо-, відеоконтролю особи; накладення арешту на кореспонденцію; огляд та виїмка кореспонденції; зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж та зняття інформації з електронних інформаційних систем [1]. Більшість науковців акцентують увагу саме на цих формах втручання у приватне життя особи. На нашу думку, втручання у приватне життя також становлять собою інші НСРД, наприклад, обстеження публічно недоступних місць, житла чи іншого володіння особи, спостереження за особою, річчю або місцем, моніторинг банківських рахунків [1]. Влучну думку висловлює А. О. Штанько, зазначаючи, що законним та ефективним застосування негласних слідчих (розшукових) дій буде визнаватися у тих випадках, коли процесуальний керівник, слідчий або співробітник оперативного підрозділу усвідомлюють допустимість та межі такого втручання, враховуючи специфіку такого втручання, його винятковість, а також необхідність саме для реалізації завдань кримінального провадження. Автор також відзначає, що для встановлення обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, а також для дотримання прав та свобод людини та громадянина під час встановлення цих обставин значну роль відіграє розуміння спілкування як соціального явища, а також знання його

змісту, форм, функцій та засобів та найголовніше уміння застосовувати ці знання під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій [36, с. 321].

Варто зазначити, що не тільки ці дії становлять собою втручання в приватне життя особи, а також і звичайні слідчі (розшукові) дії. Так, КПК України передбачає проведення таких слідчих (розшукових) дій: 1) допит, в тому числі одночасний допит двох чи більше вже допитаних осіб (статті 224–226 КПК України), допит у режимі відеоконференції (ст. 232 КПК України); 2) пред'явлення для впізнання: особи (ст. 228 КПК України), речей (ст. 229 КПК України), трупа (230 КПК України); 3) обшук (статті 233–236 КПК України); 4) огляд: місця події, місцевості, приміщень, житла чи іншого володіння особи, речей та документів (статті 214, 237 КПК України), трупа (ст. 238 КПК України), трупа, пов'язаний з ексгумацією (ст. 239 КПК України); місця вчинення кримінального правопорушення (п. 2 ч. 2 ст. 520 КПК України); 5) слідчий експеримент (ст. 240 КПК України); 6) освідування особи (ст. 241 КПК України); 7) залучення експерта та проведення експертизи (статті 242–243 КПК України) [1]. Так, О. В. Капліна зазначає, що важливою гарантією захисту прав та свобод осіб, які можуть бути обмежуватися під час проведення слідчих (розшукових) дій є присутність цих осіб під час проведення слідчої (розшукової) дії [37, с. 43]. Саме для цього ст. 223 КПК України встановлює для слідчого та прокурора обов'язок вживати належні заходи для забезпечення присутності під час проведення слідчої (розшукової) дії осіб, чиї права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені [37, с. 43]. Також авторка влучно зазначає, що для забезпечення охорони приватного життя осіб під час проведення слідчих (розшукових) дій відповідно до КПК України слідчий має обов'язок роз'яснити особі, яка бере участь у проведенні слідчої (розшукової) дії не тільки права та обов'язки, які випливають з загального процесуального статусу цієї особи, а також права та обов'язки, що випливають з процесуального статусу та пов'язані саме з участю в проведенні слідчої (розшукової) дії [37, с. 43].

Отже, втручання у приватне життя особи може бути як законним, так і незаконним. Законним втручання у приватне життя особи у кримінальному провадженні є проведення СРД та НСРД тільки у порядку, передбаченому КПК України.

2.2. Підстави втручання в особисте і сімейне життя відповідно до національного законодавства

Як вже було зазначено в попередньому розділі втручання в особисте життя може здійснюватися у формі СРД. Так, спочатку розглянемо СРД, передбачені Главою 20 КПК України. Відповідно до ст. 233 КПК України ніхто не має права проникнути до житла чи іншого володіння особи з будь-якою метою, інакше як лише за добровільною згодою особи, яка ними володіє, або на підставі ухвали слідчого судді, крім випадків, установлених частиною 3 цієї статті [1]. Цікавим є питання надання добровільної згоди особи, оскільки у науковій літературі та судовій практиці простежуються різні тенденції. Так, І. В. Вегера-Іжевська зазначає, що КПК України не конкретизує, якою саме повинна бути добровільна згода, усною чи письмовою, що є правовою прогалиною [55, с. 49]. Автори А. А. Вознюк, М. А. Грига та А. В. Дуда зазначають, що у випадках, коли проникнення до житла здійснюється для надання допомоги особі, одержання потрібної інформації або фіксації адміністративного правопорушення шляхом складання протоколу добровільна згода в письмовій формі найчастіше не потребується. Натомість, на думку авторів, при проникненні до житла чи іншого володіння особи для проведення слідчих (розшукових) дій добровільна згода особи має бути зафіксована [38, с. 70]. На нашу думку, влучно зазначає Л. М. Лобойко, що «ЄСПЛ розглядає «отримання чіткої письмової згоди власника» як попередню умову для проникнення в його приміщення і як запобіжний механізм уникнення можливих зловживань (пункт 122 Рішення ЄСПЛ від 17 липня 2007 року «Кучера проти Словаччини» (Kucera v.Slovakia))»

[56, с. 175]. Повністю погоджуємося з цією позицією, а тому вважаємо, що чинний КПК України потребує доповнення та більш чіткого врегулювання отримання добровільної згоди особи на проникнення в житло.

Також у науковій літературі зустрічаємо різні позиції щодо достатності добровільної згоди особи на проникнення в житло для проведення слідчих (розшукових) дій. Влучно вказує О. О. Торбас на правову колізію, що випливає з положень КПК України: не є рідкісними випадки, коли огляд житла проводиться за добровільною згодою особи, оскільки це логічно випливає з ч. 1 ст. 233 КПК України. Але якщо звернутися до ч. 2 ст. 237 КПК України, то побачимо, що проведення огляду житла чи іншого володіння особи повинно проводитися згідно з правилами КПК України, передбаченими для обшуку житла чи іншого володіння особи [1]. Своєю чергою обшук згідно з ч. 2 ст. 234 КПК України проводиться тільки на підставі ухвали слідчого судді [57, с. 191]. Тобто з цього випливає, що фактично добровільної згоди особи достатньо тільки для проникнення в житло, але логічно, що проникнення в житло особи здійснюється з певною метою, а саме для проведення певних СРД, більшість з яких потребує отримання ухвали слідчого судді. Суди також по-різному тлумачать можливість проведення СРД після прокинення в житло особи за добровільною згодою, тому що суди в одних випадках визнають доказами інформацію, що здобута в результаті проникнення до житла чи іншого володіння особи і здійснення в них обшуку (огляду) за добровільною згодою власника житла, а в інших не визнають [56, с. 174]. На нашу думку, дійсно, у цьому аспекті наявна правова прогалина, оскільки надання законодавцем дозволу на проникнення в житло за добровільною згодою особи, але у той же час неможливість проведення інших СРД за добровільною згодою особи, позбавляє будь-якого сенсу проникнення в житло за добровільною згодою, оскільки важко уявити проникнення в житло особи задля самого проникнення, а не проведення інших СРД. Влучну думку висловлюють автори А. А. Вознюк, М. А. Грига та А. В. Дуда, зазначаючи, зважаючи на те, що отримання добровільної згоди на проведення обшуку та огляду житла чи іншого

володіння особи не передбачено законодавством, така ситуація на практиці призводить до того, що робота слідчих фактично залишається «паралізованою» [38, с. 73]. Саме тому на практиці слідчі часто проводять огляд та обшук житла чи іншого володіння особи тільки за наявності на це добровільної згоди особи, в подальшому «легалізуючи» такий обшук або огляд шляхом звернення до слідчого судді з клопотанням. Варто зауважити, що Верховний Суд також підтримує таку практику. Так, у своїй постанові від 13 березня 2018 року у справі № 541/655/15-к Верховний Суд визначив, що добровільної згоди особи достатньо при проведенні огляду місця події, оскільки у кожному конкретному випадку є можливість у кінцевому результаті втратити таку нагоду та своєчасно не зафіксувати сліди злочину, саме тому, докази, які були отримані при проведенні огляду без ухвали слідчого судді за наявності добровільної згоди особи, були визнані допустимими [38, с. 72] [40]. Можемо з думкою Верховного Суду, оскільки КПК України, на жаль, не враховує специфіку ситуацій проникнення до житла чи іншого володіння особи за наявності добровільної згоди, а також того факту, що проникнення здійснюється з певною метою, а саме проведення слідчих (розшукових) дій. Варто зауважити, що для уникнення порушення засади невтручання у приватне життя особи КПК України потребує подальшого вдосконалення та чіткого регулювання випадків проведення обшуку та огляду житла чи іншого володіння особи за наявності добровільної згоди.

Також варто окремо зупинитися на ч. 3 ст. 233 КПК України. Відповідно до неї слідчий, дізнавач, прокурор має право до постановлення ухвали слідчого судді увійти до житла чи іншого володіння особи лише у невідкладних випадках, пов’язаних із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні кримінального правопорушення [1]. Варто зауважити, що це положення корелюється з ч. 2 ст. 30 Конституції України, а тому можливість проникнення до житла чи до іншого володіння особи у невідкладних випадках без отримання ухвали слідчого судді не оспорюється. Цікавим питанням тут є форма рішення, яке дозволяє проникнути

до житла особи у невідкладних випадках. У літературі щодо цього висловлюються кардинально протилежні думки. Більшість вчених не акцентують увагу на формі рішення, яке виноситься при проникненні до житла чи іншого володіння особи у невідкладних випадках, аналізуючи більше порядок «узаконення» такого проникнення після безпосереднього проведення слідчих (розшукових) дій. Незважаючи на це, деякі рора приймається у форвчені висловлюють цікаву думку щодо форми рішення. Так, І. В. Галаган та Ж. В. Удовенко зазначають, що у невідкладних випадках проникнення до житла слід керуватися ч. 3 ст. 110 КПК України, згідно з якою рішення слідчого, дізнавача, у формі постанови [26, с. 115]. Схожу думку висловлює В. Колесник, зазначаючи, що визначивши той чи інший випадок проникнення до житла чи іншого володіння особи невідкладним, слідчий, прокурор зобов'язані, відповідно до ч. 3 ст. 110 КПК України, винести «вмотивовану постанову про прийняте рішення здійснити обшук житла чи іншого володіння особи і приступити до його виконання» [39, с. 232]. Не можемо не погодитися з цією думкою, оскільки проникнення до житла чи іншого володіння особи без рішення суду не означає, що це проникнення може бути необґрунтованим. Так, відповідно до ч. 5 ст. 110 КПК України постанова слідчого, дізнавача, прокурора обов'язково повинна містити мотивувальну частину із зазначенням мотивів прийняття постанови, їх обґрунтування та посилання на положення КПК України, а також змісту обставин, які є підставами для прийняття постанови [1]. Варто відзначити, що така постанова обов'язково має надаватися слідчому судді для винесення рішення щодо обґрунтованості такого проникнення.

Також актуальним є питання втручання в особисте і сімейне життя під час здійснення обшуку та огляду житла чи іншого володіння особи. Відповідно до ч. 1 ст. 234 КПК України обшук проводиться з метою виявлення та фіксації відомостей про обставини вчинення кримінального правопорушення, відшукання знаряддя кримінального правопорушення або майна, яке було здобуте у результаті його вчинення, а також встановлення місцезнаходження розшукуваних осіб [1]. Підставою для втручання в приватне життя особи у такому випадку є ухвали

слідчого судді місцевого загального суду або Вищого антикорупційного суду [1]. Також відповідно до ч. 1 ст. 236 КПК України ухвала про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи може бути виконана слідчим чи прокурором [1]. В КПК України передбачена можливість проведення обшуку за відсутності осіб, за якого ухвала повинна бути залишена на видному місці. Слушну думку висловлює А. В. Сокуренко, зазначаючи, що, по-перше, оскільки за відсутності осіб єдиною підставою проникнення до житла або іншого володіння особи є невідкладні випадки, а таке проникнення, як вже було зазначено вище, повинно відбуватися за постановою слідчого, дізнавача або прокурора, тому положення ч. 4 ст. 236 КПК України створює певну правову колізію, що потребує подальшого врегулювання та приведення у відповідність [59, с. 494]. Ми не заперечуємо, що проникнення до житла чи іншого володіння особи може здійснюватися без ухвали слідчого судді на підставі постанови слідчого, дізнавача, прокурора. Незважаючи на це, до обшуку не застосовується порядок, який передбачений для проникнення до житла чи іншого володіння особи у невідкладних випадках, саме тому, керуючись ч. 2. ст. 234 КПК України можна визначити, що обшук проводиться лише за ухвалою слідчого судді місцевого загального суду або слідчого судді Вищого антикорупційного суду. Аналогічне регулювання передбачене для проведення огляду житла чи іншого володіння особи, оскільки огляд здійснюється згідно з правила, які передбачені для проведення обшуку житла. Саме тому із системного тлумачення кримінальних процесуальних норм можна зробити висновок, що обшук та огляд житла чи іншого володіння особи може здійснюватися тільки за ухвалою слідчого судді, навіть якщо проникнення до житла чи іншого володіння особи здійснювалося у невідкладних випадках, передбачених КПК України.

Відповідно до ч. 5 ст. 236 КПК України за рішенням слідчого чи прокурора може бути проведено обшук осіб, які перебувають в житлі чи іншому володінні, якщо є достатні підстави вважати, що вони переховують при собі предмети або документи, які мають значення для кримінального провадження [1]. Тобто підставою втручання у приватне життя особи при особистому обшуку є рішення

слідчого чи прокурора з обґрунтуванням підстав такого втручання. Влучною є думка О. Комарницької про те, що КПК України не зазначає правові підстави для проведення обшуку особи, а містить тільки загальні умови для проведення обшуку в цілому [28, с. 43]. Варто зазначити, що обшук особи також передбачений ч. 3 ст. 208 КПК України, згідно з якою уповноважена службова особа, слідчий, прокурор може здійснити обшук затриманої особи з дотриманням правил, передбачених ч. 7 ст. 223 і ст. 236 КПК України [1]. Ми погоджуємося з думкою О. Комарницької, яка зазначає, що ці дві підстави проведення особистого обшуку не відповідають реаліям практики, наприклад, у випадках, коли наявні достатні підстави вважати, що особа, яка знаходиться за межами житла або іншого володіння і переховує при собі предмети, які вилучені з обігу і мають значення для кримінального провадження [60, с. 45]. Також цікаву думку висловлює В. М. Поцілуйко, зазначаючи, що вважаючи особистий обшук різновидом обшуку, порядок проведення якого передбачений ст. 234 КПК України, відбувається нівелювання мети проведення такого обшуку, а також втрачається секс його проведення, оскільки такий особистий обшук передбачає отримання ухвали слідчого судді місцевого суду, в межах територіальної юрисдикції якого знаходиться (зареєстрований) орган досудового розслідування як юридична особа. Автор зазначає, що ст. 208 КПК України передбачає, що уповноважена службова особа, слідчий, прокурор може здійснити обшук затриманої особи з дотриманням правил, передбачених частиною сьомою статті 223 і статтею 236 цього Кодексу. Таке правове регулювання проведення особистого обшуку унеможливлює оперативне отримання інформації та ефективне виконання завдань кримінальної відповідальності [41, с. 114]. Можемо погодитися з автором, оскільки особистий обшук особи має певну специфіку, а тому не можна застосовувати однакові положення щодо проведення обшуку житла чи іншого володіння та проведення особистого обшуку. У вищезгаданих випадках відповідно до ст. 9 КПК України при проведенні даної СРД можна застосувати загальні положення щодо обшуку житла до особистого обшуку, отримавши ухвалу слідчого судді, але відсутність

врегулювання даного питання може на практиці призводити до порушення засади на невтручання в особисте і сімейне життя.

Щодо підстав втручання в приватне життя особи у вигляді НСРД, варто вказати, що порядок проведення деяких з них є не дуже врегульованим. Наприклад, у ст. 260 КПК України дуже абстрактно зазначені підстави проведення аудіо- та відеоконтролю особи. Влучно зазначає В. Г. Уваров, що, окрім ст. 260 КПК України, що регулює порядок проведення аудіо- та відеоконтролю, знаходимо в КПК України положення, що містяться однакові об'єкти дослідження [61, с. 162]. Так, ст. 269 КПК України, яка з незрозумілих причин не віднесена до НСРД, пов'язаних із втручанням у приватне спілкування, врегульовує порядок проведення візуального спостереження під час досудового розслідування тяжкого або особливо тяжкого злочину за особою та її поведінку або тими, з ким ця особа контактує, або певної речі чи місця [1]. Також схоже положення зустрічаємо у ст. 270 КПК України, яка врегульовує порядок проведення прихованої фіксації відомостей за допомогою аудіо-, відеозапису всередині публічно доступних місць, без відома їх власника. В. Г. Уваров зазначає, що ці три дії фактично мають однакові об'єкти, предмети і методи дослідження, але жодна з цих трьох НСРД не врегульована належним чином, що може призвести до порушення засади невтручання у приватне життя [61, с. 162]. На нашу думку, порядок проведення цих дій повинен бути детально регламентований, оскільки ці дії становлять значне втручання в особисте і сімейне життя особи.

Також така НСРД, як накладення арешту на кореспонденцію, становить втручання у приватне спілкування. Відповідно до ст. 261 КПК України арешт на кореспонденцію накладається якщо є достатні підстави вважати, що кореспонденція може містити відомості про обставини або речі і документи, які мають значення для досудового розслідування [1]. Варто зазначити, що для постановлення ухвали слідчим суддею, слідчий або прокурор відповідно до ч. 3 ст. 248 КПК України необхідно довести наявність достатніх підстав вважати, що:

1) вчинене кримінальне правопорушення відповідної тяжкості; 2) під час проведення НСРД можуть бути отримані докази, які самостійно або в сукупності з іншими доказами можуть мати суттєве значення для з'ясування обставин кримінального правопорушення або встановлення осіб, які вчинили кримінальне правопорушення [1]. Так, Ю. В. Лисюк зазначає, що накладення арешту також відбувається відповідно до Закону України «Про поштовий зв'язок», згідно з яким арешт може бути накладений на всі види поштових відправлень [62, с. 70]. Близькою за змістом є також така НСРД, як огляд і виїмка кореспонденції, оскільки арешту на кореспонденцію відповідно до ч. 3 ст. 261 КПК України надає право слідчому здійснювати огляд і виїмку цієї кореспонденції [1]. Тобто огляд і виїмка може буде проведена на підставі ухвали слідчого судді про накладення арешту, тому така НСРД не потребує окремої ухвали слідчого судді.

Також ще однією НСРД, що становить втручання в приватне спілкування, є зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж. Так, відповідно до ст. 263 КПК України зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж є різновидом втручання у приватне спілкування, яке проводиться без відома осіб, які використовують засоби телекомунікацій для передавання інформації, на підставі ухвали слідчого судді, якщо під час його проведення можна встановити обставини, які мають значення для кримінального провадження [1]. Влучно зазначає Ж. В. Удовенко, що саме ця НСРД становить значне втручання в приватне спілкування та можливість порушення, оскільки таке прослуховування не є вибірковим, а відбувається щодо всіх без винятку розмов до моменту отримання відомостей, що сприятимуть кримінальному провадження [63, с. 124]. Також під час проведення даної НСРД наявна можливість для зловживання з боку органів, що її проводять, оскільки процедура прослуховування містить організаційні і тактичні аспекти, а тому не може бути повністю прозорою. Законною підставою втручання у даному випадку буде ухвала слідчого судді [63, с. 124]. Також авторка влучно зазначає, що дана НСРД може проводитися також щодо потерпілого, свідка, їхніх близьких родичів та членів сім'ї за наявності

загрози вчинення проти них злочинних дій. У такому випадку підстава проведення даної НСРД є іншою: відповідно до ст. 10 та ст. 17 Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві» це заява даних осіб або, за її відсутності, рішення суду [63, с. 125]. Схожу думку висловлює С. М. Кряковцев, зазначаючи, що не будь-яке зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж визнається втручання в приватне життя особи. Автор наводить приклад добровільного звернення особи щодо захисту своїх прав та свобод, наприклад, у таких ситуаціях, коли особі погрожують в негайному або майбутньому застосуванні насильства або застосування насильства близьких родичів, у розголошенні відомостей, які особа чи її близькі родичі бажають зберігти в таємниці від навколишнього світу або в обмеженні права на свободу пересування, вільного вибору місця проживання, свободи світогляду тощо. У таких випадках достатньою підставою для проведення негласної слідчої (розшукової) дії є письмова заява особи, законні інтереси якої обмежуються або є обґрунтовані підстави вважати, що вони будуть обмежені у майбутньому [42, с. 297]. На нашу думку, зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж все одно повинно визнаватися втручанням в приватне життя особи, але втручанням, яке здійснене у порядку, передбаченому КПК України, та яке відповідно визнається законним. Отже, підставою такого втручання в приватне життя особи є ухвала слідчого судді за наявності відомостей про наявність інформації в електронній інформаційній системі або її частині, що має значення для певного досудового розслідування або письмова заява особи.

Схожою є НСРД, що передбачена ст. 264 КПК України, тобто зняття інформації з електронних інформаційних систем. Підставою проведення даної НСРД є ухвала слідчого судді за наявності відомостей про наявність інформації в електронній інформаційній системі або її частині, що має значення для певного досудового розслідування. Д. Мельник зазначає, що зняття інформації з електронних інформаційних систем або їх частин може здійснюватися завдяки безпосередньому фізичному доступу до них правоохоронних органів, так і

шляхом віддаленого доступу за допомогою програмного забезпечення [64, с. 38]. Також відповідно до ч. 2 ст. 264 КПК України не потребує дозволу слідчого судді здобуття відомостей з електронних інформаційних систем або її частини, доступ до яких не обмежується її власником, володільцем або утримувачем або не пов'язаний з подоланням системи логічного захисту [1]. Так, В. В. Луцик зазначає, що такими випадками можна вважати отримання інформації розміщеної особою у соціальних мережах, тематичних форумах; встановлення ідентифікаційних ознак електронної інформаційної системи за допомогою спеціальних програмних утиліт; спілкування з особою за допомогою технології IRC (Internet Relay Chat) або ICQ; ознайомлення з інформацією на робочому комп'ютері працівника, за умови, що користувач не використовує системи логічного захисту інформації [65, с. 4]. На нашу думку, ця стаття КПК України потребує доповнення визначенням «електронної інформаційної системи» для запобігання неправомірного втручання в особисте і приватне життя особи.

2.3 Межі невтручання в особисте і сімейне життя особи відповідно до національного законодавства та практики ЄСПЛ

Для того, щоб окреслити межі втручання в особисте і сімейне життя особи необхідно з'ясувати поняття «межі» та її відмінністю від «підстави» втручання. Так, О. В. Ткач зазначає, що межами втручання в приватне життя особи варто вважати обставини особистого існування людини, таємниця віросповідання, конфіденційність творчого і духовного життя; обставини життєдіяльності людини, дані щодо здоров'я, фізичного і інтелектуального розвитку людини; інтимні стосунки тощо [24, с. 238]. Влучно зазначає В. В. Назаров, що моральним і законним є збирання лише тих доказів, які безпосередньо стосуються розслідування конкретного кримінального правопорушення, а тому не є правомірною фіксація в протоколах СРД та НСРД інформації, яка стосується приватного життя громадян, але не стосується обставин, які підлягають

доказуванню у кримінальному провадженні [67, с. 115]. Автор наводить приклади такої інформації, зазначаючи, окрім адвокатської, нотаріальної та таємниці сповіді, також акти реєстрації цивільного стану, таємницю усиновлення, право на публікацію власних творів, а також право на своє зображення і запис свого голосу [35, с. 115]. Конкретизує цю думку А. В. Самодін, зазначаючи, що приватне життя людини може зазнавати втручання з боку уповноважених органів лише якщо одержані відомості внаслідок такого втручання сприяють встановлення обставин, перелік яких наведено у ст. 91, 485, 501 та 505 КПК України [68, с. 197].

Цікаву думку висловлює Т. В. Чабайовський, зазначаючи, що обмеження прав та свобод людини у кримінальному провадженні не може бути безмірним, оскільки це є загрозою перетворення процесуального примусу в інструмент державного свавілля. На думку автора, застосування державно-правового примусу є виправданим, якщо він обмежує конституційні права та свободи людини та громадянина лише в тій мірі, яка необхідна для забезпечення ефективного функціонування системи чинного права [43, с. 56]. Ми повністю погоджуємося з автором та вважаємо, що обмеження прав у кримінальному провадженні може відбуватися лише з метою досягнення мети кримінального провадженні, а також таке обмеження має бути мінімальним та здійсненим у порядку, визначеному КПК України.

Схожі критерії знаходимо в практиці ЄСПЛ. Як вже було зазначено в першому розділі, до право на недоторканість приватного життя особи можна віднести фізичну та психологічну недоторканість. Влучну думку висловлюють автори О. Бабаєва, О. Іорданова та К. Лагутіна, зазначаючи, що ЄСПЛ у своїх рішення неодноразово акцентував увагу на існуванні певної межі між негативними та позитивними зобов’язаннями держави. Визначаючи ці зобов’язання, необхідно враховувати справедливий баланс, який існує між конкуруючими інтересами індивіда та суспільства, а також треба враховувати принцип свободи розсуду держави. Так, автори влучно зазначають, що наразі держави мають широкі рамки розсуду в певних питаннях, наприклад, у справі

«Marckx v. Belgium» ЄСПЛ зазначив, що у тих справах та питанням, в яких серед держав-членів Ради Європи немає загального підходу, державі-відповідачу повинна бути надана широка свобода розсуду [44, с. 223]. Так, ми погоджуємося з цією позицією ЄСПЛ, але тут варто зауважити, що суди, у тому числі ЄСПЛ, залишаючи за державою права на свободу розсуду, мають право перевіряти дотримання балансу між всіма конкуруючими інтересами у суспільства. Таким чином, принцип свободу розсуду держави не означає повної свободи держави в обмеженні прав та свобод її громадян.

ЄСПЛ щодо меж втручання в приватне життя особи також виробив певні критерії. Так, Л. В. Ємчук зазначає, що ЄСПЛ, застосовуючи ст. 8 Конвенції, аналізує, по-перше, чи вчинила держава достатні дії для відвернення порушення та відновлення прав, та, по-друге, саме порушення підпадає під аналіз на законність, тобто наявність законної мети, й пропорційність обмежень, а саме з’ясування питання, чи є таке втручання в приватне життя особо необхідним у демократичному суспільстві [69, с. 118]. На нашу думку, зупинитися варто на останньому, оскільки законність втручання було розглянуто в попередньому підрозділі. Так, у справі Даджен проти Сполученого Королівства ЄСПЛ вказує, що головним критерієм під час аналізу пропорційності такого втручання є баланс інтересів окремої особи та суспільства, а також наявність «нагальної соціальної потреби» [16, с. 12]. Також ЄСПЛ розглядає як порушення ст. 8 Конвенції перехоплення листування між адвокатом та клієнтом. Так, термін «листування» ЄСПЛ тлумачить доволі широко, включаючи до нього письмові справи адвокатів, комп'ютерні жорсткі диски, електронні дані, USB-ключі, комп'ютерні файли та акаунти електронної пошти та складений аркуш паперу, на якому адвокат написав повідомлення та передав його своїм клієнтам. Тому заволодіння будь-яким з вищеперелічених документів або його копією з боку уповноважених органів буде становити порушення ст. 8 Конвенції. У справі Копп проти Швейцарії ЄСПЛ конкретизував межі такого втручання, зазначивши, що під час проведення НСРД щодо адвоката слід чітко проводити розмежування між питаннями, які конкретно

пов'язані з його професійною діяльністю, та питаннями, що стосуються інших сфер приватного життя, відмінних від його професійної діяльності [16, с. 118]. Варто зазначити, що у справі Волланд проти Норвегії, яка стосувалася проведення обшуку, ЄСПЛ зазначив, що оцінюючи, чи було втручання пропорційним та «необхідним у демократичному суспільстві», повинна бути врахована кількість документів, які перевіряли уповноважені органи, час, який їм знадобився для цього, та ступінь незручностей, які були завдані заявнику [16, с. 100].

* * *

Таким чином, основною підставою втручання в особисте і сімейне життя є проведення деяких СРД та НСРД є ухвала слідчого судді. Незважаючи на це, відповідно до ч. 1 ст. 250 КПК всі НСРД можуть проводитися до постанови отримання ухвали слідчого судді у виняткових невідкладних випадках, пов’язаних із врятуванням життя людей та запобіганням вчиненню тяжкого або особливо тяжкого злочину. У таких випадках НСРД здійснюється за рішенням слідчого, узгодженого з прокурором, або прокурора з наступним зверненням з клопотанням до слідчого судді. Також варто зазначити, що окремими статтями КПК України передбачені інші підстави проведення СРД: наприклад, проникнення до житла чи іншого володіння особи може здійснюватися за добровільною згодою особи. Незважаючи на це, добровільна згода особи на проникнення до житла чи іншого володіння не надає можливості уповноваженим особам за тією ж самою добровільною згодою проводити інші СРД, що не є цілком логічним, оскільки будь-яке проникнення до житла здійснюється з певною метою і не є основною метою. Також відповідно до ч. 3 ст. 233 КПК України ще однією підставою проникнення до житла можуть бути невідкладні випадки, пов’язані із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні кримінального правопорушення.

На нашу думку, чинний КПК України потребує доповнення щодо фіксації проникнення до житла у невідкладних випадках, а саме наявність постанови з

печаткою органу досудового розслідування, що буде цілком узгоджуватися з ч. 5 ст. 110 КПК України.

Межами втручання в приватне життя особи варто вважати ті сфери особистого і сімейного життя особи, втручання в які не виправдовується метою досудового розслідування. Так, зазвичай межами є такі сфери, як адвокатська таємниця, нотаріальна таємниця, банківська таємниця, лікарська таємниця, таємниця сповіді тощо. На нашу думку, перелік таких сфер життя не може бути вичерпним, оскільки у кожному конкретному провадженні потрібно аналізувати мету, з якою відбувається втручання в приватне життя особи і тільки тоді визначити, які саме його сфери можуть зазнати втручання для цілей кримінального провадження. Також ми вважаємо, що за розголошення відомостей про особисте і сімейне життя учасників кримінального провадження має бути передбачена відповідальність. Такі зміни до чинного законодавства цілком були б узгоджені з ч. 4 ст. 15 КПК України, відповідно до якої кожен, кому наданий доступ до інформації про приватне життя, зобов'язаний запобігати розголошенню такої інформації, оскільки такі дії завдають значної шкоди правам і свободам учасників кримінального провадження, а також третім особам, та відповідно порушують конституційну норму, передбачені ст. 32 Конституції України.

Також ґрунтовною з цього питання є практика ЄСПЛ, яка визначає критерії, за якими втручання в приватне життя особи може визнаватися законним, а саме якщо втручання переслідує законну мету, а також повинно бути пропорційним, тобто таким, за якого дотримується баланс між інтересами суспільства та окремої особи. Саме останній критерій є близьким до поняття «межі» втручання в особисте і сімейне життя особи, оскільки ЄСПЛ, аналізуючи дотримання пропорційності втручання у кримінальних провадженнях, виробив критерії, яких повинні дотримуватися органи досудового розслідування. Так, обов'язковим, на думку ЄСПЛ, є розмежування професійної діяльності від приватного життя особи, а також проведення такого втручання тільки за умов існування «нагальної соціальної потреби».

РОЗДІЛ 3
ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ОХОРОНИ НЕВТРУЧАННЯ В ОСОБИСТЕ І СІМЕЙНЕ ЖИТТЯ ОСОБИ

3.1 Проблеми забезпечення охорони таємниці приватного життя під час проведення слідчих (розшукових) дій

Забезпечення охорони невтручання в особисте і сімейне життя особи має неабияке значення під час проведення СРД та НСРД. Так, Ж. В. Удовенко зазначає, що у цьому контексті варто розрізняти поняття «охорони» та «захисту». Так, авторка зазначає, що хоча й ці поняття не є тотожними, оскільки, як зазначає М. І. Матузов, права осіб у кримінальному провадження знаходяться під охороною постійно, але захищаються лише тоді, коли відбувається їхнє порушення, вони співвідносяться між собою за багатьма критеріями. Охорона приватного життя особи полягає в попередженні будь-якого можливого порушення, здійсненні контролю за їхнім дотриманням і реагуванням на можливе порушення, а захист є поняттям, що протилежне обвинуваченню, тобто це діяльність, що здійснюється при посяганні на права особи та за умови виникнення реальної загрози їх порушення [13, с. 2].

На нашу думку, забезпечення охорони невтручання в приватне життя особи здійснюється за допомогою гарантій такого невтручання. Так, А. В. Самодін зазначає, що гарантіями невтручання у приватне життя особи можна вважати засоби, що є нормативно закріпленими та запобігають збиранню, зберіганню, використанню та поширенню інформації про приватне життя особи без її згоди, крім випадків, передбачених КПК і лише з метою виконання завдань кримінального провадження [68, с. 149]. Також Л. М. Лобойко, поділяючи такі гарантії на загальні та спеціальні, зазначає, що до загальних можна віднести безпосередньо принципи кримінального процесу, процесуальна форма, кримінальна процесуальна відповідальність, відомчий контроль, прокурорський нагляд та право на оскарження дій або бездіяльності органів досудового

розслідування [40, с. 127]. Отже, основна мета забезпечення охорони невтручання у приватне життя особи полягає в попередженні незаконного втручання в особисте і сімейне життя особи за допомогою засобів, що передбачені КПК України.

Значне втручання в приватне життя особи становлять негласні слідчі (розшукові) дії. Так, варто зазначити, що забезпечення охорони невтручання в приватне життя особи під час проведення НСРД відповідно до ч. 2 ст. 256 КПК України є обов'язкова фіксація проведення таких дій в протоколі з подальшим переданням його прокуророві; захист інформації, отриманої внаслідок проведення таких дій, а саме заборона розголошенню особами, яким це стало відомо в результаті ознайомлення з матеріалами, а також заборона виготовлення копій протоколів до прийняття рішення про їх розсекречування; захист інформації, що не використовується у кримінальному провадженні, а саме необхідність невідкладного знищення такої інформації на підставі рішення прокурора, а також заборона використання таких матеріалів для цілей, не пов'язаних з кримінальним провадженням, або ознайомлення з ними учасників кримінального провадження чи будь-яких інших осіб; передання інформації, одержаної внаслідок проведення НСРД та яка містить ознаки іншого кримінального правопорушення, здійснюється тільки через прокурора [1]. Також гарантією забезпечення права особи на недоторканість приватного життя виступає обов'язкове повідомлення особи, конституційні права якої були обмежені під час проведення НСРД, про таке обмеження не пізніше, ніж через 12 місяців з дня припинення таких дій [1]. В. О. Глушков та О. А. Білічак зазначають, що дана норма КПК є найбільш ефективною гарантією забезпечення невтручання в приватне життя особи та контролю за здійснення НСРД, оскільки суб'єктом контролю у цьому випадку виступає та особа, права якої були обмежені, тому що таке обмеження може бути оскаржене [44, с. 71].

Окремо хочемо зупинитися на таких негласних слідчих (розшукових) діях, які передбачені розділом 2 Глави 21 КПК України та становлять втручання у

приватне спілкування особи. Так, одним з аспектів втручання в особисте спілкування особи є проведення такої негласної слідчої (розшукової) дії, як аудіо- та відеоконтроль особи. Відповідно до ст. 260 КПК України аудіо-, відеоконтроль особи є різновидом втручання у приватне спілкування, яке проводиться без її відома на підставі ухвали слідчого судді, якщо є достатні підстави вважати, що розмови цієї особи або інші звуки, рухи, дії, пов'язані з її діяльністю або місцем перебування тощо, можуть містити відомості, які мають значення для досудового розслідування [1]. Також порядок проведення аудіо- та відеоконтролю особи визначає Інструкція про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні від 16.11.2012 № 114/1042/516/1199/936/1687/5. Так, відповідно до п. 1.11.2. Аудіо-, відеоконтроль особи полягає в негласній (без відома особи) фіксації та обробці із використанням технічних засобів розмови цієї особи або інших звуків, рухів, дій, пов'язаних з її діяльністю або місцем перебування тощо [50].

Варто зазначити, що аудіо- та відеоконтроль особи слід відрязняти від такої негласної слідчої (розшукової) дії, як аудіо- та відеоконтролю місця, передбаченої ст. 270 КПК України. А. Б. Ткачик, зазначає, що проведення такої негласної слідчої (розшукової) дії, як аудіо- та відеоконтроль особи спрямоване на отримання інформації щодо конкретної особи на відміну від с аудіо- та відеоконтролю місця, де коло осіб, приватне життя яких зазначає втручання, не є визначеним [45, с. 119]. На нашу думку, аудіо- та відеоконтроль особи може проводитися у будь-якому місці перебуванні особи. Влучно зазначає М. Л. Грібов, що аудіо- та відеоконтроль особи передбачає фіксацію незалежно від місця перебування особи, наприклад, це може бути офіс, квартира, вулиця або ж громадський транспорт [45, с. 113]. Повністю погоджуємося з думкою автора та робимо висновок, що визначним аспектом проведення аудіо- та відеоконтролю особи є забезпечення охорони таємниці приватного життя не тільки самої особи, щодо якої проводиться ця НСРД, а також інших осіб, які є учасниками проведення цієї НСРД.

Так, однією з гарантій забезпечення охорони таємниці приватного життя під час аудіо- та відеоконтролю особи встановлює Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність». Відповідно до ч. 5 ст. 9 цього Закону під час здійснення оперативно-розшукової діяльності не допускається порушення прав і свобод людини та юридичних осіб. Окремі обмеження цих прав і свобод мають винятковий і тимчасовий характер і можуть застосовуватись лише за рішенням слідчого судді з метою виявлення, попередження чи припинення тяжкого або особливо тяжкого злочину та у випадках, передбачених законодавством України [46]. Влучно зазначає В. В. Мацак, що аналізуючи певну кількість нормативно-правових актів, які регулюють порядок здійснення такої НСРД, як аудіо- та відеоконтроль особи, варто зазначити, що вони встановлюють спільну гарантію законності проведення цієї НСРД, а саме те, що вона здійснюється тільки в рамках досудового розслідування за фактом вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину за наявності відповідної ухвали слідчого судді [47, с. 124].

Ще однією гарантією є гарантія забезпечення захисту інформації, яка не використовується у кримінальному провадженні. Відповідно до ст. 255 КПК України відомості, речі та документи, отримані в результаті проведення негласних слідчих (розшукових) дій, які прокурор не визнає необхідними для подальшого проведення досудового розслідування, повинні бути невідкладно знищені на підставі його рішення, крім випадків, передбачених частиною третьою цієї статті та статтею 256 цього Кодексу [1]. Також забороняється використання зазначених у частині першій цієї статті матеріалів для цілей, не пов’язаних з кримінальним провадженням, або ознайомлення з ними учасників кримінального провадження чи будь-яких інших осіб [1]. Влучну думку висловлює В. В. Назаров, зазначаючи, що морально та законно виправданим є збирання лише таких доказів, які безпосередньо стосуються кримінального провадження, а тому не варто фіксувати в протоколах негласних слідчих (розшукових) дій інформацію, яка стосується тієї сфери приватного життя громадян, що не належить до обставин, які підлягають доказуванню у кримінальному провадженні [67, с. 117]. Варто зауважити, що ще

одним сприятливим елементом цієї гарантії є стаття 182 КК України, якою передбачена відповідальність за незаконне збирання, зберігання, використання, знищення, поширення конфіденційної інформації про особу або незаконна зміна такої інформації, крім випадків, передбачених іншими статтями КК України [11].

Варто зауважити, що є певні прогалини в законодавстві щодо питання забезпечення охорони таємниці приватного життя осіб під час проведення такої НСРД, як аудіо- та відеоконтролю. Так, В. В. Мацак визначає, що відсутнє законодавче регулювання таких питань, як порядок вилучення з матеріалів за результатами проведеного аудіо- та відеоконтролю особи інформації щодо приватного життя третіх осіб, які були зафіксовані на технічна засоби проведення НСРД випадково. Також, на думку автора, недостатньо чітким є врегулювання порядку залучення до аудіо- та відеоконтролю особи осіб, що конфіденційно співпрацюють з провоохоронними органами [47, с. 124]. Також варто зауважити, що немає чіткої позиції в науковій літературі, а також в практиці проведення цієї НСРД правоохоронними органами відповіді на те, чи вважається спілкування учасника кримінального провадження з працівниками правоохоронних органів, а тому чи потребує таке спілкування проведення аудіо- та відеоконтролю особи оформлення як НСРД та, відповідно, отримання ухвали слідчого судді. Так, А. Б. Ткачик зазначає, що в даній ситуації немає підстав для того, щоб вважати таке спілкування негласною слідчою (розшуковою) дією, оскільки учасник кримінального провадження обізнаний про те, що він веде спілкування з працівниками правоохоронних органів, а тому таке спілкування не може вважатися приватним. Автор наводить доволі цікаву судову практику [45, с. 116]. Так, у своєму вироку Печерський районний суд м. Києва визначив, що не можна розглядати спілкування між працівником поліції та підозрюваним, оскільки останній перебував під контролем працівників поліції та усвідомлював, що фактично дає показання [48] [45, с. 116]. Ми погоджуємося з думкою автора та судовою практикою, оскільки спілкування між працівником поліції та учасником

кримінального провадження, на нашу думку, слід розглядати як слідчу (розшукову) дію, а саме допит.

Ще однією НСРД, яка становить втручання у приватне спілкування є накладення арешту на кореспонденцію. Так, відповідно 261 КПК України арешт на кореспонденцію накладається, якщо під час досудового розслідування є достатні підстави вважати, що поштово-телеграфна кореспонденція певної особи іншим особам або інших осіб їй може містити відомості про обставини, які мають значення для досудового розслідування, або речі і документи, що мають істотне значення для досудового розслідування. Варто зауважити, що накладення арешту на кореспонденцію надає право слідчому здійснювати огляд і виїмку цієї кореспонденції [1]. Цікавим є співвідношення цих двох негласних слідчих (розшукових) дій. Так, влучно зазначають автори В. І. Галаган та В. В. Шум, що це є дві різні НСРД [49, с. 19]. Відповідно до пункту 1.11.3 Інструкції «Про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні» від 16 листопада 2012 року № 114/1042/516/1199/936/1687/5/ зазначено, що накладення арешту на кореспонденцію (стаття 261 КПК України) полягає в забороні установам зв'язку та фінансовим установам вручення кореспонденції адресату без відповідної вказівки слідчого, прокурора, а у пункті 1.11.4 передбачено, що огляд і виїмка кореспонденції (стаття 262 КПК України) полягає у негласному відкритті й огляді затриманої кореспонденції, на яку накладено арешт, її виїмці або знятті копії чи отриманні зразків, нанесенні на виявлені речі й документи спеціальних позначок, обладнанні їх технічними засобами контролю, заміні речей і речовин, що становлять загрозу для оточуючих чи заборонених у вільному обігу, на їх безпечні аналоги [50].

У науковій літературі зустрічаються різні думки щодо співвідношення цих двох НСРД. Так, В. І. Галаган та В. В. Шум зазначають, що в літературі існує три провідні позиції: 1) накладення арешту слід розглядати як НСРД, яка включає в себе розшукову та слідчу дію, тобто огляд та виїмку кореспонденції; 2) накладення

арешту відокремлена НСРД, яка не містить такі складові, як огляд та виїмка кореспонденції, тобто які є окремими НСРД; 3) накладення арешту це НСРД, що включає такі структурні елементи, як огляд та виїмка кореспонденції [49, с. 19]. На наш погляд, найвлучнішим підходом буде комбінація останніх двох позицій, оскільки накладення арешту на кореспонденцію та огляд та виїмка кореспонденції дійсно є двома різними негласними слідчими (розшуковими) діями та порядок їхнього проведення врегульований різними положеннями КПК України, незважаючи на це, ці НСРД є пов'язаними, оскільки накладення арешту на кореспонденцію є більш широкою НСРД, яка включає огляд та виїмку кореспонденції.

Так, щодо гарантії забезпечення охорони таємниці приватного життя під час проведення цих НСРД варто відзначити, що першою гарантією законності проведення накладення арешту на кореспонденцію є те, що ця НСРД без відома особи, кореспонденція якої зазначає втручання, проводиться у виняткових випадках на підставі ухвали слідчого судді. Тобто дозвіл на проведення цієї НСРД надається виключно судом без будь-яких винятків, а для проведення огляду та виїмки кореспонденції, як вже було зазначено вище, достатньо рішення суду про проведення накладення арешту на кореспонденцію. Ще однією гарантією є те, що згідно з ч. 4 ст. 262 КПК України про кожен випадок проведення огляду, виїмки або затримання кореспонденції складається протокол згідно з вимогами цього Кодексу. У протоколі обов'язково зазначається, які саме відправлення були оглянуті, що з них вилучено і що має бути доставлено адресату або тимчасово затримано, з яких відправлень знято копії чи отримано зразки, а також про проведення інших дій, передбачених частиною другою цієї статті [1]. Також однією з гарантій забезпечення охорони таємниці приватного життя є те, що огляд затриманої кореспонденції проводиться в установі зв'язку, якій доручено здійснювати контроль і затримувати цю кореспонденцію, за участю представника цієї установи, а за необхідності - за участю спеціаліста. У присутності зазначених осіб слідчий вирішує питання про відкриття і оглядає затриману кореспонденцію

[1]. Отже, участь представника, а у деяких випадках спеціалістів є необхідною умовою проведення цієї НСРД,

Щодо проблемних питань, пов'язаних із забезпечення охорони таємниці приватного життя під час накладення арешту кореспонденції та огляду та виїмки кореспонденції, варто зауважити, що у КПК України не має конкретизації щодо осіб, на кореспонденцію яких може накладатися арешт. Так, влучну думку висловлює І. І. Савляк, зазначаючи, що це є істотним недоліком чинного КПК України, оскільки ця прогалина створює небезпеку накладення арешту на кореспонденцію доволі широкого кола осіб [50, с. 79]. Дійсно, ця прогалина в законодавстві може призвести на практиці до порушення засади невтурчання у приватне життя. Ми абсолютно погоджуємося з авторкою та хочемо зауважити, що чинна редакція ст. 261 та ст. 262 КПК України потребує доповнення у цій частині з викладенням вичерпного переліку учасників кримінального провадження, на кореспонденцію яких може бути накладений арешт. Також цікаву думку висловлює В. В. Шум, пропонуючи доповнити положення ст. 262 КПК України вимогою направлення копії протоколу проведення огляду, виїмки або затримання кореспонденції з додатками до слідчого судді [50, с. 82]. Варто зауважити, що відповідно до ч. 4 ст. 262 КПК України про кожен випадок проведення огляду, виїмки або затримання кореспонденції складається протокол згідно з вимогами цього Кодексу. У протоколі обов'язково зазначається, які саме відправлення були оглянуті, що з них вилучено і що має бути доставлено адресату або тимчасово затримано, з яких відправлень знято копії чи отримано зразки, а також про проведення інших дій, передбачених частиною другою цієї статті [1]. Так, можемо погодитися з таким доповненням та зазначити, що також необхідним у такому випадку буде визначення вичерпного переліку тих дій, які слідчий суддя може вчинити після отримання протоколу та додатків, а також визначення того, чи зможе слідчий суддя, у разі визнання цього протоколу недостатньо обґрунтованим, прийняти рішення про визнання накладення арешту на кореспондецію, огляд та виїмку кореспонденції незаконними [50, с. 83].

Також ще однієї НСРД, яка становить втручання у приватне спілкування, є зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж. Так, відповідно до ч. 1 ст. 263 КПК України 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) є різновидом втручання у приватне спілкування, яке проводиться без відома осіб, які використовують засоби телекомунікацій для передавання інформації, на підставі ухвали слідчого судді, якщо під час його проведення можна встановити обставини, які мають значення для кримінального провадження [1]. Відповідно до Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні від 16.11.2012 зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж поділяється на: 1) контроль за телефонними розмовами, що полягає в негласному проведенні із застосуванням відповідних технічних засобів, у тому числі встановлених на транспортних телекомунікаційних мережах, спостереження, відбору та фіксації змісту телефонних розмов, іншої інформації та сигналів (SMS, MMS, факсимільний зв'язок, модемний зв'язок тощо), які передаються телефонним каналом зв'язку, що контролюється; 2) зняття інформації з каналів зв'язку, що полягає в негласному одержанні, перетворенні і фіксації із застосуванням технічних засобів, у тому числі встановлених на транспортних телекомунікаційних мережах, у відповідній формі різних видів сигналів, які передаються каналами зв'язку мережі Інтернет, інших мереж передачі даних, що контролюються [70].

Так, однією з гарантій під час проведення цієї НСРД є те, що відповідно до ч. 1 ст. 121 нового Закону України «Про електронні комунації» доступ до інформації про споживача, факти надання електронних комунікаційних послуг, у тому числі до даних, що обробляються з метою передачі такої інформації в електронних комунікаційних мережах, здійснюється виключно на підставі рішення суду, слідчого судді у випадках та порядку, передбачених законом [51].

Також згідно з ч. 2 ст. 263 КПК України в ухвалі слідчого судді про дозвіл на втручання у приватне спілкування в цьому випадку додатково повинні бути зазначені ідентифікаційні ознаки, які дозволять унікально ідентифікувати абонента спостереження, транспортну телекомунікаційну мережу, кінцеве обладнання, на якому може здійснюватися втручання у приватне спілкування [1]. Тобто законним проведенням цієї НСРД буде таке проведення, яке відбувається на підставі ухвали слідчого судді, а якій чітко визначено ознаки абонента, який підлягає спостереженню. Влучну думку висловлює Ж. В. Удовенко щодо того, що варто поділяти цілі проведення цієї НСРД і відповідно до них розрізняти підстави проведення цієї НСРД. Так, авторка зазначає, що під час проведення цієї НСРД слід виділити дві групи суб'єктів: 1) це підозрюваний або інші учасники кримінального провадження, спілкування між якими може мати інформацію та фактичні дані щодо обставин, які мають значення для кримінального провадження; 2) потерпілий, його близькі родичі чи інші учасники кримінального провадження, якщо наявна загроза вчинення проти даних осіб злочинних дій. Саме тому для першої категорії осіб є необхідним отримання ухвали слідчого судді, для другої повинно бути достатнім отримання їхньої письмової заяви, а у разі її відсутності – рішення суду, оскільки саме такий підхід узгоджується з положеннями Закону України «Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві», а тому стаття 263 КПК України потребує такого доповнення [63, с. 124]. Також погоджуючись з авторкою щодо доповнення Кодексу вичерпним переліком осіб, чия телефона комунікація може прослуховуватися, юридичні підстави цієї НСРД, доля матеріалів, які були отриманні внаслідок проведення цієї НСРД [63, с. 125]. Можемо додати, що особливо важливою є доля матеріалів, які стосуються приватного життя особи, оскільки така інформація не повинна підлягати розголошенню.

Схожою НСДР є зняття інформації з електронних інформаційних систем. Відповідно до Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні

від 16.11.2012 зняття інформації з електронних інформаційних систем без відома її власника, володільця або утримувача полягає в одержані інформації, у тому числі із застосуванням технічного обладнання, яка міститься в електронно-обчислювальних машинах (комп'ютер), автоматичних системах, комп'ютерній мережі [70]. Так, однією з гарантій проведення цієї НСРД є те, що відповідно до ч. 1 ст. 264 КПК України пошук, виявлення і фіксація відомостей, що містяться в електронній інформаційній системі або їх частин, доступ до електронної інформаційної системи або її частини, а також отримання таких відомостей без відома її власника, володільця або утримувача може здійснюватися на підставі ухвали слідчого судді, якщо є відомості про наявність інформації в електронній інформаційній системі або її частині, що має значення для певного досудового розслідування [1]. Варто зауважити, що не потребує дозволу слідчого судді здобуття відомостей з електронних інформаційних систем або її частини, доступ до яких не обмежується її власником, володільцем або утримувачем або не пов’язаний з подоланням системи логічного захисту [1]. Влучною є думка авторів В. І. Говорухи та В. А. Степанова, які зазначають, що чинне законодавство потребує чіткого визначення поняття «зняття інформації з електронних інформаційних систем» та пропонують доповнити ст. 264 КПК України переліком дій, які становлять зняття інформації з електронних інформаційних систем, а саме визначити різні способи зняття інформації, такі як способи безпосереднього доступу та способи, які дозволяють віддалено отримати інформацію шляхом підбору паролів тощо [52, с. 71].

Варто зауважити, що відповідно це однією гарантією забезпечення охорони інформації, яка отримана внаслідок її зняття з транспортних телекомунікаційних та електронних інформаційних джерел є те, що відповідно до ст. 265 КПК України зміст інформації, що передається особами через транспортні телекомунікаційні мережі, з яких здійснюється зняття інформації, зазначається у протоколі про проведення зазначених негласних слідчих (розшукових) дій. Також при виявленні в інформації відомостей, що мають значення для конкретного досудового

розслідування, в протоколі відтворюється відповідна частина такої інформації, після чого прокурор вживає заходів для збереження знятої інформації. При цьому зміст інформації, одержаної внаслідок здійснення зняття відомостей з електронних інформаційних систем або їх частин, фіксується на відповідному носієві особою, яка здійснювала зняття та зобов'язана забезпечити обробку, збереження або передання інформації [1]. Також варто зауважити, що відповідно до пункту 4.8 вищезгаданої Інструкції фіксація результатів негласної слідчої (розшукової) дії повинна здійснюватись таким чином, щоб завжди була можливість експертним шляхом встановити достовірність цих результатів [70]. Влучно зазначає О. Метелев, що таке положення вітчизняного законодавства відповідає практиці ЄСПЛ. Так, автор зазначає, що відповідно до практики ЄСПЛ право держави на втручання в приватне спілкування може бути визнане допустимим тільки якщо таке втручання здійснюється у визначений законом спосіб, так само, як і сама фіксація результатів такого втручання. Дійсно, ми можемо погодитися з автором щодо доповнення чинного КПК України положеннями, які будуть чітко визначати вимоги до протоколу фіксації перебігу та результатів проведення зняття інформації із телекомунікаційних мереж та електронних інформаційних систем, а саме виділення вимог до такого протоколу в окремій статті КПК України [53, с. 96].

Отже, КПК України встановлює низку гарантій забезпечення охорони таємниці приватного особи під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій, які становлять втручання у приватне спілкування. Варто зауважити, що ці гарантії поділяються на загальні, які передбачені для проведення всіх негласних слідчих (розшукових) дій, та на спеціальні, які є специфічними для кожної конкретної НСРД, яка становить втручання у приватне спілкування. Також варто зауважити, що КПК України потребує певних доповнень задля гарантування забезпечення охорони таємниці приватного життя.

Також серед вищезгаданих гарантій забезпечення охорони невтручання в особисте і сімейне життя особи у науковій літературі називаються такі, як

заборона є заборона втручання у приватне спілкування захисника, священнослужителя з підозрюваним, обвинуваченим, засудженим, виправданим, що узгоджується з позицією ЄСПЛ, який у справі і «Гольдер проти Великобританії» зазначив, що право в'язня на таємницю кореспонденції з адвокатом і судовими органами у жодному разі не повинно зазнавати втручання, оскільки воно є основним засобом, який дозволяє особі такій особі утвердити свої права [44, с. 452]. Встановлення КПК строку дії ухвали слідчого судді, що не може перевищувати два місяці, є також одними з гарантій забезпечення додержання конституційних прав і свобод людини [44, с. 453]. Ще однією гарантією є отримання від слідчого судді дозволу на проведення певної НСРД, хоча розгляд такого клопотання відповідно до ч. 1 ст. 248 КПК України становить максимум шість годин з моменту його отримання, тому, як влучно зазначають О. О. Левендаренко та Д. В. Іващенко, це є доволі невеликий проміжок часу, а тому, зважаючи на завантаженість слідчих суддів, такі клопотання доволі часто задовольняються на формальному рівні [71, с. 570]. Тому, як бачимо, певні гарантії забезпечення охорони невтручання в приватне життя особи потребують подальшого удосконалення.

3.2. Проблеми забезпечення охорони таємниці приватного життя під час проведення слідчих (розшукових) дій, що обмежують право на недоторканість житла

Як вже було зазначено вище, загальні гарантії невтручання в приватне життя особи зазначені в главі 2 КПК України, але їхню конкретизацію можемо знайти на прикладі конкретних СРД та НСРД. Так, відповідно до ч. 3 ст. 233 КПК України слідчий, дізнавач, прокурор має право до постановлення ухвали слідчого судді увійти до житла чи іншого володіння особи у невідкладних випадках, підставою втручання у такій ситуації буде постанова, складена відповідно до ч. 5 ст. 110 КПК України, про що йшлося у другому розділі [1]. Влучно зазначають І. В. Галаган та Ж. В. Удовенко, що забезпечення охорони невтручання в приватне

життя особи у даному випадку примірника такої постанови буде недостатньо, а тому дане процесуальне рішення обов'язково повинно мати печатку органу, що представляє слідчий, дізнавач або прокурор [58, с. 115]. За аналогією з ухвалою слідчого судді, така постанова теж повинна бути залишена на видному місці. Варто зазначити, що для проведення обшуку (або іншої слідчої (розшукової) дії, оскільки проникнення до житла чи іншого володіння особи може здійснюватися з будь-якою метою), прокурор, слідчий, дізнавач за погодженням із прокурором зобов'язаний невідкладно після здійснення таких дій звернутися до слідчого судді із клопотанням про проведення обшуку [1]. При цьому якщо клопотання не буде погоджено, будь-які докази, отримані внаслідок проведення даної СРД, визнаються недопустимими. І. Вегера у своїй роботі наводить аналіз судової практики. Так, авторка зазначає, що, як вказує С. І. Кравченко, слідчі судді задовольняють такі клопотання якщо на момент проникнення до житла чи іншого володіння особи неможливо було отримати в порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законом, відповідний дозвіл слідчого судді; у випадках необхідності врятування майна, коли виявлені в ході обшуку речі мають значення для досудового розслідування; необхідність негайного огляду іншого володіння особи з метою встановлення наявності слідів кримінального правопорушення; обшук та вилучення речей до постановлення ухвали слідчого судді були необхідні з метою запобігання їх знищенню тощо [55, с. 101].

Дуже важливим є забезпечення охорони невтручання в приватне життя особи під час обшуку є питання фіксації проведення цієї СРД. Так, відповідно до ч. 7 ст. 236 КПК України при обшуку слідчий, прокурор має право проводити вимірювання, фотографування, звуко- чи відеозапис, складати плани і схеми, виготовляти графічні зображення обшуканого житла чи іншого володіння особи чи окремих речей, виготовляти відбитки та зліпки, оглядати і вилучати документи, тимчасово вилучати речі, які мають значення для кримінального провадження [1]. Також згідно з ч. 10 цієї ж статті обшук житла чи іншого володіння особи на підставі ухвали слідчого судді в обов'язковому порядку фіксується за допомогою

аудіо- та відеозапису [1]. Влучну думку висловлює А. І. Михайлова, що фіксація перебігу та результатів обшуку житла чи іншого володіння особи позначається певною складністю, зважаючи на динамічність цієї слідчої (розшукової) дії, а також на різноманітність джерел отримання інформації, фіксація можлива тільки з використанням декількох способів фіксації, передбачених КПК України [54, с. 267]. Відповідно до ст. 107 КПК України виконання ухвали слідчого судді, суду про проведення обшуку в обов'язковому порядку фіксується за допомогою звуко- та відеозаписувальних технічних засобів. Також про застосування технічних засобів фіксування процесуальної дії заздалегідь повідомляються особи, які беруть участь у процесуальній дії. Ще однією гарантією виступає те, що незастосування технічних засобів фіксування кримінального провадження у випадках, якщо воно є обов'язковим, тягне за собою недійсність відповідної процесуальної дії та отриманих внаслідок її вчинення результатів, за винятком випадків, якщо сторони не заперечують проти визнання такої дії та результатів її здійснення чинними [1]. Також А. І. Михайлова висловлює влучну думку щодо безперервності такого відеозапису оскільки КПК України наразі містить прогалину в цьому аспекті та не визначає, що відеозапис під час проведення обшуку житла чи іншого володіння особи повинен бути безперервним [72, с. 267]. Схожу думку висловлює Б. А. Малій, зазначаючи, що наразі КПК України не містить належного регулювання порядку відеофіксації під час проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, а саме не визначеними є питання наявності в кадрі понятих, а також потреби фіксації моменту вилучення і переліку майна [73, с. 290]. На нашу думку, КПК України потребує доповнення вимогою безперервності відеозапису під час проведення обшуку житла чи іншого володіння особи, а також всебічності такої фіксації, тобто використання декількох технічних засобів та приладів, що мають функцію відеозапису.

Також особливо гостро забезпечення охорони невтручання постає під час проведення обшуку у разі відсутності осіб у житлі чи іншому володінні. Так, відповідно до ч. 4 ст. 236 КПК України за такої ситуації копія ухвали повинна бути

залишена на видному місці у житлі чи іншому володінні особи, а також слідчий, прокурор зобов'язаний забезпечити схоронність майна, що знаходиться у житлі чи іншому володінні особи, та неможливість доступу до нього сторонніх осіб [1]. Влучно зазначають І. В. Галаган та Ж. В. Удовенко, що ця норма не є повноцінною, оскільки не вирішено питання щодо залишення копії протоколу обшуку, який є основним документом фіксації проведення процесуальної дії [58, с. 116]. Також влучну думку висловлює М. М. Воробчак, зазначаючи, що КПК України містить положення щодо можливості проведення обшуку житла чи іншого володіння особи у разі відсутності осіб, але при цьому не містить чіткої вказівки на тривалість відсутності осіб, що на практиці призводить до зловживань та свавілля [74, с. 30]. Так, варто зауважити, що відповідно до ч. 1 ст. 236 КПК України для участі в проведенні обшуку може бути запрошений потерпілий, підозрюваний, захисник, представник та інші учасники кримінального провадження. З метою одержання допомоги з питань, що потребують спеціальних знань, слідчий, прокурор для участі в обшуку має право запросити спеціалістів. Слідчий, прокурор вживає належних заходів для забезпечення присутності під час проведення обшуку осіб, чиї права та законні інтереси можуть бути обмежені або порушені. Незалежно від стадії цієї слідчої дії слідчий, прокурор, інша службова особа, яка бере участь у проведенні обшуку, зобов'язані допустити на місце його проведення захисника чи адвоката, повноваження якого підтверджуються згідно з положеннями статті 50 цього Кодексу [1]. Тобто відповідає до згаданих положень слідчий, прокурор під час проведення обшуку житла чи іншого володіння мають обов'язок, а саме забезпечення присутності осіб, до приватного життя яких відбувається втручання. Так, влучну думку висловлюють автори В. І. Галаган та О. Л. Дульський, зазначаючи, що незважаючи на наявність цього обов'язку, КПК України при цьому дозволяє проводити обшук за відсутності вищезгаданих осіб. На думку авторів, присутність двох понятих та безперервний запис не може повністю гарантувати забезпечення охорони таємниці приватного життя осіб, у житло чи інше володіння яких втручаються, а тому КПК України треба доповнити

положеннями, які передбачатимуть обов'язкову участь захисника під час проведення обшуку за відсутності осіб, який буде запрошений стороною обвинувачення у разі наявності договору про надання правової допомоги, а у разі відсутності варто передбачити залучення безоплатного адвоката з найближчого центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги [75, с. 157].

Ми вважаємо, що для гарантії запобігання неправомірному втручанню в приватне життя особи необхідно також передбачити залишення протоколу обшуку під час вчинення даної СРД. Також додатковими гарантіями під час проведення обшуку є обов'язкова фіксація проведення цієї СРД за допомогою аудіо- та відеозапису, оскільки, як влучно зазначає В. А. Сокуренко, порушення даної вимоги КПК в подальшому стає підставою для визнання доказів, отриманих під час обшуку, недопустимими [59, с. 494]. Також цікаву думку висловлює О. В. Керевич про те, що під час даної СРД «мають бути вжиті належні заходи для забезпечення присутності під час проведення обшуку осіб, права та законні інтереси яких може бути обмежено або порушено» [76, с. 380].

Ще однією гарантією забезпечення охорони невтручання в приватне життя особи відповідно до ч. 3 ст. 234 КПК є зазначення в клопотанні про надання дозволу про обшук житла індивідуальні або родові ознаки речей, документів, іншого майна або осіб, яких планується відшукати, а також їхній зв'язок із вчиненим кримінальним правопорушенням. А тому автор влучно зазначає, що зазначення в ухвалі такого поняття як «інші речі та документи, які мають значення для кримінального провадження» не буде відповідати засаді невтручання в приватне життя особи [76, с. 382].

Щодо особистого обшуку варто зазначити, що КПК потребує вдосконалення в цій частині, оскільки, як влучно зазначають Г. В. Рибікова та Л. Ю. Грекова, відповідно до законодавства, проведення особистого обшуку не передбачає попередньо отримання ухвали слідчого судді, що створює неоднозначність у правозастосуванні цієї норми та судовій практиці [77, с. 184]. На нашу думку, для ефективного забезпечення невтручання в приватне життя

особи порядок проведення особистого обшуку потребує окремого врегулювання у відповідній ст. КПК, а також підставою проведення такого обшуку повинна бути ухвала слідчого судді, відміна від ухвали для обшуку житла чи іншого володіння.

* * *

Підбиваючи підсумки, можна зазначити, що забезпечення охорони невтручання в особисте і сімейне життя особи має неабияке значення, особливо під час проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Така охорона здійснюється на підставі нормативно закріплених гарантій, основна мета яких це запобігання збиранню, зберіганню, використанню та поширенню інформації про приватне життя особи без її згоди, крім випадків, передбачених КПК і лише з метою виконання завдань кримінального провадження [75, с. 149]. Так, особливо посилені гарантії забезпечення невтручання в приватне життя особи можемо спостерігати під час проведення НСРД, оскільки забезпеченню прав та свобод осіб та гарантії нерозповсюдження інформації про приватне життя особи, щодо яких проводяться такі дії, присвячена окремий розділ глави 21 Кодексу.

Звичайно, не можна говорити про те, що КПК України є ідеальним у сфері забезпечення невтручання в приватне життя особи, наприклад, положення щодо обшуку житла чи іншого володіння особи у невідкладних випадках, проникнення до житла чи іншого володіння особи за добровільною згодою потребують подальшого удосконалення. Також ми вважаємо, що чинна норма КПК України щодо можливості у виняткових невідкладних випадках, пов’язаних із врятуванням життя людей та запобіганням вчиненню тяжкого або особливо тяжкого злочину, проведення негласної слідчої (розшукової) дії до постановлення ухвали слідчого судді у випадках, передбачених цим Кодексом, за рішенням слідчого, узгодженого з прокурором, або прокурора є занадто загальною та неконкретизованою, що на практиці призводить до надто широкого тлумачення і може призводити до зловживань. Саме тому ми вважаємо, що ця норма КПК України потребує більшої деталізації. Варто зауважити, що без відповіді у

законодавстві лишається подальша доля та законність такої негласної слідчої (розшукової) дії у випадку, якщо слідчий суддя не надасть дозвіл на проведення НСРД, зважаючи на відсутність підстав. Звісно, ч. 3 ст. 250 КПК України передбачено, що виконання будь-яких дій з проведення негласної слідчої (розшукової) дії повинно бути негайно припинено, якщо слідчий суддя постановить ухвалу про відмову в наданні дозволу на проведення негласної слідчої (розшукової) дії. Але залишається відсутнім врегулювання ситуації, коли НСРД вже проведена, проте слідчий суддя після її проведення не надає дозвіл, саме тому КПК України теж потребує доповнення у цій частині.

Також, на нашу думку, повинен бути передбачений окремий порядок проведення особистого обшуку та окремі підстави його проведення, що відміні від проведення обшуку житла чи іншого володіння. Порядок реалізації засади невтручання в приватне життя особи під час проведення НСРД також потребує подальшого удосконалення, оскільки певні положення є суто декларативними, інші положення викликають багато питань під час їх реалізації уповноваженими на те суб'єктами.

Незважаючи на згадані недоліки, на нашу думку, прийняття КПК України 2012 року є значним кроком вперед, оскільки новий КПК України порівняно з КПК України 1960 містить набагато більше гарантій та порядку їх реалізації, що спрямовані на забезпечення засади невтручання в особисте і сімейне життя особи.

ВИСНОВКИ

У цій кваліфікаційній робота було розглянуте питання високої наукової значущості, а саме забезпечення охорони таємниці приватного життя на стадії досудового розслідування. Підсумовуючи, варто зазначити, що сфера особистого і сімейного життя особи, які відповідно до КПК України утворюють приватне життя особи, звісно, не може повністю бути врегульоване правовими нормами, оскільки ці поняття є невичерпними та постійно еволюціонують. На підставі проведеного дослідження визначено позиції, які панівними у науковій літературі, а також запропоновані пропозиції, які спрямовані на покращенні чинного законодавстві та усунення певних прогалин та колізій, а саме:

1. Основна різниця між особистим і сімейним життям полягає в тому, що особисте життя стосується тільки безпосередньо індивіда, у той час як сімейне життя стосується декількох осіб, які пов’язані сімейними стосунками. Варто зазначити, що недоторканність особистого і сімейного життя як принцип кримінального процесу є також конституційним правом кожного громадянина України, а також, на нашу думку, його можна вважати загальним правом щодо таких прав як право на недоторканність житла, таємницю листування та повагу до честі і гідності особи. На нашу думку, як засада кримінального процесу недоторканість особистого і сімейного життя особи потребує більш детальної регламентації у КПК.
2. З урахуванням проаналізованого матеріалу у цій роботі можна визначити, що міститься потреба у чіткому врегулюванні таких понять, як «особисте життя», «приватне життя» та «сімейне життя». Наразі у науковій літературі зустрічаємо кардинально протилежні погляди щодо того, чи є сімейне життя складовою приватного життя. Наявність великої кількості протилежних думок у літературі та відсутність чіткого законодавчого визначення. Вважаємо, що особисте та приватне життя є синоніми, а саме тому чинна редакція КПК України, на нашу думку, потребує внесення

відповідних змін. Варто відзначити, що такі зміни також будуть узгоджуватися зі ст. 32 Конституції України.

3. Значення засад кримінального провадження в забезпеченні охорони таємниці приватного життя є надважливим. Значну роль в охороні таємниці приватного життя відіграє така засада, як повага до людської гідності, недоторканність житла чи іншого володіння особи, засада таємниці спілкування, а також засаду забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності. Підсумовуючи, можемо зробити висновок, що всі засади кримінального провадження є також відіграють визначальну роль у забезпеченні охорони таємниці приватного життя.
4. Під час здійснення дій, передбачених КПК України, уповноважені суб'єкти повинні дотримуватися законних підстав втручання та меж невтручання в приватне життя особи. Так, основною підставою законного втручання в приватне життя особи під час проведення СРД та НСРД є ухвала слідчого судді, хоча з цього є певні винятки.
5. Межами невтручання в приватне життя особи варто вважати ті сфери особистого і сімейного життя особи, які не є необхідним під час здійснення досудового розслідування. Відповідно до практики ЄСПЛ критеріями у такому випадку є визначення, чи переслідує таке втручання законну мету, а також чи є воно пропорційним, тобто таким, за якого дотримується баланс між інтересами суспільства та окремої особи. Загалом межею невтручання у приватне життя є інформація про приватне життя особи, яка не є необхідною для цілей кримінального провадження. На нашу думку, КПК України потребує подальшого удосконалення щодо чіткого визначення даних меж.
6. Для того, щоб вищезазначені положення виконувалися на практиці, повинен існувати дієвий механізм забезпечення охорони невтручання в особисте і сімейне життя особи. Так, на це спрямовані нормативно

закріплених гарантій, основна мета яких це запобігання збиранню, зберіганню, використанню та поширенню інформації про приватне життя особи без її згоди, крім випадків, передбачених КПК України і лише з метою виконання завдань кримінального провадження. в. Гарантіями прав і законних інтересів учасників кримінального провадження є засади кримінального провадження, встановлені КПК України та іншими нормативно-правовими актами, права й обов'язки учасників кримінального процесу та заходи процесуального примусу. Серед основних засад варто згадати засаду таємниці спілкування, яка проголошує невід'ємне право кожного громадянина, яку слід розглядати як одну з найголовніших гарантій забезпечення охорони таємниці приватного життя від неправомірного втручання та порушення. Також важливою засадою є забезпечення права на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності, яка є надважливою для реалізації всіх інших засад кримінального провадження, передбачених ст. 7 КПК України.

7. Порядок реалізації засади невтручання в приватне життя особи під час проведення НСРД також потребує подальшого удосконалення, оскільки певні положення є суто декларативними, інші положення викликають багато питань під час їх реалізації уповноваженими на те суб'єктами. Не викликає ніяких сумнівів, що проведення НСРД саме по собі становить втручання у сферу особистого і сімейного життя не тільки тієї особи, щодо якої проводиться така НСРД, а й іноді третіх осіб. Наприклад, статтею 260 КПК України, якою передбачена така НСРД, як аудіо- та відеоконтроль особи, не визначений перелік осіб, щодо яких може проводитися ця НСРД. Саме тому вважаємо, що КПК України у цій частині повинен бути доповнений положенням, яке передбачає проведення аудіо- та відеоконтролю тільки щодо підозрюваного. Також загалом всі НСРД потребують максимальної конкретизації задля уникнення неправомірного втручання в особисте та сімейне життя учасників кримінального

провадження та третіх осіб. Незважаючи на згадані недоліки, на нашу думку, КПК України 2012 року порівняно з КПК України 1960 містить набагато більше гарантій на невтручання в приватне (особисте і сімейне життя) особи у кримінальному провадженні України.

8. КПК України не є ідеальним у сфері забезпечення невтручання в приватне життя особи, для прикладу потребують уточнення та удосконалення положення щодо обшуку житла чи іншого володіння особи у невідкладних випадках, проникнення до житла чи іншого володіння особи за добровільною згодою. На нашу думку, також повинен бути передбачений окремий порядок проведення особистого обшуку та окремі підстави його проведення, що відміні від проведення обшуку житла чи іншого володіння. Загалом питання забезпечення охорони таємниці під час проведення обшуку житла чи іншого володіння особи є надзвичайно важливим. Наразі під час проведення обшуку житла чи іншого володіння особи є занадто великий ризик порушення таких основоположних засад кримінального провадження, як порушення недоторканності житла чи іншого володіння особи, невтручання у приватне життя особи та засаду таємниці спілкування. Ми пропонуємо доповнити чинний КПК України положеннями, які передбачають наявність постанови слідчого, завіреної печаткою органу досудового розслідування під час проведення обшуку житла чи іншого володіння особи у невідкладних випадках. Також варто зауважити, що в КПК України передбачена можливість проведення обшуку за відсутності осіб, за якого ухвала повинна бути залишена на видному місці. Ми вважаємо, що задля надійнішого забезпечення реалізації засад кримінального провадження під проведення обшуку житла чи іншого володіння особи також варто передбачити разом із залишенням ухвали слідчого судді також залишення на видному місці копії протоколу обшуку житла чи іншого володіння особи.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон від 13.04.2012 № 4651-V. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17 - Text (дата звернення: 15.02.2021).

2. Стогова О. В. Особисте життя людини: проблема визначення поняття. *Правовий вісник Української академії банківської справи*. 2014 р. № 1(10). С. 6– 10. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Pvuabs_2014_1_4.pdf(дата звернення: 01.03.2021).

3. Удовенко Ж. В. Гарантії невтручання в особисте і сімейне життя під час здійснення кримінального провадження. *Міжнародний юридичний вісник: актуальні проблеми сучасності (теорія та практика)*. 2017. № 1 (5). С. 104 – 110. URL: http://elar.naiau.kiev.ua/bitstream/123456789/2755/1/189%28pdf.io%29.pdf (дата звернення: 01.03.2021).

4. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Жашківської районної ради Черкаської області щодо офіційного тлумачення положень частин першої, другої статті 32, частин другої, третьої статті 34 Конституції України від 20.01.2012 № 2-рп/2012. Справа № 1-9/2012. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-12 - Text (дата звернення: 01.03.2021).

5. Сивухін В. С. Конституційне право людини і громадянина на невтручання в їх особисте і сімейне життя та його забезпечення органами внутрішніх справ: автореф. дис. Київ, 2007. 18 с. URL: https://mydisser.com/files/89084882.doc(дата звернення: 05.01.2021).

6. Конституція України: Закон від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text (дата звернення: 05.01.2021).

7. Цивільний кодекс України: Закон від 16.01.2003 № 435-IV. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15 - Text(дата звернення: 01.03.2021).

8. Перепилиця С. І. Дотримання прав особи під час втручання у приватне спілкування в кримінальному провадженні. *Forum Prava*. 2019. №55(2). С. 70–79. URL: http://forumprava.pp.ua/files/070-079-2019-2-FP-Perepelitsa_10.pdf (дата звернення: 02.02.2021).

9. Бордун І. В. Захист таємниці кореспонденції в соціальних мережах: підхід Європейського суду з прав людини. Суми, 2020. 37 с. URL: http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/12635/correspondent.pdf?sequence=1&isAllowed=y (дата звернення: 16.02.2021).

10. Кучинська О. П. Принцип поваги до честі і гідності людини у кримінальному процесі. *Адвокат*. 2012. № 4(139) URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&Z21ID=&Image_file_name=PDF%2Fadv_2012_4_3.pdf&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1 (дата звернення: 16.02.2021).

11. Кримінальний кодекс України: Закон від 05.04.2001 № 2341-III. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14 - Text (дата звернення: 25.01.2021).

12. Мірковець В. І. Забезпечення права на свободу та особисту недокторканість при застосуванні заходів забезпечення кримінального провадження. Кваліфікаційна наукова праця. URL: http://elar.naiau.kiev.ua/bitstream/123456789/18802/1/Дис_Мірковець.pdf(дата звернення: 24.02.2022).

13. Удовенко Ж. В. Значення засад кримінального провадження в забезпеченні невтручання у приватне життя громадян. *Журнал «Науковий огляд»*. 2017. № 4 (36). URL: https://naukajournal.org/index.php/naukajournal/article/download/1182/1289 (дата звернення: 06.03.2021).

14. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: міжнародний документ від 04.11.1950. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 - Text (дата звернення: 21.01.2021).

15. Загальна декларація прав людини: міжнародний документ від 10.12.1948. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015 - Text (дата звернення: 26.01.2021).

16. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права: міжнародний документ від 16.12.1966. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text (дата звернення: 17.02.2021).

17. Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights - Right to respect for private and family life, home and correspondence. URL: https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf (дата звернення: 25.01.2021).

18. Арістотель. Політика. К., 2000. 239 с. URL: http://litopys.org.ua/aristotle/arist.htm (дата звернення: 17.02.2021).

19. H. Tomás Gómez-Arostegui. Defining “Private Life” Under Article 8 of the European Convention on Human Rights by Referring to Reasonable Expectations of Privacy and Personal Choice. URL: https://core.ac.uk/download/pdf/30813481.pdf (дата звернення: 15.02.2021).

20. Постанова Верховного Суду України від 25 грудня 2013 року м. Київ у справі №6-135цс13. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/36475619 (дата звернення: 01.03.2021).

21. Хлопов А. О. Поняття та ознаки таємниці у кримінальному праві України в розрізі інформації приватного характеру. Прикарпатський юридичний вісник, Випуск 4(33), 2020 89. URL: http://dspace.univd.edu.ua/xmlui/bitstream/handle/123456789/10074/Poniattia%20ta%20oznaky%20taiemnytsi_Khlopov_2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y (дата звернення: 24.04.2022).

22. Бабич Н. В. Охорона таємниці приватного життя у кримінальному провадженні. Магістерська робота. URL: http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/20629/Babych_Mahistersk a_robota.pdf?sequence=1 (дата звернення: 24.04.2022).

23. Про доступ до публічної інформації : Закон України від 13.01.2011 р. № 2939-VI : станом на 19 лют. 2022 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2939-17#Text (дата звернення: 24.05.2022).

24. Ткач О. В. Межі втручання в приватне життя особи в кримінальному процесі України. *Наукові записки Львівського університету бізнесу та права*. 2014. № 12. С. 236 – 239. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN& IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Nzlubp_2014_12_55.p df (дата звернення: 19.02.2021).

25. Король І. Б. Охорона недоторканності приватного життя: кримінально-правові та кримінологічні аспекти. Дисертація. URL: http://dspace.lvduvs.edu.ua/bitstream/1234567890/644/1/korol%20aref.pdf (дата звернення: 19.02.2021).

26. Справа «Новіков проти України» (Заява № 47067/11) : Рішення Європ. суду з прав людини від 09.01.2020 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_f04#Text (дата звернення: 24.05.2022).

27. Сосніна О.В. Кримінальна відповідальність за порушення недоторканності приватного життя (ст. 182 КК України). Дисертація. URL: http://ena.lp.edu.ua/bitstream/ntb/36922/1/avt_O.V.Sosnina.pdf (дата звернення: 24.05.2022).

28. Галаган О. І. Поняття та система засад (принципів) кримінального провадження. Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ. 2013.

№ 4. С. 167-172. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvknuvs_2013_4_24 (дата звернення: 24.04.2022).

29. Huzela M., Nesimko O. Rule of law in system principle of the criminal process. *Visnik Nacional'nogo universitetu «Lvivska politehnika». Seria: Uridicni nauki*. 2020. Т. 7, № 26. С. 231–235. URL: https://doi.org/10.23939/law2020.26.231 (дата звернення: 24.05.2022).

30. Тракало Р. І. Право на повагу до приватного життя в кримінальному провадженні. *Кримінальне право і кримінологія.* URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Npnau_2013_4_31.pdf (дата звернення: 24.05.2022).

31. Топчій В. В. Дія презумпції невинуватості та забезпечення доведеності вини під час відкриття кримінального провадження. Міжнародний юридичний вісник: актуальні проблеми сучасності (теорія та практика). 2017. Вип. 4-5. С. 138-143. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/muvnudp_2017_4-5_25 (дата звернення: 24.05.2022).

32. Стрекалов А. Є. Актуальні аспекти прав громадян на приватне життя - таємницю листування, телефонного зв'язку, телеграфної і іншої кореспонденції. *Актуальні проблеми права: теорія і практика*. 2010. № 17. С. 411-420. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/app_2010_17_42.pdf (дата звернення: 10.06.2022).

33. Камчатна Д. І. Щодо реалізації права на оскарження рішень, дій чи бездіяльності досудового розслідування. Право і суспільство. No 4 частина 2 / 2015. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&

IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Pis_2015_4(2)__32.pdf (дата звернення: 24.05.2022).

34. Білічак О. А. Загальні положення про втручання в приватне спілкування за КПК України. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція*. 2014. № 9-1. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Nvmgu_jur_2014_9-1_59.pdf (дата звернення: 17.02.2021).

35. Колесник В. А. Втручання в приватне спілкування і забезпечення прав особи під час проведення негласних. *Вісник Академії адвокатури України*. 2014. С. 37 – 44. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/vaau_2014_11_3_6.pdf (дата звернення: 17.02.2021).

36. Штанько А. О. Допустимість втручання у приватне спілкування. *Матеріали міжнародної наукової практичної конференції.* URL: https://www.ap.gp.gov.ua/userfiles/Materialy_Conferencii.pdf#page=320 (дата звернення: 24.05.2022).

37. Капліна О. В. Проблеми вдосконалення нормативного регулювання проведення слідчих (розшукових) дій. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. № 1. С. 40–48. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/vkc_2015_1_6.pdf (дата звернення: 10.06.2022).

38. Вознюк А. А., Грига М. А., Дуда А. В. Порядок проникнення до житла або іншого володіння особи: актуальні проблеми теорії та практики. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ, 2021. No 2 (119).*

URL: https://scientbul.naiau.kiev.ua/index.php/scientbul/article/view/1392/1391 (дата звернення: 10.06.2022).

39. Макаров М. А. Судовий контроль за проведенням у невідкладних випадках обшуку житла чи іншого володіння особи. *Прикарпатський юридичний вісник, Випуск 3(9) том 2, 2015 231*. URL: http://www.pjv.nuoua.od.ua/v3-2_2015/2015_3-2.pdf#page=231 (дата звернення: 10.06.2022).

40. Постанова Верховного Суду від 13 березня 2018 року. Справа № 541/655/15-к.
URL: http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=72850659&red=1000039f72ccc61b7f9ee5f48e7c39dcc43b7b&d=5 (дата звернення: 10.06.2022).

41. Поцілуйко. В. М. Особливості здійснення поверхневої перевірки, особистого огляду та особистого обшуку. *Науковий вісник Ужгородського національного університету, 2018*. URL: https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/bitstream/lib/34289/1/%d0%9e%d0%a1%d0%9e%d0%91%d0%9b%d0%98%d0%92%d0%9e%d0%a1%d0%a2%d0%86%20%d0%97%d0%94%d0%86%d0%a1%d0%9d%d0%95%d0%9d%d0%9d%d0%af%20%d0%9f%d0%9e%d0%92%d0%95%d0%a0%d0%a5%d0%9d%d0%95%d0%92%d0%9e%d0%87.pdf (дата звернення: 10.06.2022).

42. Кряковцев С. М. Дотримання особистих прав людини в процесі зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка*. 2014. 2 (67). С. 291–299. URL: https://journal.lduvs.lg.ua/index.php/journal/article/view/807/719 (дата звернення: 10.06.2022).

43. Чабайовський Т. В. Підстави та межі кримінально-процесуального втручання в особисте життя громадян: Дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук.
URL: https://mydisser.com/dfiles/36437011.doc (дата звернення: 10.06.2022).

44. Бабаєва О., Іорданова О., Лагутіна К. Право на невтручання у приватне та сімейне життя: практика Європейського суду з прав людини. *Підприємство, господарство і право: щомісячний науково-практичний юридичний журнал.* URL: http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2021/5/36.pdf (дата звернення: 10.06.2022).

45. Ткачик А. Б. Таємниця спілкування та її обмеження в кримінальному провадженні: дисертація на здобуття наукового ступеня доктора філософії. URL: http://dspace.lvduvs.edu.ua/bitstream/1234567890/3748/1/tkachik_d.pdf (дата звернення: 10.06.2022).

46. Про оперативно-розшукову діяльність : Закон України від 18.02.1992 р. № 2135-XII : станом на 1 січ. 2022 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2135-12#Text (дата звернення: 10.06.2022).

47. Мацак В. В. Законодавче регулювання гарантій законності під час здійснення аудіо- та відео контролю особи. *Науково-інформаційний вісник Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького: Журнал. Серія Право. №6(18), 2018.* URL: http://dspace.univd.edu.ua/xmlui/bitstream/handle/123456789/6095/Zakonodavche%20rehuliuvannia%20harantii%20zakonnosti_Matsak_2018.pdf?sequence=1 (дата звернення: 10.06.2022).

48. Вирок Печерського районного суду м. Києва від 7 травня 2018 р., судова справа № 756/7676/17-к. URL: https://reyestr.court.gov.ua/Review/73948517 (дата звернення: 11.01.2021)

49. Галаган В. І. Процесуальний порядок накладення арешту на кореспонденцію у кримінальному провадженні України: монографія К,, 2017. 168 с. URL: http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/13188/Galagan_Procesual

%60ny%60j_poryadok_nakladennya.pdf?sequence=1&isAllowed=y (дата звернення: 10.04.2022).

50. Савляк І. І. Таємниця спілкування як засада кримінального провадження: дисертація на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. URL: http://elar.naiau.kiev.ua/bitstream/123456789/8137/1/Dis_savliak_06112018.pdf (дата звернення: 10.06.2022).

51. Про електронні комунікації : Закон України від 16.12.2020 р. № 1089-IX : станом на 27 трав. 2022 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1089-20#Text (дата звернення: 10.06.2022).

52. Говоруха В. І., Степанов В. А. Зняття інформації з електронних інформаційних систем як різновид негласних слідчих (розшукових) дій. URL: http://il.ippi.org.ua/article/view/220996/220670 (дата звернення: 11.06.2022).

53. Метелев О. Проблемні аспекти оформлення протоколу про проведення зняття інформації із транспортних телекомунікаційних мереж. URL: https://ibn.idsi.md/sites/default/files/imag_file/94-98_46.pdf (дата звернення: 10.06.2022).

54. Мухін В., Штанько А. Державне втручання у приватне спілкування: процесуальні аспекти. *Вісник Національної академії прокуратури України.* 2014. №1(34). С. 90. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Vnapu_2014_1_16.pdf (дата звернення: 17.02.201).

55. Вегера-Іжевська І. В. Забезпечення права на недоторканість житла чи іншого володіння особи в кримінальному провадженні: дисертація. Харків, 2018. URL: http://nauka.nlu.edu.ua/download/diss/Vegera/d_Vegera.pdf (дата звернення: 20.01.2021).

56. Лобойко Л. М. Щодо доцільності наступного судового контролю за проникненням до житла на підставі добровільної згоди його власника. URL: http://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/11339/1/Loboyko_174-176.pdf (дата звернення: 25.01.2021).

57. Торбас О. О. Чи потребується ухвала слідчого судді для проведення огляду житла – місця події за наявності добровільної згоди власника? *Матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції.* 2016 р. С. 198 – 192. URL: http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/7708/%20%20%20

bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Chaau_2014_7_2_6.pdf (дата звернення: 15.02.2021).

61. Уваров В. Г. Втручання у приватне життя шляхом аудіо-, відеоконтролю. *Кримінально-процесуальне право та криміналістика.* 2012. С. 161 – 165. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Pis_2012_5_35.pdf (дата звернення: 20.01.2021).

62. Лисюк Ю. В. Накладення арешту на кореспонденцію як різновид втручання в приватне спілкування під час здійснення слідчих дій у кримінальному провадженні. *Право та державне управління*. 2013. № 2. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Ptdu_2013_2_15.pdf (дата звернення: 30.01.2021).

63. Удовенко Ж. В. Проблеми забезпечення охорони таємниці приватного життя під час зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки.* 2019. URL: https://core.ac.uk/download/pdf/241045066.pdf (дата звернення: 19.02.2021).

64. Мельник Д. Перспективи нормативно-правового врегулювання зняття інформації з телекомунікаційних мереж та електронних інфjрмаційних систем у новому КПК України. *Правове, нормативне та метрологічне забезпечення системи захисту інформації в Україні*. 2012. № 2(24). URL: https://ela.kpi.ua/bitstream/123456789/8587/1/24_p34.pdf (дата зверення: 17.01.2021).

65. Луцик В. В. Зняття інформації з електронних інформаційних систем. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-

bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/vchfo_2014_4_25.pdf (дата звернення: 20.01.2021).

66. Ткач О. В. Межі втручання в приватне життя особи в кримінальному процесі України. *Наукові записки Львівського університету бізнесу та права*. 2014. № 12. С. 236 – 239. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Nzlubp_2014_12_55.pdf (дата звернення: 19.02.2021).

67. Назаров В. В. Засада невтручання у приватне життя як засіб для захисту особи у кримінальному провадженні. *Юридичний вісник. Повітряне і космічне право.* 2012. № 3. С. 114 - 118. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Npnau_2012_3_24.pdf (дата звернення: 25.01.2021).

68. Самодін А. В. Процесуальна форма обмеження права особи на невтручання у приватне життя у кримінальному провадженні. *Юридична наука*. 2015. № 7. С. 194-201. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/jnn_2015_7_23.pdf (дата звернення: 19.02.2021).

69. Ємчук Л. В. Право на повагу до приватного та сімейного життя в практиці Європейського суду з прав людини. *Альманах міжнародного права.* 2015. № 8. С. 117-122. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/amp_2015_8_16.pdf (дата звернення: 29.01.2021).

70. Про затвердження Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному

провадженні : Наказ Ген. прокуратури України від 16.11.2012 р. № 114/1042/516/1199/936/1687/5.
URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0114900-12#Text (дата звернення: 10.06.2022).

71. Левендаренко О. О. Негласні слідчі дії в контексті захисту конституційних прав і свобод учасників кримінального провадження. *Форум права*. 2012. № 4. С. 567-571. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2012_4_92 (дата звернення: 10.06.2022).

72. Михайлова А. ВІДЕОЗАПИС ЯК ЗАСІБ ФІКСАЦІЇ ПІД ЧАС ОБШУКУ. *Молодий вчений*. 2021. 4 (92). С. 265–268. URL: https://doi.org/10.32839/2304-5809/2021-4-92-57 (дата звернення: 11.06.2022).

73. Б. А. Малій та ін. Проблемні питання щодо правомірності проведення обшуків в Україні: шляхи їх вирішення : Theses. 2020. URL: https://essuir.sumdu.edu.ua/handle/123456789/78760 (дата звернення: 11.06.2022).

74. Воробчак М. М. Деякі питання проведення обшуку (процесуальні аспекти). Львів, 2019. 34 с. URL: http://dspace.onua.edu.ua/handle/11300/15098 (дата звернення: 10.05.2022).

75. Галаган В. І., Дульський О. Л. Процесуальна діяльність захисника з дотримання прав та законних інтересів учасників проведення обшуку. *Міжнародний юридичний вісник: актуальні проблеми сучасності (теорія та практика)*. 2019. № 14. С. 155–163. URL: https://doi.org/10.33244/2521-1196.14.2019.155-163 (дата звернення: 11.06.2022).

76. Керевич О. В. Тактичні та процесуальні особливості проведення обшуку житла чи іншого володіння особи. *Актуальні проблеми держави і*

права. 2014. Вип. 71. С. 379-385. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2014_71_58 (дата звернення: 11.05.2022).

77. Рибікова Г. В., Грекова Л. Ю. Some problems of legal regulation of the search in Ukraine. *Scientific works of National Aviation University. Series: Law Journal "Air and Space Law"*. 2016. Vol. 2, no. 39. URL: https://doi.org/10.18372/2307-9061.39.10652 (дата звернення: 11.06.2022).

ДОДАТКИ

Додаток А

Барбулеску проти Румунії

(рішення Великої Палати від 5 вересня 2017 року)

Ця справа стосується рішення приватної компанії щодо звільнення працівника - заявника - після здійснення моніторингу його електронних повідомлень та доступу до їх змісту.

Заявник скаржився, що рішення його роботодавця ґрунтувалося на порушенні його приватного життя і що національні суди не змогли захистити його право на приватне життя та кореспонденцію.

Позиція ЄСПЛ

«…**С. Застосовність статті 8 Конвенції**

…

2. Думка Великої Палати Європейського Суду

69. Європейський Суд зазначає, що наведен в цій справі питання полягає в тому, чи належать оскаржувані заявником обставини до сфери дії статті 8 Конвенції.

70. На даному етапі розгляду Європейський Суд вважає корисним підкреслити, що "особисте життя" є великим поняттям, яке не підлягає вичерпному визначенню (див. Рішення у справі "Сидабрас і Джяутас проти Литви" (Sidabras and Diautas v. Lithuania), скарги NN 55480/00 і 59330/00, ECHR 2004 VIII, § 43). Стаття 8 Конвенції захищає право на особистий розвиток (див. Рішення у справі "K.A і A.D проти Бельгії" (K.A. and A.D. v. Belgium) від 17 лютого 2005 р скарги NN 42758/98 і 45558/99, § 83) стосовно яких до особи (див. рішення Великої палати Європейського Суду у справі "Крістін Гудвін проти Сполученого Королівства" (Christine Goodwin v. United Kingdom), скарга N 28957/95, ECHR 2002 VI, § 90), або до індивідуальної незалежності, що є важливим принципом, що лежить в основі гарантій статті 8 Конвенції (див. рішення у справі "Претті проти Сполученого Королівства" (Pretty v. United Kingdom), скарга N 2346/02, ECHR 2002 III, § 61). Європейський Суд визнає, що кожен має право на приватне життя, вільне від небажаної уваги (див. рішення у справі "Смірнова проти Російської Федерації" (Smirnova v. Russia), скарги NN 46133/99 і 48183/99), ECHR 2003 IX (витяги), § 95). Європейський Суд також вважає, що було б занадто суворо обмежувати поняття "особисте життя" "внутрішнім колом", в якому людина може вести своє особисте життя за власним вибором, повністю виключаючи, таким чином, зовнішній світ, який не входить в зазначене коло (див. рішення

у справі "Німіц проти Німеччини" (Niemietz v. Germany) від 16 грудня 1992 року, Series A, N 251-B, § 29). Отже, стаття 8 Конвенції гарантує право на "особисте життя" в широкому сенсі, включаючи право вести "приватне суспільне життя", тобто можливість для людини розвивати себе як соціальну одиницю. В цьому відношенні розглядуване право містить в собі можливість звертатися до інших людей з метою встановлення і розвитку відносин з ними (див. Рішення у справі "Бігаева проти Греції" (Bigaeva v. Greece) від 28 травня 2009 р. скарга N 26713/05, § 22, і рішення у справі "Озпинар проти Туреччини" (Ozpinar v. Turkey) від 19 жовтня 2010 р. скарга N 20999/04, § 45, in fine).

71. Суд вважає, що поняття "особисте життя" може включати в себе професійну діяльність (див. рішення Великої палати Європейського Суду у справі "Фернандес Мартінес проти Іспанії" (Fernandez Martinez v. Spain), скарга N 56030/07, ECHR 2014 (витяг), § 110, і рішення у справі "Олександр Волков проти України" (Oleksandr Volkov v. Ukraine), скарга N 21722/11, ECHR 2013, §§ 165-166) або публічну діяльність (див. рішення Великої палати Європейського Суду у справі "Фон Ганновер проти Німеччини (N 2)" (Von Hannover v. Germany) (N 2), скарги NN 40660/08 і 60641/08, ECHR 2012 § 9 5). Обмеження професійної діяльності особи можуть потрапляти в сферу дії статті 8 Конвенції, якщо вони впливають на спосіб, яким зазначена особа формує свою соціальну особистість шляхом розвитку відносин з іншими людьми. Слід відзначити в цьому зв'язку, що саме в контексті свого робочого часу більшість людей мають значну, якщо не найбільшу, можливість встановлювати відносини з зовнішнім світом (див. згадуване вище рішення у справі «Німіц проти Німеччини", § 29).

72. Крім того, в тому, що стосується поняття "кореспонденція", необхідно відзначити, що в тексті статті 8 Конвенції це слово не супроводжується будь-яким прикметником на відміну від слова "життя". І дійсно, Європейський Суд вже дійшов висновку, що в контексті спілкування за допомогою телефонних розмов відсутня необхідність проводити таку кваліфікацію. У ряді випадків, що стосуються спілкування (кореспонденції) з адвокатом, Європейський Суд навіть не розглядав можливість застосування статті 8 Конвенції до справи на тій підставі, що спілкування (кореспонденція) носило професійний характер (див. згадуване вище рішення у справі «Німіц проти Німеччини", § 32 з додатковими посиланнями). Крім того, Європейський Суд постановив, що на телефонні розмови поширюється поняття "особисте життя" і "кореспонденція" за змістом статті 8 Конвенції (див. рішення Великої палати Європейського Суду у справі "Роман Захаров проти Російської Федерації" (Roman Zakharov v. Russia), скарга N 47143/06, ECHR 2015 р., § 173). В принципі це також може бути застосовано до ситуації, коли

телефонні дзвінки здійснюються з офісних приміщень чи приймаються в них (див. згадуване вище рішення у справі Халфорд проти Сполученого Королівства", § 44, і Рішення Великої палати Європейського Суду у справі "Аманн проти Швейцарії" (Amann v. Switzerland), скарга N 27798/95, ECHR 2000-II, § 44). Те ж саме можна застосувати до електронних листів, що відправляються з робочого місця, на які також поширюється захист статті 8 Конвенції, як і на інформацію, вилучену з перегляду результатів використання людиною Інтернету (див. згадане вище рішення у справі «Копланд проти Сполученого Королівства", § 41, in fine).

73. З прецедентної практики Європейського Суду випливає, що на контакти, які здійснюються як з офісних приміщень, так і з дому, можуть поширюватися поняття "особисте життя" і "кореспонденція" за змістом статті 8 Конвенції (див. згадуване вище рішення у справі Халфорд проти Сполученого Королівства ", § 44, і згадуване вище рішення у справі "Копланд проти Сполученого Королівства", § 41). Щоб уточнити, чи можуть бути застосовані поняття "особисте життя" і "кореспонденція", Європейський Суд неодноразово досліджував питання про те, чи могли приватні особи розумно очікувати, що приватність їхнього спілкування буде дотримана і захищена; щодо "особистого життя" див. також рішення Європейського Суду у справі "Копке проти Німеччини" (Kopke v. Germany) від 5 жовтня 2010 р скарга N 420/07). У цьому контексті Європейський Суд стверджував, що розумне очікування збереження приватності є істотним, хоча і необов'язково вирішальним фактором (див. згадуване вище рішення Європейського Суду у справі "Копке проти Німеччини").

74. Застосовуючи вищевикладені принципи у цій справі, Європейський Суд насамперед відзначає, що досліджувана в справі програма обміну миттєвими повідомленнями є просто ще однією з форм спілкування, що дозволяє людям вести приватне життя в якості члена суспільства. У той же час відправлення та одержання повідомлень підпадають під дію визначення "кореспонденція", навіть якщо вони відправлені з комп'ютера роботодавця. Однак Європейський Суд зазначає, що роботодавець дав вказівку самому заявникові і його колегам по роботі утримуватися від будь-якої діяльності в особистих інтересах на робочому місці. Ця вимога роботодавця знайшло своє відображення в ряді заходів, включаючи заборону на використання ресурсів компанії в особистих цілях (див. § 12 цього рішення).

75. Європейський Суд також підкреслює, що з метою забезпечення виконання цієї вимоги роботодавець встановив систему контролю за використанням Інтернету його працівниками (див. §§ 17 і 18 цього рішення). Наявні в матеріалах справи документи,

зокрема, що стосуються дисциплінарного розгляду щодо заявника, вказують, що в ході процесу перегляду записувалися і зберігалися як факт відправки/отримання повідомлень заявником, так і зміст зазначених повідомлень (див. §§ 18 і 20 цього рішення) .

76. Крім того, Європейський Суд зазначає, що, незважаючи на вимогу роботодавця, заявник обмінювався листами особистого змісту зі своєю нареченою і своїм братом (див. § 21 цього рішення). Деякі повідомлення носили інтимний характер (ibid.).

77. Європейський Суд вважає, що з матеріалів справи ясно випливає, що заявник був насправді повідомлений про заборону на використання Інтернету в особистих цілях, зазначеному в правилах внутрішнього розпорядку компанії (див. § 14 цього рішення). Однак недостатньо ясно, чи був заявник повідомлений про перегляд його повідомлень до того, як такі дії стали здійснюватися. Так, влада держави-відповідача стверджували, що заявник ознайомився з інформаційним листом роботодавця в невстановлений день між 3 і 13 липня 2007 року (див. вище § 16). Проте внутрішньодержавні суди не уточнили, чи був заявник повідомлений про контроль за листуванням до його початку, враховуючи, що роботодавець записував повідомлення в режимі реального часу з 5 по 13 липня 2007 року (див. § 17 цього рішення).

78. У будь-якому випадку, очевидно, заявник не був заздалегідь повідомлений про масштаб і ступінь контролюючої діяльності роботодавця або про можливість того, що роботодавець може отримати доступ безпосередньо до змісту листування заявника.

79. Європейський Суд також бере до уваги аргумент заявника про те, що він сам створив досліджувану адресу в програмі обміну миттєвими повідомленнями компанії Yahoo і що він один знав пароль від нього (див. § 68 цього рішення). Крім того, Європейський Суд зазначає, що матеріали справи вказують на те, що роботодавець також переглядав особисту адресу заявника в програмі обміну миттєвими повідомленнями компанії Yahoo (див. § 21 цього рішення). Насправді заявник створив досліджувану адресу в програмі обміну миттєвими повідомленнями компанії Yahoo за вказівкою роботодавця для обробки запитів покупців (див. § 11 цього рішення), та у роботодавця був до нього доступ.

80. Залишається відкритим питання про те, чи дозволяли заявнику, і якщо так, то в якій мірі, застосовані роботодавцем обмеження розумно очікувати приватності в своєму листуванні. У будь-якому випадку вказівки роботодавця не можуть повністю усунути соціальне особисте життя на роботі. Повага до приватного життя і недоторканності кореспонденції продовжує діяти, навіть якщо вони обмежені в міру необхідності.

81. З урахуванням вищевикладеного Європейський Суд вважає, що на листування, яке заявник вів з робочого місця, поширювалися поняття "особисте життя" і "кореспонденція". Отже, стаття 8 Конвенції може бути застосована в обставинах сьогодення справи

…

D. Дотримання вимог статті 8 Конвенції

…

2. Думка Великої палати Європейського Суду

(a) Чи стосується ця справа позитивного або негативного зобов'язання

108. Європейського Суду необхідно визначити, чи має ця справа розглядатися у світлі негативного або позитивного зобов'язання держави. Європейський Суд повторює, що в силу статті 1 Конвенції Договірні Держави зобов'язані "забезпечити кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією, права і свободи, визначені в ... Конвенції". Хоча основною метою статті 8 Конвенції залишається захист громадян від свавільного втручання з боку органів державної влади, вона також може накладати на державу певні позитивні зобов'язання для забезпечення захисту прав, гарантованих статтею 8 Конвенції (див. серед багатьох інших прикладів рішення у справі "X і Y проти Нідерландів" (X and Y v. Netherlands) від 26 березня 1985 року, Series A, N 91, § 23, і рішення Великої палати Європейського Суду у справі "Хемелеінен проти Фінляндії" (Hamalainen v. Finland), скарга N 37359/09, ECHR 2014 , § 62).

109. У цій справі Європейський Суд зазначає, що оскаржуваний, заявником захід, а саме перегляд його листування, здійсненої за допомогою програми обміну миттєвими повідомленнями компанії Yahoo, що призвело до порушення проти заявника дисциплінарного провадження та звільнення за порушення правил внутрішнього розпорядку компанії-роботодавця, якими заборонялося користуватися ресурсами компанії в особистих цілях, була здійснена не органом державної влади, а комерційною приватною компанією. Таким чином, контроль переговорів заявника та перегляд роботодавцем їх змісту з метою виправдати звільнення заявника не можуть розглядатися як "втручання" в його право з боку органу державної влади.

110. Проте Європейський Суд вказує, що внутрішньодержавні суди погодилися з заходом, застосованим компанією-роботодавицем. Дійсно, контроль за листуванням заявника не був результатом прямого втручання органів державної влади Румунії, однак вони будуть нести відповідальність, якщо оскаржувані факти будуть обумовлені нездатністю влади забезпечити використання заявником його права, гарантованого статтею

8 Конвенції (див., mutatis mutandis, рішення у справі "Обст проти Німеччини" (Obst v. Germany) від 23 вересня 2010 року, скарга N 425/03), § § 40 і 43, і рішення Європейського Суду у справі "Шют проти Німеччини" (Schuth v. Germany), скарга N 1620/03, ECHR 2010 §§ 54 і 57).

111. У світлі особливих обставин справи, описаних в § 109 цього рішення, Європейський Суд вважає, враховуючи свої висновки щодо застосовності статті 8 Конвенції (див. § 81 цього рішення) і той факт, що право заявника на повагу до його приватного життя і кореспонденції було порушено діями приватного роботодавця, що ця скарга повинна бути розглянута з точки зору позитивних зобов'язань держави.

112. Хоча кордону між конвенційними позитивними і негативними зобов'язаннями держави не визначені досить чітко, застосовні принципи, проте, схожі. В обох випадках слід, зокрема, брати до уваги справедливий баланс, якого необхідно досягти при врівноважені конкуруючих інтересів окремої особи і спільноти в цілому і на який поширюється дія наданої державі свободи розсуду (див. рішення Великої палати Європейського Суду у справі "Паломо Санчес і інші проти Іспанії" (Palomo Sanchez and Others v. Spain), скарга N 28955/06 і три інших, ECHR 2011, § 62).

(b) Загальні принципи, застосовні до оцінки позитивного зобов'язання держави забезпечувати повагу до приватного життя і кореспонденції в контексті трудових відносин

113. Європейський Суд повторює, що вибір способів дотримання вимог статті 8 Конвенції в сфері взаємовідносин осіб в принципі відноситься до сфери вільного розсуду Договірних Держав. Існують різні способи дотримання права на особисте життя, і характер зобов'язання держави буде залежати від певного аспекту досліджуваного особистого життя (див. рішення Великої палати Європейського Суду у справі "Сьодерман проти Швеції" (Soderman v. Sweden), скарга N 5786/08, ECHR 2013, § 79, з подальшими посиланнями).

114. Таким чином, завданням Європейського Суду в цій справі є прояснити характер і межі позитивного зобов'язання держави захищати право заявника на повагу до його приватного життя і кореспонденції в контексті його трудової зайнятості.

115. Європейський Суд зазначає, що він ухвалив, що при деяких обставинах позитивні зобов'язання держави за змістом статті 8 Конвенції не вважаються виконаними належним чином, якщо держава не забезпечує повагу до приватного життя і взаємин між людьми шляхом прийняття відповідних законодавчих актів, з огляду на різні інтереси, які підлягають захисту в певному контексті (див. згадане вище рішення у справі «X та Y проти Нідерландів", §§ 23, 24 і 27, і рішення Європейського Суду у справі "M.C. проти Болгарії"

(M.C. v. Bulgaria), скарга N 39272/98, ECHR 2003 XII, § 150, обидва стосуються сексуальних домагань стосовно неповнолітніх, див. також рішення у справі "K.U. проти Фінляндії "(K.U. v. Finland), скарга N 2872/02, ECHR 2008, §§ 43 і 49, що стосується оголошення інтимного характеру, розміщеного на інтернет-дошці оголошень від імені неповнолітньої особи, згадане вище рішення Великої палати Європейського Суду у справі "Сёдерман проти Швеції ", § 85, про ефективність засобів правового захисту стосовно можливого порушення принципу недоторканності особи, скоєного близьким родичем, а також рішення у справі "Кодарча проти Румунії" (Codarcea v. Romania) від 2 червня 2009 р скарга N 31675/04, §§ 102-104, про медичну недбалість).

116. Європейський Суд згоден з тим, що захисні заходи повинні міститися не тільки в трудовому законодавстві, а й у цивільному і кримінальному законах. Відносно трудового законодавства необхідно уточнити, чи повинна була в цій справі влада держави-відповідача створити законодавчу базу для захисту права заявника на повагу до його приватного життя і кореспонденції в контексті його трудових відносин з приватною компанією-роботодавцем.

117. В зв'язку з цим Європейський Суд насамперед вважає, що трудове законодавство відрізняється особливими рисами, які слід брати до уваги. Взаємовідносини роботодавця і працівника носять договірний характер з особливими правами і обов'язками кожної сторони і характеризуються юридичною субординацією. Вони регулюються окремими правовими нормами, які значно відрізняються від правил, які діють щодо взаємовідносин між приватними особами (див. рішення у справі "Сомьє проти Франції" (Saumier v. France) від 12 січня 2017 р скарга N 74734/14 , § 60).

118. З регулюючої точки зору трудове законодавство залишає місце для переговорів між сторонами трудового договору. Так, звичайно самі сторони регулюють значну частину своїх взаємин (див., mutatis mutandis, рішення Європейського Суду у справі "Вретлунд проти Швеції" (Wretlund v. Sweden) від 9 березня 2004 року, скарга N 46210/99, що стосується відповідності вимогам статті 8 Конвенції обов'язку заявника, працівника на атомному комбінаті, пройти перевірку на використання наркотиків, щодо дій профспілок в світлі статті 11 Конвенції див. рішення у справі "Густафссон проти Швеції" (Gustafsson v. Sweden) від 25 квітня 1996 р., Reports 1996 II, § 45, і рішення Великої Палати Європейського Суду у справі "Демір і Байкара проти Туреччини" (Demir and Baykara v. Turkey), скарга N 34503/97, ECHR 2008, §§ 140-146, щодо особливих справ цивільних службовців). З наявного в розпорядженні Європейського Суду порівняльного правового матеріалу також випливає, що в Європі відсутній консенсус з цього питання. Тільки в декількох державах-

членах чітко врегульовано питання здійснення працівниками свого права на повагу до приватного життя і кореспонденції на робочому місці (див. § 25 цього рішення).

119. У світлі викладеного Європейський Суд вважає, що Договірним Державам повинна бути надана широка свобода розсуду при оцінці необхідності встановлення правових основ, що регулюють умови, при яких роботодавець може контролювати електронні або інші засоби спілкування своїх працівників неробочого характеру, що здійснюються з робочого місця.

120. Проте свобода розсуду, що надається державам в цьому відношенні, не може бути безмежною. Внутрішньодержавні органи влади повинні забезпечити, щоб застосування роботодавцем заходів щодо контролю кореспонденції та інших засобів спілкування, незалежно від ступеня і тривалості цих заходів, супроводжувалося б належними і достатніми гарантіями проти зловживань (див., mutatis mutandis, рішення у справі "Класс та інші проти Німеччини "(Klass and Others v. Germany) від 6 вересня 1978 року, Series A, N 28, § 50, і згадане вище рішення Великої палати Європейського Суду у справі "Роман Захаров проти Російської Федерації", §§ 232-234).

121. Європейський Суд усвідомлює швидкі зміни, що відбуваються в цій галузі. Разом з тим він вважає, що пропорційність і процесуальні гарантії проти свавілля є суттєвими. У цьому контексті внутрішньодержавні органи влади повинні розглядати, як такі що мають відношення до справи такі фактори:

(i) чи був співробітник повідомлений про ймовірність того, що роботодавець може вжити заходів для контролю кореспонденції та інших засобів спілкування, а також про здійснення таких заходів. Хоча на практиці працівників можна повідомляти у різний спосіб, в залежності від фактичних обставин кожної справи Європейський Суд вважає, щоб заходи відповідали вимогам статті 8 Конвенції, в повідомленні зазвичай повинно бути ясно зазначено характер контролю, а саме повідомлення надсилається заздалегідь;

(ii) ступінь контролю з боку роботодавця і ступінь втручання в особистий простір працівника. В цьому відношенні слід розрізняти контролем за характером листування і його змістом. Також необхідно враховувати, чи контролюються всі повідомлення або тільки частина з них, а також питання про те, чи обмежено контроль за часом і чи кількістю осіб, яка може вивчати його результати (див. згадуване вище рішення Європейського Суду у справі "Копке проти Німеччини "). Те ж саме стосується і обсягу контрольованої інформації;

(iii) чи вказав роботодавець законні причини для виправдання контролю за повідомленнями і оцінки їх змісту (див. §§ 38, 43 і 45 цього рішення в частині огляду

міжнародного і європейського законодавства в наведеній галузі). Оскільки контроль змісту листування за своєю природою носить більш агресивний характер, його застосування вимагає більш серйозних виправдань;

(iv) чи можливо встановити систему контролю, засновану на менш агресивних методах і заходи проникнення в особисте життя людини, ніж прямий перегляд змісту листування працівника. У зв'язку з цим в світлі певних обставин кожної справи повинна проводитися оцінка того, чи могла поставлена роботодавцем мета бути досягнута без прямої оцінки повної листування переговорів працівника;

(v) наслідки контролю для працівника, щодо якого він здійснюється (див., mutatis mutandis, аналогічні критерії, застосовані при оцінці пропорційності втручання в здійснення свободи вираження поглядів, що захищається статтею 10 Конвенції, в hsityys Великої палати Європейського Суду у справі "Компанія "Аксель Шпрінгер" проти Німеччини" (Axel Springer AG v. Germany) від 7 лютого 2012 р., скарга N 39954/08, § 95, з подальшими посиланнями), і використання роботодавцем результатів контролю, зокрема, чи були ці результати використані для досягнення з явленої мети застосованого заходу (див. згадуване вище рішення Європейського Суду у справі "Копке проти Німеччини");

(vi) чи були працівнику забезпечені належні гарантії, особливо якщо контроль з боку роботодавця характеризувався заходами втручання в особисту сферу. Дані гарантії повинні особливо забезпечувати те, що роботодавець не зможе ознайомитися зі змістом розглянутих повідомлень, якщо тільки працівник не був заздалегідь повідомлений про таку можливість.

У даному контексті варто повторити наступне: щоб трудові відносини були плідними, вони повинні грунтуватися на взаємній довірі (див. згадане вище рішення Великої палати Європейського Суду у справі "Паломо Санчес і інші проти Іспанії", § 76).

122. На закінчення, внутрішньодержавні органи влади повинні забезпечувати, щоб працівник, чиє листування стало предметом контролю, мав би доступ до засобу правового захисту в суді, який має повноваження визначати як мінімум по суті, наскільки були дотримані наведені вище критерії і чи була оскаржуваний захід законним (див. згадуване вище рішення у справі "Обст проти Німеччини", § 45, і згадуване вище рішення Європейського Суду у справі "Копке проти Німеччини").

123. У цій справі Європейський Суд оцінить, яким чином суди Румунії, до яких звернувся заявник, розглянули його скаргу на порушення роботодавцем його права на повагу до приватного життя і кореспонденції заявника в контексті трудових відносин.

(c) Застосування вищевикладених принципів у цій справі

124. Європейський Суд зазначає, що внутрішньодержавні суди постановили, що в справі зачіпалися наступні інтереси: з одного боку, право заявника на повагу до його приватного життя, а з іншого - право роботодавця брати участь у контролі за діяльністю працівників, включаючи супутні дисциплінарні повноваження з метою забезпечити безперебійну роботу підприємства (див. §§ 28 і 30 цього рішення). Європейський Суд вважає, що в силу позитивних зобов'язань держави, передбачених статтею 8 Конвенції, внутрішньодержавні органи влади повинні були збалансувати зазначені конкуруючі інтереси.

125. Європейський Суд підкреслює, що предметом поданої на його розгляд заяви не є стверджувана нездатність національних органів влади в контексті трудового спору захистити передбачене статтею 8 Конвенції право заявника на повагу до його приватного життя і кореспонденції в сфері трудових відносин. Під час провадження у справі заявник оскаржив як на національному рівні, так і в Європейському Суді факт контролю роботодавця за його листуванням в програмі обміну миттєвими повідомленнями компанії Yahoo і факт використання змісту цих повідомлень в ході наступного дисциплінарного провадження проти заявника.

126. Що стосується того, чи розголосив роботодавець зміст повідомлень заявника його колегам по роботі (див. § 26 цього рішення), Європейський Суд зазначає, що даний аргумент не підтверджений достатнім чином матеріалами справи і заявник не представив жодних додаткових доказів на слуханнях у Великій Палаті Європейського Суду (див. § 91 цього рішення).

127. Виходячи з викладеного Європейський Суд вважає, що дана скарга стосується звільнення заявника на підставі перегляду його листування, здійсненої роботодавцем заявника. Якщо бути точнішим, Європейський Суд повинен уточнити, чи встановили національні органи влади баланс відповідно до вимог статті 8 Конвенції між правом заявника на повагу до його приватного життя і кореспонденції та інтересами заявника. Отже, завданням Європейського Суду є визначення того, чи досягли компетентні внутрішньодержавні органи влади з урахуванням обставин справи справедливого балансу між конкуруючими в справі інтересами, коли вони погодилися з заходами по контролю, застосованими до заявника (див., mutatis mutandis, згадане вище рішення Великої Палати рішення у справі "Паломо Санчес і інші проти Іспанії", § 62). Європейський Суд визнає, що роботодавець законно зацікавлений в безперебійній роботі його компанії і що цього можна досягти шляхом створення механізмів перевірки того, чи здійснюють працівники компанії свої обов'язки належним чином і з необхідною ретельністю.

128. З урахуванням вищевикладеного Європейський Суд спочатку розгляне, яким чином внутрішньодержавні суди встановили відповідні факти у цій справі. Як Суд муніципалітету, так і Апеляційний суд постановили, що заявник був попередньо повідомлений своїм роботодавцем (див. §§ 28 і 30 цього рішення). Потім Європейський Суд повинен з'ясувати, чи були дотримані вимоги Конвенції національними судами під час розгляду справи заявника.

129. Перш за все, Суд вважає корисним повторити, що, коли мова йде про встановлення фактів, він постійно пам'ятає про другорядну роль своїх завдань і повинен з обережністю приймати на себе роль суду першої інстанції для встановлення фактів, якщо обставини справи дозволяють цього уникнути (див. рішення Великої Палати Європейського Суду у справі "Мустафа Тунч і Феджіре Тунч проти Туреччини" (Mustafa Tunc and Fecire Tunc v. Turkey) від 14 квітня 2015 року, скарга N 24014/05, § 182). Якщо мав місце розгляд справи на національному рівні, завданням Європейського Суду не є підміняти власною оцінкою фактів оцінку, здійснену судами держави-відповідача, і саме національні суди повинні встановлювати факти на підставі поданих до них доказів (див. серед інших прикладів рішення у справі "Едвардс проти Сполученого Королівства" (Edwards v. United Kingdom) від 16 грудня 1992 року, Series A, N 247-B, § 34). Хоча Європейський Суд не зв'язаний висновками національних судів і може надати свою оцінку з урахуванням наданих йому матеріалів, за звичайних обставин потрібні переконливі факти, щоб змусити Європейський Суд відступити від висновків щодо встановлення фактів, зроблених судами держави-відповідача (див. рішення Великої палати Європейського Суду у справі "Джуліані та Гаджіо проти Італії" (Giuliani and Gaggio v. Italy) скарга N 23458/02, ECHR 2011 року (витяг), § 180, і рішення у справі "Айдан проти Туреччини" (Aydan v. Turkey) від 12 березня 2013 року, скарга N 16281/10, § 69).

130. Представлені Європейському Суду докази свідчать про те, що заявник був повідомлений про правила внутрішнього розпорядку компанії-роботодавця, згідно з якими заборонялося використання ресурсів компанії в особистих цілях (див. § 12 цього рішення). Заявник ознайомився зі змістом цього документа і 20 грудня 2006 р. розписався про його прочитання на його копії (див. § 14 цього рішення). Крім того, роботодавець розіслав всім співробітникам інформаційний лист, датований 26 червня 2007 р., в якому їм нагадувалося про заборону використовувати ресурси компанії в особистих цілях і повідомлялося, що один співробітник вже був звільнений за порушення даного правила (див. § 15 цього рішення). Заявник ознайомився з інформаційним листом і розписався на копії в його прочитанні в невстановлений день між 3 і 13 липня 2007 року (див. § 16 цього рішення). На

закінчення Європейський Суд зазначає, що 13 липня 2007 р. роботодавець двічі викликав заявника для надання пояснень щодо використання заявником Інтернету в особистих цілях (див. §§ 18 і 20 цього рішення). Спочатку, після того, як заявнику показали схеми інтернет-з'єднань його і його колег, заявник стверджував, що використав програму обміну миттєвими повідомленнями компанії Yahoo тільки в робочих цілях (див. вище §§ 18 і 19). Згодом, коли через 50 хвилин заявнику представили 45-сторінкову розшифровку його повідомлень з братом і нареченою, він сказав роботодавцю, що, на його думку, останній вчинив злочин, порушивши таємницю кореспонденції (див. § 22 цього рішення).

131. Європейський Суд зазначає, що національні суди правильно визначили конкуруючі в справі інтереси, пославшись безпосередньо на право заявника на повагу до його приватного життя, а також застосовні правові принципи (див. §§ 28 і 30 цього рішення). Зокрема, Апеляційний суд м. Бухарест прямо послався на принципи необхідності, уточнення мети, прозорості, законності, пропорційності і безпеки, викладені в Директиві 95/46/ЄС, і зазначив, що контроль за використанням Інтернету та електронних повідомлень на робочому місці обумовлювався зазначеними принципами (див. § 30 цього рішення). Внутрішньодержавні суди також розглянули питання про те, чи було дисциплінарне провадження проведено в змагальному форматі і чи була заявнику надана можливість висловити свої доводи.

132. Залишається встановити, яким чином влада держави-відповідача взяли до уваги викладені вище критерії (див. § 121 цього рішення) в своїх міркуваннях, коли вони протиставляли право заявника на повагу до приватного життя і кореспонденції праву роботодавця контролювати діяльність компанії, включаючи відповідні дисциплінарні повноваження, з метою забезпечити безперебійну роботу компанії.

133. Що стосується питання про те, чи був заявник заздалегідь повідомлений роботодавцем, Європейський Суд зазначає, що він вже прийшов до висновку, що заявник, ймовірно, не був заздалегідь повідомлений про ступінь і характер контролю з боку роботодавця або про можливість того, що роботодавець міг отримати доступ безпосередньо до змісту листів заявника (див. § 78 цього рішення). Щодо можливості контролю Європейський Суд зазначає, що Суд муніципалітету Бухарест просто зазначив, що "працівник був повідомлений про те, що незадовго до застосування до нього дисциплінарних санкцій іншого працівника звільнили" (див. § 28 цього рішення), і Апеляційний суд м Бухареста встановив , що заявника попередили про те, що він не повинен був використовувати ресурси компанії в особистих цілях (див. § 30 цього рішення). Отже, внутрішньодержавні суди не визначили, чи був заявник заздалегідь повідомлений

про можливість того, що роботодавець може ініціювати заходи спостереження за працівниками, а також про межі і характер таких заходів. Європейський Суд зазначає таке: щоб вважатися попереднім, повідомлення від роботодавця має надійти до початку спостереження, особливо якщо спостереження пов'язано з оцінкою змісту листів працівника. В цьому напрямку вказують і міжнародні, і європейські стандарти, вимагаючи, щоб суб'єкт спостереження був би сповіщений до проведення будь-яких контролюючих заходів (див. §§ 38 і 43 цього рішення, див. також порівняльне правове дослідження, § 53 цього рішення).

134. Що стосується меж контролю і ступеня втручання в особисте життя заявника, Європейський Суд зазначає, що дане питання не розглядалося ані Судом муніципалітету Бухарест, ані Апеляційним судом м Бухареста (див. §§ 28 і 30 цього рішення), навіть при тому, що, можливо, роботодавець записував всі повідомлення заявника в розглянутий період в режимі реального часу, оцінював їх і роздрукував їх розшифровку (див. §§ 17 і 21 цього рішення).

135. Також внутрішньодержавні суди, мабуть, не оцінили достатнім чином, чи були законні підстави, які виправдовують спостереження за повідомленнями заявника. Європейський Суд змушений відзначити, що Апеляційний суд м. Бухарест не вказав, яка особлива мета могла б виправдати в цій справі такий суворий контроль. Дійсно, на це питання не відповів і Суд муніципалітету Бухарест, який згадав про необхідність уникати заподіяння шкоди системам інформаційних технологій компанії, про відповідальність, яку несе компанія в разі незаконної діяльності в кіберпросторі, і про розголошення комерційних таємниць (див. § 28 цього рішення). Однак, на думку Європейського Суду, дані приклади носять тільки теоретичний характер, оскільки ніщо не змушує припускати, що заявник дійсно піддав би компанію одній з перерахованих загроз. Крім того, Апеляційний суд м. Бухарест взагалі не розглядав це питання.

136. Крім того, ні Суд муніципалітету Бухарест, ні Апеляційний суд м. Бухарест не розглядали належним чином, чи могла поставлена роботодавцем мета бути досягнута менш агресивними методами, ніж оцінка фактичного змісту листів заявника.

137. Більш того, жоден суд не розглянув тяжкість наслідків розглянутого спостереження та наступного дисциплінарного провадження. В цьому відношенні Європейський Суд зазначає, що до заявника було застосовано найсуворіше дисциплінарне стягнення, а саме звільнення.

138. На закінчення Європейський Суд зазначає, що національні суди не визначили наступне: коли роботодавець викликав заявника для дачі пояснень щодо використання

ресурсів компанії, зокрема, Інтернету (див. §§ 18 і 20 цього рішення), він вже оцінив зміст аналізованих листів. Європейський суд зазначає, що національні органи влади не встановили, в який момент в ході дисциплінарного провадження роботодавець оцінив розглянуту інформацію. На думку Європейського Суду, згода з тим, що зміст листування може бути оцінений на будь-якому етапі дисциплінарного провадження, суперечить принципу прозорості (див. у цьому відношенні Рекомендацію Комітету міністрів Ради Європи CM/Rec (2015) 5, згадувану в § 43 цього рішення, перспективу порівняльного законодавства див. § 54 цього рішення).

139. Беручи до уваги вищевикладене, Суд вважає, що висновок Апеляційного суду м. Бухарест про те, що між конкуруючими інтересами був встановлений справедливий баланс (див. § 30 цього рішення), досить спірне. Подібне твердження видається дещо формальним і теоретичним. Апеляційний суд м. Бухарест не пояснив особливі причини, пов'язані з певними обставинами справи заявника та його роботодавця, які зумовили такий висновок суду.

140. Таким чином, очевидно, внутрішньодержавні суди не змогли встановити, зокрема, чи отримав заявник попереднє повідомлення від свого роботодавця про ймовірність того, що його листування за допомогою програми обміну миттєвими повідомленнями компанії Yahoo може переглядатися, також вони не взяли до уваги той факт, що заявник не був повідомлений про ступінь і характер спостереження або про ступінь втручання в особисте життя або в його кореспонденцію. Крім того, суди не визначили, по-перше, особливі причини, що виправдовують застосування заходів спостереження, по-друге, чи міг роботодавець використовувати заходи, пов'язані з меншим ступенем втручання в особисте життя і кореспонденцію заявника, і, по-третє, чи могло листування заявника бути оцінене без його відома (див. §§ 120-121 цього рішення).

141. Беручи до уваги вищевикладене та зважаючи на надану владі держави-відповідача свободу розсуду, Європейський Суд вважає, що національні органи влади не надали належний захист права заявника на повагу до його приватного життя і кореспонденції і що, отже, вони не встановили справедливого балансу між інтересами, які зачіпалися. Отже, мало місце порушення статті 8 Конвенції

Відкриття персональних файлів, збережених на робочому комп'ютері

4. Ліберт проти Франції

(рішення від 22 лютого 2018 року)

Ця справа стосувалася відкриття роботодавцем державного сектору файлів працівника-заявника, які зберігалися на жорсткому диску його робочого комп'ютера та були позначені як "особисті".

Заявник працював у SNCF, державній залізничній компанії Франції. Його відсторонили від виконання його функцій до закінчення внутрішнього розслідування. Під час відсутності заявника його роботодавець проаналізував вміст жорсткого диску його офісного комп'ютера. Було виявлено, що файли містили, серед іншого, дуже велику кількість порнографічних зображень і фільмів.

Заявник був звільнений. Він скаржився під час провадження в національному суді, що його роботодавець порушив його право на повагу до приватного життя відкривши під час його відсутності файл під навою «giggles» (хихикання), який зберігався на жорсткому диску та який він чітко позначив як "особисті дані". Національні суди відхилили його доказ не переконавшись у тому, що опис, який заявник надав жорсткому диску, і назві, наданій файлу, було достатнім для того, щоб показати, що вміст був приватним, і тому вимагав його присутності перш ніж роботодавець міг отримати доступ до файлу. Національні суди також дотримувалися попереднього прецедентного права Касаційного суду, згідно з яким працівник не міг позначати весь жорсткий диск свого робочого комп'ютера як «особистий», оскільки жорсткий диск був за умовчанням призначений для професійного використання та збережені на ньому файли, як передбачалося, були пов'язані з професійною діяльністю якщо працівник чітко не вказав, що вміст був особистим (прецедент Касаційного суду, на який покладалися, посилався на термін "особистий" у зв'язку з цим).

Ліберт стверджував під час розгляду справи відповідно до Конвенції, що обставини його справи виявили необґрунтоване втручання у його право на повагу до його приватного життя. Суд встановив відсутність порушення статті 8 Конвенції.

У справі Ліберта, можливо виділити наступні пункти.

По-перше, Суд підтвердив, що інформація, яка зберігається на офісному комп'ютері, яка була чітко позначена як особиста, за певних обставин може потрапляти під поняття "приватне життя", що залучає застосовність статті 8. Суд зазначив у зв’язку з цим, що SNCF допускав випадкове використання своїми співробітниками офісних комп'ютерів для приватних цілей за умови їх відповідності застосовним правилам.

По-друге, на відміну від справу Барбулеску (дивіться вище), наприклад, Суд розглянув скаргу заявника з точки зору передбачуваного втручання держави в право заявника відповідно до статті 8. SNCF був суб'єктом публічного права, навіть якщо він відображав певні особливості приватного права. У справі Барбулеску джерелом порушення

права заявника був приватний роботодавець, що означало, що Суд повинен був розглянути скаргу заявника у цій справі з точки зору дотримання державою її позитивного зобов’язання захищати право заявника на повагу до його приватного життя.

По-третє, Суд погодився з тим, що у відповідний час існувало встановлене прецедентне право Касаційного суду, що будь-які файли з даними, створені співробітником на його робочому комп’ютері, вважалися професійними за своїм характером якщо працівник чітко та точно не позначив такі файли як "особисті". Якщо працівник зробив це, файли можуть бути доступні лише його роботодавцеві за присутності працівника або після того, як останній був належним чином запрошений бути присутнім. Таким чином, втручання в цій справі мало законну основу з належними гарантіями для запобігання свавілля. Суд повернувся до цього питання під час розгляду пропорційності втручання.

По-четверте, Суд визнав із посиланням на поводження з вимогою законної мети в справі Барбулеску (§ 127), що роботодавець мав законний інтерес у забезпеченні безперебійного функціонування компанії і це можливо було зробити лише за допомогою встановлення механізмів для перевірки того, чи його працівники виконували свої професійні обов'язки відповідно і з належною старанністю.

Наприкінці, Суд був переконаний, що національні суди надали відповідні та достатні підстави для втручання (дивіться вище) і існували гарантії для запобігання свавільного доступу роботодавця до інформації працівника, яка чітко позначена як приватна (проте, дивіться у зв'язку з цим висновок Суду в справі Барбулеску) Цікаво зазначити, що Суд не вважає проблематичним те, що Касаційний суд у попередньому рішенні, погодився з тим, що позначення жорсткого диску або файлу як "особистого", тобто такого, який використовується заявником, було достатнім для того, щоб передати приватний характер вмісту. Для Суду важливим є те, що Статут роботодавця, який регулює використання комп'ютерної системи, наголошував, що особиста інформація повинна бути чітко позначена як "особиста".

Додаток Б

Справа «Еверс проти Німеччини»

CASE OF EVERS v. GERMANY

(Application no. 17895/14)

JUDGMENT

1. Art 8 • Right to private life • Challenge of a foreseeable contact ban in the context of sexual abuse of a mentally disabled woman, mother of the applicant's child • Article 8 inapplicable • Absence of a family link • No particular interest of the woman in having contact with the applicant • Protective regime for the woman legally incapable of expressing resistance • Severe violation of her personality rights • Risk of further violation in case of further contact

Art 6 (civil) • Fair hearing • Sufficient evidentiary basis for the domestic court's decisions • Hearing of the woman and experts, and possibility for the applicant to submit his arguments in writing • Absence of determination of the mentally disable woman's "reasonable wish" in violation of her rights under Article 8 § 1 of the Convention

Art 6 (civil) • Fair hearing • Domestic court's refusal to grant the applicant full access to the guardianship case-file • No impeding of the applicant's defense • Relevant and sufficient reasons

Art 6 (civil) • Oral hearing • No exceptional circumstances justifying the dispense of the applicant's personal hearing • Proceedings entailing an assessment of his personality and his relationship to the mentally disable woman

STRASBOURG

28 May 2020

FINAL

28/08/2020

This judgment has become final under Article 44 § 2 of the Convention. It may be subject to editorial revision.

In the case of Evers v. Germany,

The European Court of Human Rights (Fifth Section), sitting as a Chamber composed of:

Yonko Grozev, *President,*
Gabriele Kucsko-Stadlmayer,
Síofra O'Leary,
Ganna Yudkivska,
André Potocki,
Lətif Hüseynov,
Angelika Nußberger, *judges,*

and Claudia Westerdiek, *Section Registrar,*

Having deliberated in private on 10 March 2020,

Delivers the following judgment, which was adopted on that date:

PROCEDURE

1. The case originated in an application (no. 17895/14) against the Federal Republic of Germany lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") by a German national, Mr Jörg Evers ("the applicant"), on 25 February 2014.

2. The applicant was initially represented by Mr T. Schneider, a lawyer practising in Munich, and subsequently by Mr M. Kaiser, a lawyer practising in Landshut. The German Government ("the Government") were represented by one of their Agents, Mrs K. Behr, of the Federal Ministry of Justice and Costumer Protection.

3. The applicant alleged, in particular, that the domestic court's decision, adopted in the context of guardianship proceedings, prohibiting him from having contact with a woman with a mental disability, had infringed his rights under Articles 6 and 8 of the Convention.

4. On 21 March 2016 the Government were given notice of the application.

THE FACTS

I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE

. **Background to the case**

5. The applicant was born in 1939 and lives in Baden-Baden.

6. In 2009 he was living in a common household with his partner, P.B., and her daughter, V. The latter was born in 1987, was then 22 years old, and suffers from a mental disability. P.B. had been appointed V.'s guardian in 2007.

7. On an unspecified date in 2009, the public prosecutor initiated criminal proceedings against the applicant in respect of his alleged sexual abuse of a person who had been incapable of resistance. P.B. had reported sexual contact between the applicant and V. She had initially claimed to have caught the applicant and V. naked in bed and touching one another. She had also reported that the applicant had admitted to engaging in sexual contact with V. and that the applicant had attributed the incident to the fact that P.B. had refused the applicant sexual intercourse in the past. P.B. had moreover claimed that the applicant, owing to her financial dependency, had "taken liberties" in respect of V. Later on in the criminal proceedings, P.B. withdrew her allegations, stating that V. had a right to sexual self-determination and that she had consented to the planned marriage of V. and the applicant.

8. On 10 December 2009 the public prosecutor discontinued the criminal proceedings. On the basis of a statement by V.'s general practitioner dated 10 November 2009, according to which V. had been perfectly capable of physical resistance if she had not consented to sexual relations with the applicant, the public prosecutor considered that it would not be possible to establish that V. was incapable of resistance to sexual acts.

9. On 20 September 2010 the Erding District Court, by means of an interim injunction, placed V. in a residential home for people with disabilities, discharged P.B. as V.'s guardian and appointed a professional guardian. It noted that the proceedings had been initiated after the court had been notified by a medical clinic that V. had likely suffered from sexual abuse, because she suffered from a moderate mental disability and was pregnant by P.B.'s seventy-one-year-old partner – the applicant. The interim injunction was essentially based on the fact that P.B. had not prevented the applicant from abusing V. and making her pregnant, as well as the fact that P.B. and V. had not manifested any wish to change the circumstances that had led to the abuse of V. and her pregnancy. Prior to delivering its decision, the District Court had heard V. and P.B. and also the applicant in person.

10. The District Court ordered three expert opinions concerning V.'s physical and mental state of health.

11. Subsequently, the public prosecutor, who had been informed by the District Court, initiated criminal proceedings in respect of sexual abuse – again against the applicant, and for the first time against P.B. (as V.'s guardian at the relevant time).

12. On 2 March 2011 V. gave birth to a son, who has been living with a foster family ever since. At the time that the application was lodged, the applicant, whose paternity had been established, had been having supervised contact with his son about once a month. V. had separate contact with her son about once every four to six weeks.

13. On 21 March 2011 the Erding District Court upheld the interim injunction of 20 September 2010. Relying on three expert opinions dated 3 November, 20 December 2010 and 2 March 2011, which were summarised extensively and assessed as valuable in the wording of the decision, relying furthermore on the submissions of the relevant authority, on the criminal case files of the prosecution, on the hearing of V., P.B. and the applicant and on the new hearing of V. in the presence of her guardian on 15 March 2011, it found that V. was in need of a guardian because she was unfit to manage any of her affairs by herself. She suffered from a moderate mental disability and from epilepsy. She was highly restricted in her ability to comprehend, concentrate and memorise things, as well as in her sense of orientation. Her ability to communicate was limited to word fragments, which rendered impossible any meaningful communication. She had no ability to make judgments, as her intellectual development corresponded to that of a four-year-old child (whereas her physical development corresponded to that of a 14- or 15-year-old).

14. The District Court further observed that V. was incapable of resistance in the sense of the relevant criminal provisions, since she had proved easily susceptible to any and every seemingly friendly suggestion. In this respect, she was unable to detect or even oppose inappropriate advances. She was not able to build up lasting relationships, had no sense of the appropriateness (or otherwise) of social situations or time, and no sense of responsibility or the needs of others. She had no comprehension of sexual relationships, marriage or even her pregnancy. Moreover, owing to the events leading up to her pregnancy, she had become significantly distracted. This state of mind had proved to be temporary, due to her lack of memory and any sense of time. The District Court concluded, given the background of the aforementioned facts and developments that guardianship was therefore to be conferred upon the professional guardian already appointed under the interim injunction of 20 September 2010.

15. The District Court also explained in detail why the opinion of the private expert Z. commissioned by P.B. was not convincing and did not lead to other conclusions. In this respect it held that the opinion did not comply with scientific standards as it essentially reproduced information and opinions given by P.B., without appreciating their veracity and reliability and without taking into account available objective information from other sources. The District Court moreover observed that the supposed expert had never met the applicant or V. and concluded that Z.'s expert opinion had no value.

16. As regards the (brief) hearing of the applicant the District Court noted that the applicant declared that in view of the prosecutor's decision to stay the criminal proceedings (see paragraph 8 above) there was no reason to separate V. from her mother or him. In his view V. was of full age, had a free will and could have sexual intercourse with whoever she wanted.

17. On 24 May 2012 the Traunstein Regional Court proposed to discontinue the criminal proceedings on condition that P.B. pay a fine of 1,000 euros (EUR) and the applicant pay a fine of EUR 8,000. The court suggested that condition, as it had established that – irrespective of whether it was determined that V. had been able to resist (which required an assessment of whether any consent given by her could be considered to have had legal effect) – it could not be ruled out that the applicant had inevitably erred in his assessment of the legality of his acts. In particular, it could not be ruled out that the applicant was not accountable for relying on the assessment of the public prosecutor of 10 December 2009, according to which it would not be possible to establish that V. was incapable of resisting invitations to engage in sexual intercourse. As a result, criminal liability pursuant to section 179 of the Criminal Code (see paragraph 43 below) was ruled out in these proceedings. The Regional Court, however, drew particular attention to the fact that this December 2009 assessment had been proved wrong, given the findings in the present proceedings. It added that criminal liability pursuant to section 174 c § 1 of the Criminal Code (see paragraph 43 below) had to be considered as the applicant had taken advantage of the special relationship of confidence between V. and her mother. However, in view of the circumstances and, in particular, the existence of claims for child support and inheritance, the public interest in prosecuting could be satisfied with the payment of the sums indicated to non-profit organisations.

18. On 26 July 2012, after the public prosecutor, P.B., and the applicant had agreed to the proposal, the Regional Court discontinued the criminal proceedings provisionally and on 14 September 2012, after the fines had been paid, definitively.

A. The proceedings at issue

0. Developments leading up to the contact ban

19. On 2 September 2012 P.B. and the applicant visited V. in order to take part in "open day" festivities on the premises of the residential home in which she now lived. After P.B. and the applicant had left the premises, V., according to the documentation produced by the staff of the residential home, showed clear signs of mental distress, which necessitated medication.

20. On 4 September 2012 V.'s guardian wrote to the applicant prohibiting any contact between him and V. He informed the applicant that, as he (the applicant) had consistently maintained that he wished to pursue an intimate relationship with V., he (the guardian) would make use of his statutory right to prohibit any further contact between the applicant and V. On the same day the guardian also wrote to P.B. prohibiting contact and informed the Erding District Court of these decisions and requested that it issue formal approval of such contact bans.

21. On 6 September 2012 the applicant replied to the guardian in writing, asking him to stop treating V. with psychotropic drugs and to remove the "harmful forced" contraceptive coil.

Moreover, he opposed the contact ban, since he considered that there was no reason for it. The same day, P.B. who indicated that she lived at the same address as the applicant, replied to the guardian that after the criminal proceedings had been stayed, there were no reasons to prohibit any longer meetings between her daughter and the applicant. She submitted that the contact ban was not in her daughter's interest and constituted an illegal deprivation of liberty. The mental distress which the guardian had mentioned in his request was the consequence of the arbitrary placement in the residential home of her daughter who wished to come home.

22. On 12 September 2012 the District Court appointed a guardian *ad litem* (*Verfahrenspfleger*) for V. since the proceedings concerned the guardian's request for judicial confirmation of the contact ban and this decision might affect V.'s fundamental rights.

23. On 18 October 2012 the District Court heard V. in the residential home in the presence of her guardian and her guardian *ad litem*.

24. On 22 November 2012, the District Court decided – referring to section 23 § 2 and 7 § 2 of the Act on Proceedings in Family Matters (see paragraphs 40 and 41 below) – that the guardian's request for a contact ban to protect V. was to be communicated to the applicant for his comments, since he would be affected by such a decision.

25. On 22 November 2012, according to a note to the file, the District Court judge met V. on the occasion of a visit to the residential home in the context of another case. V. told him that the applicant would come at Christmas. In reply to the judge's questions she replied twice that the applicant was the friend of her mother.

26. On 24 November 2012 the applicant received a copy of the request for a contact ban. The responsible judge notified him that in deciding on the contact ban he would take account of (i) the findings which had been made in the guardianship proceedings and the criminal proceedings, (ii) a website, which P.B. had created and on which she portrayed her, V.'s and the applicant's fight for a common "family life", and (iii) V.'s latest personal hearing, which had taken place before the District Court on 18 October 2012. Lastly, the judge invited the applicant to submit his written comments by 15 December 2012. The applicant did not respond to that invitation.

2. The decision of the District Court regarding the contact ban

27. On 10 January 2013 the District Court, presided over by the same judge who had, prior to the decision of 20 September 2010, heard V., P.B. and the applicant in person, prohibited any form of contact between the applicant and V. (including personal encounters, letters and telephone calls), referring to sections 1908i § 1, 1632 § 2 of the Civil Code taken in conjunction with section 23 et seq. of the Act on Procedure in Family Matters (see paragraphs 38-40 below). It added that

in case of non-observance of the contact ban a penalty of up to EUR 25,000, alternatively (*ersatzweise*) up to six months' imprisonment could be imposed.

28. The District Court held that the applicant's alleged right to contact with V. lacked any basis in the codified law, because that law provided contact rights only with regard to minors, but not with regard to adults.

29. Moreover, the District Court held that the applicant could not base his claim to a right to contact on the guarantee of family life under Article 6 of the Basic Law (*Grundgesetz*). V. was, for reasons of her disability, incapable of contracting and of entering into marriage (*nicht geschäfts- und ehefähig*). The applicant's and V.'s child was the result of a severe, massive and illegal violation of V.'s personality rights – not to say the criminal sexual abuse of a person incapable of resistance. V. had been fully incapable of forming the will to resist seemingly friendly suggestions. Her mental disorder had precluded the ability even to grasp the substance, consequences and risks of sexual acts and pregnancy; her blindly confident and obedient personality had meant that convincing her to engage in sexual relations had not required significant effort.

30. According to the District Court, those conclusions were not put into doubt by the fact that the first set of criminal proceedings had been discontinued because V. had been assumed to be capable of physically resisting (see paragraph 8 above). The public prosecutor had issued that decision without personally hearing V. and had not commissioned an expert opinion on her. The same was true as regards the Regional Court's decision to discontinue the second set of criminal proceedings (see paragraphs 15 and 16 above). In this respect the District Court observed that P.B.'s changing and contradictory allegations also had to be considered. They suggested that, initially, P.B. had rejected the applicant's sexual advances, so he had subsequently sought sexual relations with V. Moreover it seemed likely that P.B.'s subsequently expressed wish that the parties be allowed to engage in a normal family life (including a wedding) had been rooted in her fear that she and the applicant would be held criminally liable for aiding and abetting the sexual abuse of a person incapable of resistance.

31. The District Court further noted that V. had not shown that she had any particular bond with the applicant. Rather, she only had unemotional, fleeting and changing memories of a person who, when being personally heard by the District Court, she had consistently referred to as her mother's partner. Throughout the previous two years, during which she had been living in the above-mentioned residential home, she had not asked for contact with or visits from the applicant, or even noticed his absence.

32. The District Court underlined that V. had the right to have contact with anyone she wished to see and that the guardian's right to determine her contacts was limited by the right of third persons and by the purpose of the guardianship, which was, in particular, to protect V.'s best interests. It considered that the decision to impose a contact ban had taken sufficient account of V.'s interests. V. had not wished to have contact with the applicant; her guardian *ad litem* had also agreed that there was no necessity or purpose – nor any wish on V.'s part – for any written or personal contact with the applicant. Therefore contact with the applicant not only was not in V's best interest, but would put her interest severely and durably into danger. The District Court noted in this respect that the applicant continued to pursue his intention to abuse V., which would likely lead to further pregnancies and therefore significant further risks for V., since she did not grasp the implications of pregnancy and was unable to give birth without Caesarean section. Having regard to all of the material before it, it concluded that the contact ban was not only necessary, but even imperative.

1. The decision of the District Court regarding access to the case file

33. On 24 January 2013 the applicant, represented by counsel, requested access to the case file in the guardianship proceedings. The Erding District Court informed him that access to a case file in guardianship matters could, under section 13 of the Act on Procedure in Family Matters (see paragraph 40 below), only be granted in so far as strictly necessary, as such a file contained highly personal and sensitive data pertaining to the subject of those proceedings.

34. After the applicant specified that his request concerned all parts of the case file that had been of relevance for the District Court's decision on contact of 10 January 2013, the District Court provided him with copies of pages 848 to 996 of that file, which included: its decision of 20 September 2010; its decision of 21 March 2011 (which gave detailed summaries of the expert opinions that the court had cited in its decisions); handwritten observations by staff at V.'s residential home concerning her behaviour on 2 September 2012 and the following day; the guardian's request for a contact ban to be ordered; and a detailed record of the personal hearing of V. on 18 October 2012.

1. The appeal proceedings

35. On 11 February 2013 the applicant appealed against the contact decision of 10 January 2013. On 4 March 2013 he reasoned his appeal and requested a hearing. He complained that he had not been heard in person and that he lacked the necessary knowledge of the contents of the case file in the guardianship proceedings concerning V. Furthermore, the District Court had based its decision on erroneous and insufficiently established conclusions. He requested that further

evidence be adduced – in particular, that different witnesses be heard and another expert opinion be ordered.

36. On 15 March 2013 the Landshut Regional Court dismissed the appeal. Relying on the expert opinions it repeated and endorsed the District Court's reasoning and confirmed that, in view of the situation, the contact ban was not only lawful but imperative in order to protect V. from sexual assault. It added that there had been no need to hear the applicant in person. He had replied to the guardian's letter of 4 September 2012, had been invited to submit comments by the District Court (see paragraph 24 above) and, assisted by counsel, had submitted twenty-five pages of reasons justifying his appeal. There was therefore no need to hear the applicant in person. Section 34 § 1 of the Act on Procedure in Family matters did not require a hearing in person because the applicant had had sufficient opportunity to be heard by other means. The Regional Court did not grant leave to appeal against its decision.

37. On 3 June 2013, the Regional Court dismissed the applicant's complaint of a violation of his right to be heard.

38. On 25 August 2013 the Federal Constitutional Court declined to consider a constitutional complaint lodged by the applicant, without giving any reasons (no. 1 BvR 1202/13).

I. RELEVANT DOMESTIC LAW

. **Basic Law**

39. Article 6 of the Basic Law (*Grundgesetz*), in so far as relevant, reads as follows:

"(1) Marriage and the family shall enjoy the special protection of the State."

A. Civil Code

40. Sections 1896 et seq. of the Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch*) set out the conditions of guardianship, the criteria used to appoint a guardian and the scope of that person's guardianship, as well as the rights and duties of the guardian. Section 1901 § 2 of the Civil Code stipulates that the guardian must attend to the affairs of the person under guardianship in a manner that is conducive to his or her welfare. The best interests of the person under guardianship also include the possibility for him or her, within the limits of his or her capabilities, to shape his or her life according to his or her own wishes and ideas. Lastly, under section 1908i § 1 of the Civil Code, several other provisions are applicable with regard to guardianship. That applicability pertains, *inter alia*, to section 1632 § 2 of the Civil Code, a family law provision that stipulates that childcare duties include the right to determine who has contact with the child in question – even in respect of "third parties".

A. Act on Procedure in Family Matters

41. Section 1 of the Act on Procedure in Family Matters (Act on Proceedings in Family Matters and in Matters of Non-Contentious Jurisdiction – *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*) specifically provides that the Act is applicable to proceedings in respect of non-contentious matters, to the extent allotted to the courts by law. Sections 271 et seq. of that Act deem guardianship proceedings to constitute such a matter.

42. The procedural rules under the Act on Procedure in Family Matters differ from the procedure provided for regular civil law proceedings in many ways: Under section 7(2)(1) of the Act, persons whose rights would be directly affected by the proceedings are to be included in the proceedings as participants. Section 274(1) of the Act explicitly stipulates in respect of guardianship proceedings that the person concerned, the guardian and the guardian *ad litem* are parties to such proceedings. Section 13 of the Act provides that participants in such proceedings may inspect the case court file at the offices of the court registry in so far as this does not conflict with any serious interests (*schwerwiegende Interessen*) of a participant or a third party. Section 23(2) of the Act provides that the relevant court shall transmit "the application" to the "remaining participants".

43. The courts can, under section 23 *et seq.* of the Act on Procedure and Family Matters, initiate certain proceedings *ex officio*. Moreover, under section 26 of the Act, a court shall conduct necessary enquiries *ex officio* in order to establish facts that are relevant to the decision in question. Under section 32 § 1 of the Act, the court may discuss matters with the parties concerned during a court hearing. Under section 34(1) of the Act, the court must conduct an "in-person hearing" when that is necessary in order to ensure a fair legal hearing for the participants, or when so required by the provisions of this or another statute. Under section 48 of the Act, the court of first instance may, possibly also *ex officio*, rescind or modify a final and binding decision with permanent effect if the factual or legal circumstances have changed significantly. Also, under section 65, a complaint against a decision of a first instance court may be supported by new facts and evidence.

A. Courts Constitution Act

44. Section 170 § 1 of the Courts Constitution Act (*Gerichts-verfassungsgesetz*) provides that proceedings, discussions and hearings in respect of family matters and non-contentious matters must not be public. A court may admit the public to proceedings but not, however, against the will of a participant. In respect of matters concerning guardianship of an adult and the admission of a person to a closed institution, at the request of the adult concerned a person who holds a position in that adult's confidence may be permitted to be present.

A. Criminal Code

45. Section 179 of the Criminal Code (*Strafgesetzbuch*) penalizes sexual abuse of persons incapable of resisting. Section 174 c § 1 sanctions sexual abuse by abusing, *inter alia*, a care relationship installed due to a mental or an emotional illness or disability.

I. RELEVANT INTERNATIONAL MATERIAL

46. The relevant provisions of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which Germany adopted on 30 March 2007 and which entered into force on 26 March 2009, are reproduced in *A.-M.V. v. Finland*, no. 53251/13, §§ 39-48, 23 March 2017 and *I.C. v. Romania*, no. 36934/08, §§ 41-44, 24 May 2016.

47. In 2015, the United Nations Committee on the Rights of Persons with Disabilities issued its concluding observations on the initial report of Germany. In its observations, the Committee expressed concern that the legal instrument of guardianship, as outlined in and governed by the German Civil Code, was incompatible with the Convention. It recommended that: all forms of "substituted" decision-making be eliminated and replaced by a system of supported decision-making, in line with the Committee's General Comment No. 1(2014) on equal recognition before the law; the development of professional-quality standards for supported decision-making mechanisms; and (in close cooperation with persons with disabilities) the provision of training on Article 12 of the Convention, in line with the Committee's General Comment No. 1, at the federal, regional and local levels for all actors (including civil servants, judges, social workers, health and social services professionals and people from the wider community).

THE LAW

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION

48. The applicant complained of the ban on his having contact with V, who is the mentally disabled daughter of his former partner and with whom he fathered a child. He also alleged several shortcomings in the proceedings concerning the contact ban. He relied on Article 8 of the Convention which, in so far as relevant, reads as follows:

"1. Everyone has the right to respect for his private and family life, ...

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society ... for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."

49. The Government submitted that Article 8 of the Convention was not applicable. The applicant could rely neither on the notion of "family" life nor on the notion of "private" life. If

fathering a child could establish family life, forced sexual contact could bind two people together as a family and enable someone to attract by coercion the protection afforded by Article 8 of the Convention. V. had not freely chosen to be with him because she had lacked, owing to mental illness, the necessary capacity to do so. The fact that V. lived for some time with the applicant in a common household was not based on a deliberate decision of V. Both happened to live together by chance because the applicant had been P.B.'s partner and had started a common household with her. Moreover, she had subsequently expressed no wish to have any contact with the applicant. The applicant could not unilaterally declare that V. constituted a part of his private life.

50. The Government underlined that two expert opinions had concluded that V. was incapable of acting in law, of consenting and of offering resistance. In its decision to propose discontinuing the criminal proceedings the Traunstein Regional Court explicitly pointed out that on the basis of the case file it had to be assumed that V. was incapable of resistance. The Government concluded that if the applicant maintained his intention to continue a sexual relationship with V. this would amount to his announcing his intention to commit a criminal offence.

51. The applicant was of the opinion that Article 8 was applicable, submitting that he and V. constituted a family that deserved protection under Article 8 of the Convention. They were indeed a couple with a common child; both wished for intimate (including sexual) contact. Apart from that, at the very least, his private life was concerned, because the contact ban ruled out any other form of contact.

52. The Court observes at the outset that no aspect related to the applicant's family life is at issue in the present proceedings. The mere fact that the applicant had been living in a common household with P.B. and her daughter V. and that he is the biological father of V.'s child does not, in the circumstances of the present case, constitute a family link which would fall under the protection of Article 8 of the Convention under its "family life" head. The Court notes furthermore that the question of the placement of the applicant's son in care and access to him is not before the Court.

53. As regards "private life" the Court has had previous occasion to remark that the concept of "private life" is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person. It can therefore embrace multiple aspects of the person's physical and social identity. Article 8 protects, in addition, a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world (see, with further references, *Denisov v. Ukraine* [GC], no. 76639/11, § 95, 25 September 2018). A broad construction of Article 8 does not mean, however, that it protects every

activity a person might seek to engage in with other human beings in order to establish and develop such relationships (*Friend and others v. the United Kingdom* (dec.), nos. 16072/06 and 27809/08, § 41, 24 November 2009; *Gough v. the United Kingdom*, no. 49327/11, § 183, 28 October 2014).

54. However, Article 8 under its private life limb cannot be understood as guaranteeing the right as such to establish a relationship with one particular person. The Court has generally assumed contact with a specific other person to constitute a fundamental element of Article 8 mainly under the family life limb (see, for example, *Elsholz v. Germany* [GC], no. 25735/94, § 43, ECHR 2000-VIII (concerning parents and children); *Kruškić v. Croatia* (dec.), no. 10140/13, § 111, 25 November 2014 (concerning grandparents and their grandchildren); and *Messina v. Italy* (no. 2), no. 25498/94, § 61, 28 September 2000 (regarding prisoners and members of their close family). In the Court's view private life does not as a rule come into play in situations where a complainant does not enjoy "family life" within the meaning of Article 8 in relation to that person and where the latter does not share the wish for contact. This is all the more so if the person with whom it is wished to maintain contact has been the victim of behaviour which has been deemed detrimental by the domestic courts.

55. In this context the Court observes that it has also held that Article 8 cannot be relied on in order to complain of a loss of reputation which is the foreseeable consequence of one's own actions, such as, for example, the commission of a criminal offence. This rule is not limited to reputational damage but has been expanded to a wider principle according to which personal, social, psychological and economic suffering which could be the foreseeable consequences of the commission of a criminal offence could not be relied on in order to complain that a criminal conviction in itself amounted to an interference with the right to respect for private life. This extended principle covers not only criminal offences but also other misconduct entailing a measure of legal responsibility with foreseeable negative effects on "private life" (see *Denisov,* cited above, § 98).

56. Turning to the present case the Court notes that the contact ban does not touch upon relations of the applicant to other people in general, but only excludes contact with V., excluding contact of any sort. It further observes that the applicant insists on contact with V., whereas the domestic courts established that V. expressed no particular interest in having contact with the applicant. The Court observes moreover that contact between the applicant and V. was deemed to be detrimental for the latter, who showed signs of mental distress and needed medication after his visit to the residential home. It concludes that the applicant cannot rely on Article 8 to challenge the order to abstain from entering into contact with V.

57. In addition, the Court notes that, according to the civil courts which based their decisions on the conclusions of three experts, the applicant's and V's child was the result of a severe violation of V's personality rights, the latter being unable to understand the consequences and risks of sexual acts and pregnancy, and that the applicant continued to pursue his intention to abuse V. which would likely lead to further pregnancies and significant further risks for V. In its decision of 24 May 2012 proposing to discontinue criminal proceedings, the Traunstein Regional Court explicitly pointed out to the applicant and P.B. that V. was to be considered as incapable of resistance (see paragraph 15 above). The decision to issue the contact ban and its consequences could therefore be seen as a foreseeable consequence of the applicant's intention to continue frequenting V.

58. In these circumstances the Court considers that the applicant's challenge of the contact ban does not fall within the scope of the private life limb of Article 8 of the Convention.

59. It follows that this complaint is incompatible *ratione materiae* with Article 8 of the Convention within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention and must be rejected under Article 35 § 4 of the Convention.

I. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLE 6 § 1 OF THE CONVENTION

60. The applicant alleged a violation of his right to a fair trial. He complained in particular that the contact ban was based on a flawed evidentiary basis, that he had not been granted sufficient access to the guardianship case file and that he had not been heard in person, in particular before the Regional Court. He relied on Article 6 § 1 of the Convention which, in so far as relevant in the present case, reads as follows:

"1. In determination of his civil rights and obligations (...), everyone is entitled to a fair and public hearing (...) by an independent and impartial tribunal established by law. (...)"

61. The Government contested that argument.

A. Admissibility

62. The Government contends that Article 6 § 1 is not applicable to the proceedings in the present case. They acknowledged that it was sufficient that there was a dispute over a right granted by domestic law for Article 6 § 1 to be applicable, but submitted that the applicant did not have such a right in the present case. The District Court and the Regional Court had both explained that the applicant had no right under domestic law to contact with V., who is an adult.

63. The applicant considered that Article 6 § 1 is applicable to the court proceedings in the case at hand. Under domestic law, he had the right not to be subjected to unjustified contact bans on pain of a penalty imposed upon him.

64. The Court notes at the outset that Article 6 does not apply to the present proceedings under its criminal limb as the contact ban was not the consequence of criminal proceedings and did not constitute a sanction of criminal nature in spite of the fact that in case of non-respect a penalty (or enforcement detention) could be ordered against the applicant.

65. The Court reiterates that, for Article 6 § 1 in its "civil" limb to be applicable, there must be a "dispute" regarding a "right" – or an "obligation" – which can be said, at least on arguable grounds, to be recognised under domestic law, irrespective of whether it is protected under the Convention. The dispute must be genuine and serious; it may relate not only to the actual existence of a right but also to its scope and the manner of its exercise; and, finally, the result of the proceedings must be directly decisive for the right in question, mere tenuous connections or remote consequences not being sufficient to bring Article 6 § 1 into play (see, among many other authorities, *Boulois v. Luxembourg* [GC], no. 37575/04, § 90, ECHR 2012; and *Regner v. the Czech Republic* [GC], no. 35289/11, § 99, ECHR 2017).

66. With regard to the existence of a right, the Court reiterates that the starting-point must be the provisions of the relevant domestic law and their interpretation by the domestic courts. Article 6 § 1 does not guarantee any particular content for "rights and obligations" in the substantive law of the Contracting States: the Court may not create by way of interpretation of Article 6 § 1 a substantive right which has no legal basis in the State concerned (*Regner*, cited above, § 100 and the authorities cited therein).

67. The Court notes that the domestic courts held that the applicant had no right to contact with V., being an adult person, because the domestic law only provided for a right to contact of adult persons with children. However, the question of a right to contact is, under the domestic law, to be distinguished from the question whether the imposition of a contact ban was justified. A person may have no right to contact with another person, without, however, them being subject to a prohibition imposed by a State authority of all forms of contact with that person. The right of contact is only one aspect of the wider question which was actually at stake in the domestic proceedings, whether V., represented by her guardian, could request the imposition of a contact ban – and whether the applicant could be subjected to a corresponding obligation not to contact her.

68. There was hence, regardless of whether the domestic legal order establishes a right of contact, a "dispute" over an "obligation" to respect the contact ban within the meaning of Article 6 § 1. Issued in the framework of guardianship proceedings by a Family Court this obligation was also civil in nature and the possible fine which could be imposed on the applicant in case of

non-respect of the contact ban was not otherwise part of normal civic duties in a democratic society (compare *Schouten and Meldrum v. the Netherlands*, 9 December 1994, § 50, series A no. 304; *Ferazzini v. Italy* [GC], no.44759/98, §25, 12 July 2001).

69. The Court concludes that the complaint under Article 6 of the Convention is not incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention and that it is not inadmissible on any other grounds. It must therefore be declared admissible.

A. Merits

0. Submissions by the parties

(a) The applicant's submissions

70. The applicant was of the opinion that the proceedings had not been fair for various reasons. First of all, evidence had not been taken despite him having requested this. In particular, it would have been necessary to appoint an additional expert in order to assess whether V., given her mental incapacity, was able to understand that contact with the applicant was not in her interests. Moreover, additional witnesses should have been heard. Lastly, the domestic courts had deprived V. of her right to self-determination, by determining her will contrary to her actual wishes and desires.

71. The applicant furthermore submitted that he had not obtained access to the entire case file in the guardianship proceeding, including the expert opinions and that he had not only received incomplete, but also some illegible copies of the court file. He claimed that a judge should not be permitted to conduct a preselection of file contents to be disclosed to him. Without access to the original court files he could not verify whether court decisions had been made in compliance with formal requirements, such as the District Court's decision of 12 September 2012 to appoint a guardian *ad litem* for V. The applicant argued that the court files should have been made available at least to his lawyer.

72. The applicant moreover submitted that the domestic courts had refused to hear him in person. A personal hearing had been necessary because of the far-reaching impact of the decision on him and his family including V. and her son, but also because the outcome of the proceedings was to a large extent dependent on the court's personal impression of him. The applicant emphasized that an oral hearing should have been mandatory after the courts had refused him full access to the file. Only an in-person hearing which would have given him the opportunity to put questions to V. and the guardian would have been sufficient in view of his right to be heard. In this context the applicant submitted that, contrary to the Government's assumption, the

proceedings at issue were not focussing on V.'s well-being but on the contact ban issued against him.

73. In the applicant's view, these procedural flaws had been the result of the – wrongful – application of the relatively disadvantageous substantive and procedural rules provided by the Act on Procedure in Family Matters instead of the application of the generally applicable substantive rules and the procedural rules provided by the Code of Civil Procedure.

(b) The Government's submissions

74. The Government considered that the procedure had been fair within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention. They submitted that the particularities of the applicability of the Act on Procedure in Family Matters had to be taken into account. The procedural guarantees contained in the Act had been designed in such a manner as to facilitate the provision of a particular type of legal care to those who were – owing to a significant vulnerability – in particular need of it. The focus in such proceedings was not (by contrast with regular proceedings) on facilitating impartial dispute resolution between two parties in an adversarial procedure; rather, it was on an assessment of whether certain measures were in accordance with the wishes and best interests of the person under guardianship. Against this background, guardianship proceedings were characterised by the principle of *ex officio* investigations, the court's discretion as to whether to hold an (oral) hearing with the parties concerned, and justified limitations on participants' right to access files (see paragraph 40 above).

75. The Government observed that the District Court heard V. personally, appointed a guardian *ad litem* for V. and relied on three expert opinions which had been established in the previous guardianship proceedings. There had therefore been no need to gather more evidence. The Government concluded that the domestic courts had established the facts without disregarding V.'s right to self-determination.

76. As regards the applicant's access to the files, the Government pointed out that after the District Court had delivered its decision of 10 January 2013, the applicant (represented by counsel) had been granted access to the relevant parts of the guardianship proceedings case file containing in particular the District Court's decision of 21 March 2011 which gave a detailed summary of the expert opinions (see paragraph 13 above). As to the rest of the case file and the expert opinions in particular, the Government contended that the non-disclosure had been justified for it served to protect V.

77. Finally, as regards the lack of a personal hearing of the applicant they submitted that the applicant had initially been addressed by the guardian, had been informed of the ongoing

proceedings by the District Court, and had been invited to submit comments. In the appeal proceedings he had submitted his extensive observations in writing. There had thus been no need to meet the applicant again in person.

1. The Court's assessment

78. The Court reiterates its case-law, according to which the right to a fair and public hearing as provided for in Article 6 § 1 of the Convention is taken to establish a general requirement of an adversarial character of the domestic proceedings (*Regner*, cited above, § 146 et seq.). The Court refers in particular to its case-law concerning the administration of evidence (see, with further references, *Elsholz* cited above, § 66). The Court has, moreover, recently summarised its case-law concerning the issue of a personal hearing (see *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal* ([GC], nos. 55391/13 and 2 others, § 187 et seq., 6 November 2018) and concerning the issue of disclosure of documents (see *Regner*, cited above, § 148 et seq.).

(a) Evidentiary basis for the decision

79. The Court notes that the applicant alleged a failure to gather further evidence. He had requested that further expert opinions be ordered and that further witnesses be heard. He also submitted that V.'s wishes had been established in violation of her right to self-determination.

80. The Court reiterates that it is not its task to substitute its own assessment of the facts and the evidence for that of the national courts. Article 6 § 1 of the Convention does not lay down any rules on the admissibility or probative value of evidence or on burden of proof, which are essentially a matter for domestic law (*Tiemann v. France and Germany* (dec.), nos. 47457/98 and 47458/99, 27 April 2000). It is also for the national courts to assess the relevance of proposed evidence (*Centro Europa 7 S.R.L. and Di Stefano v. Italy* [GC], no. 38433/09, § 198, 7 June 2012). The Court's task under the Convention is rather to ascertain whether the proceedings as a whole, including the way in which evidence was taken, were fair (*Elsholz*, cited above, § 66).

81. The Court notes that the domestic courts heard V. in person and had three expert opinions and further evidence at their disposal and had given the applicant the possibility to submit his arguments in writing. There is, against this background, nothing to indicate that the proceedings lacked, overall, a sufficient evidentiary basis.

82. Regarding the applicant's allegation of a violation of V.'s right to self-determination, the Court observes that the complaint before it concerns exclusively the applicant and, specifically, his procedural rights, albeit in guardianship proceedings concerning V. It is not, however, for the applicant to assert what he believes to be the rights and interests of V. The Court, like the Government, is mindful of the issues which may arise in different proceedings regarding the right

to self-determination of mentally disabled persons. It has previously emphasised the need for the domestic authorities to reach, in each particular case, a balance between respect for the dignity and self-determination of the individual concerned and the need to protect and safeguard his or her interests, especially when the individual in question is particularly vulnerable (*A.-M.V. v. Finland*, no. 53251/13, §§ 89-90, 23 March 2017). However, in the context of the guardianship proceedings in which the applicant claims his procedural rights were not respected, it would appear that, in relation to V., this is what the domestic authorities were seeking to do.

83. The Court notes in this respect that the domestic courts considered, in particular, three expert opinions, V.'s particular situation and several objective indications that a substantial deviation had occurred from the kind of relationships in which a mentally disabled person would ordinarily engage. They based their decision to ban contact not on V.'s status as a person with a disability, but rather on the finding that her disability was of such a nature as to render her unable to understand adequately the significance and implications of the contact at issue, as well as the particularities of their relationship given the fact, inter alia, that the applicant had previously been her mother's partner, and finally on the fact that any other form of contact would not be to her benefit either. Moreover, V. was heard in person several times and there were effective safeguards to prevent any kind of abuse during the course of the domestic proceedings – in particular the participation of the guardian and the guardian *ad litem*. If at all relevant to the applicant's case there is, overall, no indication that V.'s "reasonable wish" was determined in violation of her rights under Article 8 § 1 of the Convention.

84. The Court concludes that there is nothing to indicate that the domestic courts based their decisions on insufficient grounds or that they arbitrarily refused to take relevant evidence.

85. Accordingly, there has been no violation of Article 6 in this respect.

(b) Access to the case file

86. As regards the applicant's complaint concerning access to the case file the Court reiterates that the adversarial principle and the principle of equality of arms, which are closely linked, are fundamental components of the concept of a fair hearing within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention. However, the rights deriving from these principles are not absolute. The Court has already ruled on cases in which precedence was given to superior national interests when denying a party full adversarial proceedings and has recognised that the Contracting States had a certain margin of appreciation in this area (compare *Regner*, cited above, §§ 146-147).

87. It has also held that the entitlement to disclosure of relevant evidence is not an absolute right either. Only measures restricting the rights of a party to the proceedings which do not affect the very essence of those rights are permitted (*ibid*, § 148). In cases where evidence has been

withheld from the applicant party on public interest grounds, the Court must scrutinise the decision-making procedure to ensure that, as far as possible, it complied with the requirements to provide adversarial proceedings and equality of arms and incorporated adequate safeguards to protect the interests of the person concerned (*ibid*, § 149).

88. The Court notes that the applicant requested access to the guardianship case file only after the District Court's decision to impose the contact ban had already been taken. The District Court subsequently granted access only in respect of those parts of that file that it regarded as relevant for its decision. Those parts were presented to the applicant in the form of paper copies (see paragraph 32 above). The applicant therefore did not have access to the case file as such and as a whole. Moreover, he did not, bearing in mind the District Court's announcement regarding what evidence it would deem relevant when reaching its decision (see paragraph 24 above), have access to the expert opinions.

89. The Court takes note of the fact that the District Court indeed disclosed to a large extent the relevant documents. Where it did not, it at least disclosed summaries of the relevant information contained in such documents as were essential to the decision. The information disclosed amounted in total to some 150 pages.

90. With regard to the guardianship case file as a whole the Court is satisfied that the applicant had sufficient knowledge of the expert opinions in relation to V., which must have contained particularly sensitive information and which must at the same time have been of particular importance for the decision to impose a contact ban. The domestic courts had provided the applicant with an earlier ruling containing summaries of the expert opinions, as well as indications as to the conclusions that the court could draw from those opinions in respect of V.'s capacity to consent to the applicant's intimate advances.

91. The Court furthermore notes that the case file stemmed from and belonged to a broader framework – namely, the guardianship proceedings with highly personal information relating to V., in particular, information regarding her mental disability adduced during psychological and medical examinations of V. and detailed in expert opinions. The applicable domestic law restricts access to the file in so far as no conflict exists with the serious interests of another participant or of a third party (see paragraph 40 above). It was therefore aimed at protecting the personal data of particularly vulnerable people who are involved in guardianship proceedings in which a contact ban has been issued. There is nothing to indicate that the provision was applied arbitrarily *vis-à-vis* the applicant.

92. In these circumstances there is no indication that the restrictions imposed on the applicant's access to the contents of the guardianship case file were of such a nature as to impede

the essence of the applicant's ability to defend his position in relation to the proposed contact ban or that they were not supported by relevant and sufficient reasons.

93. The forgoing considerations are sufficient to enable the Court to conclude that the domestic courts' refusal to grant the applicant full access to the case file was not in breach of Article 6 of the Convention. Accordingly, there has been no violation of this provision.

(c) Personal hearing of the applicant

94. As regards the absence of a personal hearing the Court reiterates that, in proceedings before a court of first and only instance, the right to a "public hearing" within the meaning of Article 6 § 1 entails an entitlement to an "oral hearing" unless there are exceptional circumstances that justify dispensing with such a hearing. In proceedings before two instances, at least one instance must, in general, provide such a hearing if no such exceptional circumstances are at hand (*Fröbrich v. Germany*, no. 23621/11, § 34, 16 March 2017; *Salomonsson v. Sweden*, no. 38978/97, § 36, 12 November 2002).

95. The Court has identified such exceptional circumstances where there were no issues of credibility or contested facts and in cases raising purely legal or highly technical issues (*Ramos Nunes de Carvalho e Sá*, cited above, § 190 with further references). By contrast, it has found the holding of a hearing to be necessary in cases where there was a need to assess whether the facts were correctly established by the authorities, where the circumstances required the court to form its own impression of litigants by affording them a right to explain their personal situation or where the courts needed to obtain clarification on certain points, *inter alia*, by means of a hearing (*ibid*, § 191, with further references)

96. The Court notes that the District Court invited the applicant to submit written comments which the latter failed to do. Subsequently, in the appeal proceedings, the applicant requested a personal hearing, but the Regional Court rejected the request. It held that the applicant had been able to present his case sufficiently in writing. As such, the present case can be distinguished from cases where the domestic courts did not provide any reasons why they refused to hold an oral hearing (see *Mirovni Inštitut v. Slovenia*, no. 32303/13, § 44, 13 March 2018; *Pönkä v. Estonia*, no. 64160/11, §§ 37-40, 8 November 2016).

97. The Court is aware of the particular background of the guardianship proceedings against which, as the Government emphasized, the domestic courts' decision not to hear the applicant *in personam* had to been seen. It notes in this connection that V. who was primarily affected by the contact ban was personally heard by the District Court judge whereas the applicant's point of view, being one of other interests to be taken into account by the courts when examining the range of the guardian's right to determine V's contacts, carried lesser weight and

were reflected in his written submissions and the evidence referred to by the District Court (see paragraph 23 above).

98. The Court notes, however, that the contact ban was of a far-reaching nature. Moreover, the questions at the heart of the proceedings at issue entailed an assessment of the applicant's personality as well as of his relationship to V., the nature of which the applicant contested. The Court hence cannot but conclude that, even though the applicant had maintained his position to continue to have sexual contact with V. and even though the District Court had heard him personally throughout the guardianship proceedings (see paragraph 9 above), the issue in the proceedings was not purely legal and technical, but would have allowed the domestic courts to form their own impression of the applicant and the latter to explain his personal situation.

99. There have therefore been no exceptional circumstances that would have justified dispensing the domestic courts with a personal hearing of the applicant. Accordingly there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention in this respect.

(d) Overall conclusion

100. The Court therefore concludes that there has been no violation of Article 6 § 1 as regards the complaints relating to the evidentiary basis for the domestic court's decisions and their refusal to grant the applicant full access to the case-file, but that there had been a violation of this provision as regards the domestic court's refusal to hear the applicant orally.

I. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION

101. Article 41 of the Convention provides:

"If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party."

A. Damage

102. The applicant has claimed at least 12,000 euros (EUR) in damages and relied on having been separated from his life partner V. since September 2012, which was all the more burdensome in view of the fact that his son was unable to see his parents together.

103. The Government emphasised that only the applicant's access to V. was at stake and considered that the amount claimed appeared greatly exaggerated.

104. The Court notes that the applicant has not shown a causal link between the violation found and the reasons given for his claim of non-pecuniary damage. As regards the lack of an oral hearing of the applicant it finds that, in the particular circumstances of the case, the finding of a violation of Article 6 of the Convention is sufficient.

A. Costs and expenses

105. The applicant claimed EUR 35,761.74 (including VAT) for the costs and expenses incurred before the Court, comprising EUR 8,942.27 for legal representation before the District Court and the Court of Appeal, EUR 10,443.44 for legal representation before the Federal Constitutional Court, and a further EUR 14,700.67 for legal representation before this Court. He also claimed that he had incurred EUR 76 expenses for domestic court fees and EUR 1,599.36 for the translation of his submissions.

106. The Government considered that the costs and expenses were inappropriately high, in particular because they exceeded significantly the lawyer's fees which the domestic legal order allowed for (EUR 838.96 for representation before the District Court and the Court of Appeal, and EUR 490.38 each for representation before the Federal Constitutional Court and this Court).

107. According to the Court's case-law, an applicant is entitled to the reimbursement of costs and expenses only in so far as it has been shown that these have been actually and necessarily incurred and are reasonable as to quantum. Having regard to the documents in its possession and the above criteria and its case law in comparable cases (see *Madaus v. Germany*, no. 44164/14, § 46, 9 June 2016), the Court finds it reasonable to award EUR 500 in respect of costs and expenses relating to the proceedings before the domestic courts and EUR 2,500 in respect of costs and expenses relating to the proceedings before the Court.

A. Default Interest

108. The Court considers it appropriate that the default interest rate should be based on the marginal lending rate of the European Central Bank, to which should be added three percentage points.

FOR THESE REASONS, THE COURT

1. *Declares*, by a majority, the complaints concerning Article 6 of the Convention admissible;

2. *Declares*, by a majority, the complaints concerning Article 8 of the Convention inadmissible;

3. *Holds*, unanimously, that there has been no violation of Article 6 of the Convention as regards the evidential basis for the domestic courts' decisions;

4. *Holds*, unanimously, that there has been no violation of Article 6 of the Convention as regards the applicant's access to the guardianship case-file;

5. *Holds*, by four votes to three, that there has been a violation of Article 6 of the Convention as regards the absence of an oral hearing of the applicant;

6. *Holds*, unanimously, that the finding of a violation of Article 6 of the Convention constitutes sufficient just satisfaction in respect of non-pecuniary damage;

7. *Holds*, by four votes to three,

(a) that the respondent State is to pay the applicant, within three months from the date on which the judgment becomes final in accordance with Article 44 § 2 of the Convention, EUR 3,000 (three thousand euros), plus any tax that may be chargeable to the applicant, in respect of costs and expenses;

(b) that from the expiry of the above-mentioned three months until settlement simple interest shall be payable on the above amounts at a rate equal to the marginal lending rate of the European Central Bank during the default period plus three percentage points;

8. *Dismisses*, unanimously, the remainder of the applicant's claim for just satisfaction.

Done in English, and notified in writing on 28 May 2020, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court.ignature_p_1}

Claudia Westerdiek Yonko Grozev

Registrar President

In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the following separate opinions are annexed to this judgment:

(a) Partly dissenting opinion of Judge Grozev;

(b) Partly dissenting opinion of Judge Yudkivska;

(c) Dissenting opinion of Judge O'Leary partially joined by Judge

Додаток В

Справа «Новіков проти України»

ЄВРОПЕЙСЬКИЙ СУД З ПРАВ ЛЮДИНИ
ДРУГА СЕКЦІЯ
РІШЕННЯ ЩОДО ПРИЯТНОСТІ

заяви № 65514/01,

поданої Олександром Федоровичем Новіковим

проти України

Європейський суд з прав людини (друга секція) 17 вересня 2002 року на засіданні палати, до складу якої увійшли:

п. Й.-П. Коста, Головуючий,
п. А.Б. Бака,
п. Гаукура Йорундсон,
п. К. Юнґвірт,
п. В. Буткевич,
пані В. Томассен,
п. М. Уґрехелідзе, судді,
та пан Т.Л. Еарлі, помічник секретар секції,

розглянувши вищевказану заяву, подану 20 липня 2000 року, розглянувши зауваження Уряду держави-відповідача та зауваження, надані заявником у відповідь,

після обговорення виносить таке рішення:

Факти справи

Заявник, Олександр Федорович Новіков, є громадянином України, 1953 року народження, проживає в Бердичеві, Україна.

Факти справи, викладені заявником, можуть бути підсумовані таким чином.

До 1.09.1998 року заявник перебував на військовій службі як офіцер у військовій частині А-0241. Після звільнення він попросив виплатити йому надбавки за речове майно в сумі 1852,24 грн., а також середню заробітну плату, нараховану при звільненні.

У зв’язку з невиплатою зазначеної суми через відсутність коштів у травні 1999 року заявник подав в Бердичівський міський суд позов до військової частини А-0241 щодо виплати йому надбавки за речове майно та середньої заробітної плати.

Відповідно до рішення від 7.09.1999 року суд визнав правомірною частину вимог заявника і зобов'язав військову частину А-0241 виплатити заявнику відповідну суму, що відповідає сумі надбавки за речове майно. Суд відхилив позов заявника в частині виплати середньої заробітної плати, нарахованої при звільненні, оскільки відповідно до закону таке право не гарантоване військовослужбовцям.

20.09.1999 року суд направив до управління юстиції у м. Бердичеві виконавчий лист щодо виконання вищезгаданого судового рішення.

У період з вересня 1999 року по серпень 2000 року заявник направив кілька скарг до управління юстиції у м. Бердичеві щодо примусового виконання рішення суду від 7.09.1999 року, а також направив кілька скарг "в порядку нагляду" голові Верховного Суду України, вимагаючи перегляду рішення від 7.09.1999 року у частині виплати середньої заробітної плати.

У двох листах від 20.12.1999 року і 29.03.2000 року заступник директора управління юстиції у м. Бердичеві підтвердив, що військова частина А-0241 повинна виплатити заявнику суму 1 852,24 грн. Він також повідомив, що саме Міністерство оборони України повинне виплатити заявнику борг військової частини А-0241 через відсутність у останньої власних коштів.

29.02.2000 року заявник направив до Міністерства оборони України скаргу щодо примусового виконання судового рішення від 7.09.1999 року.

У листі від 3.07.2000 року директор фінансового департаменту Міністерства оборони України повідомив заявника, що виплата заборгованості у повному обсязі неможлива в зв'язку з тим, що Державне казначейство нерегулярно перераховує кошти на покриття поточних витрат міністерства.

13 серпня 2001 року заявник отримав відповідно до рішення Бердичівського міського суду від 7 вересня 1999 року суму 1 852, 24 грн., що становить надбавку за речове майно.

Скарги

Посилаючись на ст. 6 §1 Конвенції та ст.1 Протоколу 1, заявник скаржиться на невиконання рішення Бердичівського міського суду від 7.09.1999 року, відповідно до якого за заявником визнається його право на отримання надбавки за речове майно та відповідно до якого військова частина А-0241 повинна виплатити йому зазначену суму у повному обсязі. Він також скаржиться на відмову Бердичівського міського суду визнати за ним право на отримання середньої заробітної плати, нарахованої на момент звільнення.

Посилаючись на ст. 13 Конвенції, заявник скаржиться на те, що він не мав жодного "ефективного засобу" національного правового захисту, який би дозволив виправити порушення його права на виконання рішення суду, винесеного на користь заявника.

Питання права

У світлі статті 6 § 1 Конвенції та статті 1 Протоколу № 1 заявник скаржиться на невиконання рішення Бердичівського міського суду від 7 вересня 1999 року, яким було визнане його право на отримання надбавки за речове майно та яке зобов'язувало військову частину А-0241 виплатити йому цю суму у повному обсязі. Він скаржиться також на відмову Бердичівського міського суду визнати за ним право на отримання середньої заробітної плати, нарахованої на момент звільнення.

У відповідній частині статті 6 § 1 Конвенції встановлено таке:

"1. Кожна особа при визначені її цивільних прав і обов'язків має право на справедливий розгляд (…) впродовж розумного строку (..) незалежним і неупередженим судом"

Ст. 1 Протоколу № 1 передбачає таке:

"Кожна особа (…) має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений свого майна, інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом або загальними принципами міжнародного права."

Суд зазначає, що скарги заявника на підставі ст. 6 §1 Конвенції та ст.1 Протоколу 1 містять два аспекти, які він розгляне по черзі: перший стосується невиконання рішення Бердичівського міського суду віл 7 вересня 1999 року; другий стосується відмови Бердичівського міського суду визнати за ним право на отримання середньої заробітної плати, нарахованої на момент звільнення.

1. Щодо застосування ст. 6 § 1 Конвенції

У першу чергу Суд повинен встановити, чи з огляду на прецедентну практику можливо застосувати статтю 6 § 1 Конвенції (Пелегрен проти Франції [GC], № 28541/95, CEDH) до процедури виконання рішення Бердичівського міського суду від 7 вересня 1999 року, беручи до уваги військовий характер справи.

Уряд, посилаючись на рішення у справі "Пелегрен проти Франції", стверджує, що ст. 6 § 1 Конвенції не застосовується, оскільки справа стосується спору між військовослужбовцем та органом державної влади. Заявник не висловлюється з цього приводу.

Суд нагадує, що для того, щоб ст. 6 § 1 Конвенції могла бути застосована в її цивільній частині, необхідна наявність спору щодо "права" як такого, що визнане у

внутрішньому законодавстві. Повинно йтися про реальний та серйозний спір; він повинен стосуватися як самого права, так і його різновидів або моделей застосування. Крім цього, предмет провадження повинен напряму стосуватися відповідного права цивільного характеру. Суд відзначає, що в цій справі не дискутувалося, що мав місце спір стосовно права, визнаного внутрішнім законодавством, що спір був дійсним та серйозним і що предмет провадження напряму стосувався відповідного права цивільного характеру. Суд зауважує, що спір стосувався цивільного права за своєю суттю, тобто йшлося про спір між працівником та роботодавцем щодо умов розірвання трудового договору. Залишається з'ясувати, чи є право, про яке йдеться, "цивільним за характером" в розумінні ст. 6 § 1 Конвенції.

Суд нагадує, що існують обмеження щодо застосування ст. 6 § 1 Конвенції до спорів між державними службовцями, професійна діяльність яких має специфічний характер в рамках діяльності органу державної влади, де останній несе на собі частину державної влади, захищаючи загальні інтереси держави або інших органів державної влади. Прикладом такої діяльності є діяльність збройних сил та поліції. Суду необхідно перевірити, наскільки діяльність заявника включає, беручи до уваги виконання професійних обов'язків, пряму або непряму участь у реалізації державної влади та захисті загальних інтересів держави або інших органів державної влади.

Суд відзначає, що заявник проходив службу як кадровий офіцер у військовій частині та виконував обов'язки, пов'язані з захистом громадських інтересів. Однак на час спору заявник вже не виконував своїх професійних обов'язків. Зі звільненням він розірвав специфічний зв'язок з державою, який вимагав довіри, лояльності і пов'язував його з органом державної влади, та опинився в ситуації, яку можна порівняти зі статусом кредитора в приватному праві. Саме маючи цей статус, заявник розпочав спір проти органу державної влади перед національними судовими органами загальної юрисдикції з метою визнання свого права на отримання надбавки за речове майно та середньої заробітної плати, нарахованої на момент звільнення. За цих обставин та враховуючи суть спору між заявником та військовою частиною А- 0241, Суд вважає, що цей спір спрямований на захист права цивільного характеру в розумінні ст. 6 § 1 Конвенції. *(див. mutatis mutandis, № 58932/00, Погасій проти України, 28.5.2000)*

Залишається визначити, чи стаття 6 § 1 Конвенції може бути застосована до процедури виконання рішення Бердичівського міського суду від 7 вересня 1999 року. У зв'язку з цим Суд нагадує, що право на судовий розгляд було б примарним, якщо б внутрішня судова система Договірної Держави дозволила б, щоб остаточне та обов'язкове

судове рішення залишалось невиконаним відносно однієї із сторін і що виконання рішення або постанови будь якого органу судової влади повинно розглядатися як невід'ємна частина "процесу" в розумінні ст. 6 Конвенції. (Іммобільяре Саффі проти Італії, 22774/93, 28.07.1999, § 63; рішення Хорнсбі проти Греції від 19.03.1997, Збірник постанов та рішень 1997-II, p.510, § 40)

Суд вважає, що без сумніву процедура виконання рішення Бердичівського міського суду від 7 вересня 1999 року є складовою частиною спору між позивачем та військовою частиною А-0241. Він констатує, що стаття 6 § 1 Конвенції застосовується до питання, що розглядається.

2. Стосовно невиконання рішення Бердичівського міського суду від 7 вересня 1999 року

У своїх зауваженнях Уряд-відповідач наполягає на тому, що заявник не може більше вважатися жертвою згідно зі статтею 6 § 1 Конвенції та статтею 1 Протоколу № 1, оскільки рішення Бердичівського міського суду від 7 вересня 1999 року було виконане у повному обсязі.

Зі свого боку заявник підтверджує виконання рішення Бердичівського міського суду від 7 вересня 1999 року. Однак заявник стверджує, що він має право на отримання середньої заробітної плати, нарахованої на момент звільнення.

Суд нагадує свою прецедентну практику, відповідно до якої заявник, який отримує на внутрішньому рівні відшкодування шкоди за заявлене порушення Конвенції, більше не може вважатися "жертвою" порушення прав, передбачених Конвенцією, з боку однієї із договірних сторін (рішення "Еклє проти Німеччини" від 15.07.1982 року, серія А "51, стор. 30, 66).

Суд звертає увагу, що рішення у справі було повністю виконане, сума, встановлена у вищевказаному рішенні, була виплачена заявнику 13 серпня 2001 року. Виходячи з цього, Суд вважає, що заявник не може більше в сенсі ст. 34 Конвенції вважатися "жертвою" порушення права на виконання рішення на свою користь, як він про це стверджував на момент подання заяви до Суду. Суд вважає, що у цьому контексті ця частина скарги є необґрунтованою в сенсі ст. 35 § 3 та повинна бути відхилена відповідно до ст. 35 § 4 Конвенції.

3. Стосовно відмови Бердичівського міського суду визнати за заявником право на отримання середньої заробітної плати, нарахованої на момент звільнення.

Заявник наполягає на тому, що відповідно до внутрішнього законодавства він має право на отримання середньої заробітної плати, нарахованої йому на момент звільнення, і

що відмова Бердичівського міського суду визнати за ним це право є неправомірною. Уряд не висловлюється з цього приводу.

Суд нагадує, що відповідно до статті 35 § 1 Конвенції звернення до Суду повинні надсилатися не пізніше 6-ти місячного терміну з дати винесення остаточного внутрішнього судового рішення. Він нагадує, що, беручи до уваги прецеденту практику, звернення "в порядку нагляду" з метою перегляду судових рішень, які вступили в законну силу, не є фактом використання всіх засобів правового захисту у внутрішньому законодавстві в сенсі статті 35 Конвенції з огляду на те, що його реалізація залежить від дискреційних повноважень посадової особи *("Кучеренко проти України", № 41974/98, 4.5.1999)*.

Суд зауважує, що "остаточне внутрішнє рішення" в сенсі статті 35 § 1 Конвенції, відповідно до якого заявнику було відмовлено у праві отримати середню заробітну плату, нараховану на момент звільнення, було винесене 7 вересня 1999 року Бердичівським міським судом, тобто більше ніж за 6 місяців до дати подачі заяви, а саме 20 липня 2000 року. Скарги "в порядку нагляду", направлені заявником до Голови Верховного Суду України щодо перегляду рішення суду від 7 вересня 1999 року, не є фактом використання всіх засобів правового захисту у внутрішньому законодавстві в сенсі статті 35 § 1 Конвенції.

Суд вважає, що ця частина скарги була подана занадто пізно і повинна бути відхилена із застосуванням ст. 35 § 4 Конвенції.

2. Заявник також скаржиться у світлі статті 13 Конвенції, що він не мав жодного ефективного засобу правового захисту у внутрішньому законодавстві, який міг би поновити його порушене право щодо відсутності виконання рішення Бердичівського міського суду від 7 вересня 1999 року.

Стаття 13 Конвенції передбачає таке:

"Кожен, чиї права і свободи, викладені в цій Конвенції, порушуються, має право на ефективний засіб правого захисту у відповідному національному органі, навіть якщо таке порушення було вчинене особами, що діяли як офіційні особи".

Уряд-відповідач наполягає на тому, що беручи до уваги те, що стаття 6 §1 Конвенції не повинна застосовуватися в цій справі, стаття 13 також не повинна застосовуватися в цій справі, оскільки права, які вона гарантує, поглинаються положеннями статті 6 §1 Конвенції.

Уряд-відповідач зауважує, що у будь-якому випадку заявник мав у внутрішньому законодавстві "ефективний засіб" правового захисту, який дозволяв йому відновити своє порушене право щодо відсутності виконання судового рішення, винесеного на його користь. А саме, заявник міг би звернутися до суду зі скаргою на дії або бездіяльність

державного виконавця щодо виконання вищезгаданого судового рішення, що не було зроблено.

У свою чергу заявник наполягає на тому, що звернення до українських судових органів щодо оскарження дії або бездіяльності державних виконавців стосовно виконання судового рішення від 7 вересня 1999 року не мало б успіху. Виконання рішення мало місце лише після надіслання заяви до Українського уряду на комунікацію.

Суд нагадує свою прецедентну практику, що стаття 13 вимагає наявності внутрішнього правового засобу для захищених позовом скарг згідно з Конвенцією (див, наприклад, рішення "Какісі проти Туреччини" |GC| № 23657/94, 112, CEDH 1999-IV).

Отже, Суд відхилив кожну скаргу заявника як необґрунтовану або через перевищення 6-ти місячного терміну. Виходячи з цього, скарга на підставі статті 13 Конвенції є необґрунтованою в сенсі статті 35 § 3 Конвенції і повинна бути відхилена із застосуванням статті 35 § 4 Конвенції.

З цих підстав Суд одноголосно
Визнає заяву неприйнятною.

Т.І.Еарлі Й.-П. Коста
Секретар Президент