

НАУКОВИЙ ВИСНОВОК

ХАРКІВСЬКОГО НАЦІОНАЛЬНОГО УНІВЕРСИТЕТУ ВНУТРІШНІХ СПРАВ ДО ПРОЄКТУ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО КОДЕКСУ УКРАЇНИ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ЩОДО ВРЕГУЛЮВАННЯ ПИТАНЬ ІДЕНТИФІКАЦІЇ ТА ВЕРИФІКАЦІЇ ІНОЗЕМЦІВ ТА ОСІБ БЕЗ ГРОМАДЯНСТВА У РАЗІ ПОРУШЕННЯ ВИМОГ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ПРАВОВИЙ СТАТУС ІНОЗЕМЦІВ ТА ОСІБ БЕЗ ГРОМАДЯНСТВА» (РЕЄСТР. № 8154 ВІД 26.10.2022)

*Автор. кол.: Бугайчук К. Л., Федосова О. В., Матюшкова Т. П.,
Галкіна О. М., Абламська В. В., Прібиткова Н. О., Шатрава С. О.,
Джафарова О. В., Денищук Д. Є., Погорілець О. В.*

Метою проєкту Закону України «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо врегулювання питань ідентифікації та верифікації іноземців та осіб без громадянства у разі порушення вимог законодавства про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» (реєстр. № 8154 від 26.10.2022) визначено **«врегулювання питань фіксації біометричних даних таких осіб під час їх адміністративного затримання у разі порушення вимог законодавства про правовий статус іноземців та осіб без громадянства, визначення переліку державних органів, які мають здійснювати таку фіксацію, а також визначення, що порядок такої фіксації має бути встановлений Кабінетом Міністрів України».**

З цією метою авторами Законопроєкту № 8154 пропонується:

1) внести зміни до ч. 2 ст. 262 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП), визначивши, що «адміністративне затримання провадиться: органами внутрішніх справ (Національною поліцією) – при вчиненні дрібного хуліганства, вчиненні насильства в сім'ї, порушення порядку організації і проведення зборів, мітингів, вуличних походів і демонстрацій, при поширюванні неправдивих чуток, вчиненні злісної непокори законному розпорядженню чи вимозі поліцейського, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону, а також військовослужбовця чи образи їх, публічних закликів до невиконання вимог поліцейського, при прояві неповаги до суду, вчиненні незаконного доступу до інформації в автоматизованих системах, порушення правил про валютні операції, правил обігу наркотичних засобів або психотропних речовин, незаконного продажу товарів або інших предметів, дрібної спекуляції, торгівлі з рук у невстановлених місцях, при розпиванні спиртних напоїв у громадських місцях чи появі у громадських місцях у п'яному вигляді, що ображає людську гідність і громадську мораль, у випадках, коли є підстави вважати, що особа займається проституцією, при порушенні правил дорожнього руху, правил полювання, рибальства і охорони рибних запасів та інших порушень законодавства про охорону і використання тваринного світу, у разі порушення вимог законодавства про правовий статус іноземців та осіб без громадянства, а також в інших випадках, прямо передбачених законами України;

2) доповнити ч. 2 новим п. 8 ст. 262 КУпАП, встановивши, що «органи внутрішніх справ (Національна поліція), органи прикордонної служби, посадові особи, уповноважені на те центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сферах міграції (імміграції та еміграції), у тому числі протидії нелегальній (незаконній) міграції, громадянства, реєстрації фізичних осіб, зобов'язані під час адміністративного затримання іноземців та осіб без громадянства, відповідно до їх повноважень, встановлених пунктами 1, 2, 7 частини другої цієї статті, забезпечити фіксацію біометричних даних таких осіб у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України».

Отже, як зазначають автори у пояснювальній записці до Законопроєкту, саме з його прийняттям буде врегульовано питання фіксації біометричних даних таких осіб

під час їх адміністративного затримання в разі порушення вимог законодавства про правовий статус іноземців та осіб без громадянства, визначено перелік державних органів, які мають здійснювати таку фіксацію, а також визначено, що порядок такої фіксації має бути встановлений Кабінетом Міністрів України.

I. Аналіз правої основи здійснення фіксації біометричних даних іноземців та осіб без громадянства під час адміністративного затримання

Законом України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» від 22 вересня 2011 року № 3773-VI в ст. 3 встановлені засади правового статусу іноземців та осіб без громадянства, а саме:

– іноземці та особи без громадянства, які перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України;

– іноземці та особи без громадянства, які перебувають під юрисдикцією України, незалежно від законності їх перебування, мають право на визнання їх правосуб'єктності та основних прав і свобод людини;

– іноземці та особи без громадянства зобов'язані неухильно додержуватися Конституції та законів України, інших нормативно-правових актів, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей, інтереси суспільства та держави.

Відповідно до частин 2 та 3 ст. 9 цього ж Закону встановлено, що строк перебування іноземців та осіб без громадянства в Україні встановлюється візою, законодавством України чи міжнародним договором України. А також зазначено, що **іноземці та особи без громадянства під час проходження прикордонного контролю** у пунктах пропуску через державний кордон **зобов'язані подати свої біометричні дані для їх фіксації**.

Згідно з ч. 2 ст. 14 вказаного Закону зазначається, що іноземці та особи без громадянства в разі незаконного перетинання державного кордону України **поза пунктами пропуску через державний кордон України затримуються** та в разі, якщо порушення ними законодавства України не передбачає кримінальної відповідальності, повертаються до країни попереднього перебування у встановленому порядку.

Під час затримання органи охорони державного кордону забезпечують проведення **дактилоскопії**, а в разі потреби – **взяття інших біометричних даних іноземців та осіб без громадянства** відповідно до закону.

Згідно з п. 7 ст. 30 вказаного Закону центральний орган виконавчої влади, що реалізує **державну політику у сфері міграції (імміграції та еміграції)**, у тому числі протидії нелегальній (незаконній) міграції, громадянства, реєстрації фізичних осіб, біженців та інших визначених законодавством категорій мігрантів, орган Служби безпеки України або орган охорони державного кордону забезпечує проведення **дактилоскопії іноземців та осіб без громадянства, зазначених у ч. 1 цієї статті, а в разі потреби взяття інших біометричних даних** відповідно до закону.

Крім цього, у ст. 23 Закону зазначено, що нелегальні мігранти та інші іноземці та особи без громадянства, які вчинили кримінальні, адміністративні або інші правопорушення, несуть відповідальність відповідно до закону.

У розділі IV «Прикінцеві положення» вказується, що Закон України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» набирає чинності через два місяці з дня його опублікування, **крім ч. 2 ст. 9, ч. 3 ст. 14, ч. 7 ст. 30 цього Закону** щодо фіксації біометричних даних, які набирають чинності з початку функціонування **національної системи біометричної верифікації та ідентифікації громадян України, іноземців та осіб без громадянства**.

Постановою Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2017 року № 1073 було затверджено **Положення про національну систему біометричної верифікації та ідентифікації громадян іноземців та осіб без громадянства України**, що врегулювало порядок впровадження та функціонування національної системи біометричної верифікації та ідентифікації громадян України, іноземців та осіб без громадянства (далі – Національна система), а також визначило її структуру та призначення.

Національна система – це автоматизована система, створена в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини, за допомогою якої забезпечується встановлення особи іноземця та особи без громадянства, які в'їжджають в Україну, виїжджають з України, здійснення контролю за додержанням ними правил перебування на території України та виконання суб'єктами національної системи повноважень та завдань, визначених Законом України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства».

Суб'єктами Національної системи є Державна міграційна служба України (далі – ДМС України), Адміністрація **Державної прикордонної служби**, **Національна поліція**, Міністерство внутрішніх справ України, Міністерство закордонних справ України, закордонні дипломатичні установи, Міністерство інфраструктури України, Служба безпеки України, Служба зовнішньої розвідки та Міністерство оборони України.

Згідно з вимогами зазначеного Положення фіксація біометричних даних (параметрів) особи – це процес збору біометричних даних (параметрів) громадянина України, іноземця та особи без громадянства, внесення їх та зберігання у відомчих інформаційних системах суб'єктів національної системи.

Для біометричної ідентифікації особи взаємодія суб'єктів національної системи здійснюється у формі запитів та відповідей у вигляді наборів даних, які можуть містити інформацію про: прізвище, ім'я, по батькові (за наявності); дату народження; стать; місце народження; паспортний документ та його електронний вигляд; біометричні дані (параметри); перетин державного кордону; інші відомості.

Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 3 **Закону України «Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус»** від 20 листопада 2012 року № 5492-VI біометричні дані – це сукупність даних про особу, зібраних на основі фіксації її характеристик, що мають достатню стабільність та істотно відрізняються від аналогічних параметрів інших осіб (біометричні дані, параметри – відцифрований підпис особи, відцифрований образ обличчя особи, відцифровані відбитки пальців рук).

Постановою Кабінету Міністрів України від 18 жовтня 2017 року № 784, якою затверджено Порядок ведення Єдиного державного демографічного реєстру та надання з нього інформації, взаємодії між уповноваженими суб'єктами, а також здійснення ідентифікації та верифікації, зазначено, що під час здійснення ідентифікації іноземця або особи без громадянства перевіряється поданий ним паспортний документ іноземця – документ, виданий уповноваженим органом іноземної держави або статутною організацією ООН, що підтверджує громадянство іноземця, посвідчує особу іноземця або особу без громадянства, надає право на в'їзд або виїзд з держави і визнається Україною, вживаються заходи до встановлення громадянства, прізвища, імені, по батькові (у разі наявності), дати та місця народження іноземця або особи без громадянства.

У пункті 54 цього Порядку зазначено, що «ідентифікація та верифікація іноземців та осіб без громадянства, затриманих за незаконне перебування або порушення правил перебування в Україні, **які мають документи**, що посвідчують особу, передбачає, зокрема, здійснення таких заходів:

- 1) проведення перевірки тотожності обличчя особи та фотокартки, що міститься в паспортному документі;
- 2) проведення перевірки інформації про особу засобами Реєстру;

3) проведення у разі відсутності інформації про особу в Реєстрі перевірки, згідно з картотеками та базами даних розпорядника Реєстру, його територіальних органів/територіальних підрозділів;

4) сканування паспортного документа;

5) фотографування особи;

6) **отримання відцифрованих відбитків пальців рук особи».**

Крім цього, у п. 55 Порядку містяться норми, відповідно до яких «ідентифікація іноземців та осіб без громадянства, затриманих за незаконне перебування або порушення правил перебування в Україні, **в яких відсутні документи**, що посвідчують його особу, передбачає, зокрема, здійснення таких заходів:

1) опитування з метою встановлення прізвища, імені, по батькові (у разі наявності), місця народження, віку, країни походження особи;

2) проведення перевірки інформації про особу засобами Реєстру;

3) проведення у разі відсутності інформації про особу в Реєстрі перевірки згідно з картотеками та базами даних розпорядника Реєстру;

4) фотографування особи;

5) **отримання відцифрованих відбитків пальців рук особи».**

Крім цього, зазначається, що з метою здійснення ідентифікації особи може використовуватися програмно-апаратний комплекс розпізнавання обличчя, який ідентифікує особу шляхом співставлення отриманого відцифрованого зображення особи з відцифрованим образом обличчя особи, що зберігається Реєстрі.

Закон України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» передбачає подання іноземцями та особами без громадянства біометричних даних у п'яти випадках:

– під час подання заяви про визнання особою без громадянства;

– під час оформлення віз;

– у разі примусового видворення;

– під час прикордонного контролю в разі в'їзду в Україну;

– у разі затримання за незаконне перетинання державного кордону України.

Щодо отримання біометричних даних іноземців та осіб без громадянства в інших випадках, таких як добровільне повернення, примусове повернення, реадмісія тощо, норми цього Закону прямо не передбачають.

Звертаємо увагу, що **фіксація біометричних даних на кордоні** – це процедура перевірки біометричних даних іноземців та осіб без громадянства, що здійснюється Державною прикордонною службою України в пунктах пропуску через державний кордон України. Це одна із підсистем відомчої автоматизованої системи прикордонного контролю з метою забезпечення національної безпеки України.

30 серпня 2017 року видано Указ Президента України «Про рішення Ради національної безпеки та оборони України від 10 липня 2017 року “Про посилення контролю за в'їздом в Україну, виїздом з України іноземців та осіб без громадянства, додержання ними правил перебування на території України”» № 256, де вказано, що з 1 січня 2018 року в пунктах пропуску через кордон (пунктах контролю, КПВВ з ТОТ АРК) здійснюється фіксація біометричних даних іноземців та осіб без громадянства під час прикордонного контролю.

Фіксація біометричних матеріалів здійснюється з метою посилення контролю за в'їздом та виїздом іноземців, додержання ними правил перебування на території України та з метою посилення національної безпеки.

У пункті 6 ст. 19 Закону України «Про Державну прикордонну службу України» зазначено, що до обов'язків Державної прикордонної служби України належить «здійснення фіксації біометричних даних іноземців та осіб без громадянства під час здійснення прикордонного контролю в пунктах пропуску через державний кордон та у контрольних пунктах в'їзду – виїзду».

Наказом Міністерства внутрішніх справ України від 24 квітня 2019 року № 310 затверджено Порядок фіксації біометричних даних іноземців та осіб без громадянства під час прикордонного контролю в пунктах пропуску (пунктах контролю) через державний кордон та у контрольних пунктах в'їзду – виїзду, а також **здійснення провадження в справах про адміністративні правопорушення.**

Порядок визначає механізм фіксації службовими особами Державної прикордонної служби України біометричних даних іноземців та осіб без громадянства. Також, згідно з вимогами п. 5 розділу I вказаного Наказу, фіксація біометричних даних здійснюється: 1) під час прикордонного контролю в пунктах пропуску (пунктах контролю) через державний кордон, контрольних пунктах в'їзду – виїзду; 2) під час адміністративного затримання органами (підрозділами) охорони державного кордону.

Фіксація біометричних даних іноземців під час здійснення провадження в справах про адміністративні правопорушення здійснюється шляхом сканування усіх пальців обох рук іноземців, затриманих в адміністративному порядку органами (підрозділами) охорони державного кордону.

Фіксацію біометричних даних іноземців, затриманих в адміністративному порядку органами (підрозділами) охорони державного кордону, проводить службова особа, яка затримала іноземця в адміністративному порядку, про що склала протокол про адміністративне затримання.

У статті 204¹ Кодексу України про адміністративні правопорушення визначено, що: «Незаконне перетинання державного кордону або спроба незаконного перетинання державного кордону України – це перетинання або спроба перетинання державного кордону України будь-яким способом поза пунктами пропуску через державний кордон України або в пунктах пропуску через державний кордон України без відповідних документів або з використанням підробленого документа чи таких, що містять недостовірні відомості про особу, чи без дозволу відповідних органів влади».

Протоколи про такі адміністративні правопорушення мають право складати уповноважені на те посадові особи органів **Національної поліції, органів Держприкордонслужби України**, військовослужбовці та працівники Держприкордонслужби під час безпосереднього виконання ними визначених законодавством України завдань (ст. 255 КУпАП).

Відповідно до **наказу МВС України «Про затвердження Інструкції з оформлення посадовими особами Державної прикордонної служби України матеріалів справ про адміністративні правопорушення» від 18 вересня 2013 року № 898** про факт затримання іноземця на строк, що перевищує три години, орган охорони державного кордону впродовж доби з моменту затримання повідомляє акредитоване в Україні дипломатичне представництво або консульську установу держави, громадянином якої є затримана особа.

За відсутності на території України акредитованого представництва такої держави, а також у разі затримання особи без громадянства інформація надсилається до Департаменту консульської служби Міністерства закордонних справ України за підписом відповідного начальника органу охорони державного кордону чи командира загону морської охорони.

Іноземці, які відповідно до статей 260, 263 КУпАП підлягають затриманню в адміністративному порядку для встановлення їх особи, перед початком оформлення матеріалів справ про адміністративне правопорушення анкетуються уповноваженою посадовою особою з використанням зразків анкет, визначених дипломатичним представництвом або консульською установою держави, громадянами якої вони є, **а також проходять дактилоскопіювання.**

Зазначимо також, що **наказом Міністерства внутрішніх справ України від 23 листопада 2018 року № 944** затверджена Інструкція про порядок фіксації біометричних

даних (параметрів) іноземців та осіб без громадянства посадовими особами **Державної міграційної служби України**, її територіальних органів і територіальних підрозділів, яка визначає порядок фіксації біометричних даних (параметрів) іноземців та осіб без громадянства посадовими особами Державної міграційної служби України, її територіальних органів і територіальних підрозділів під час виконання повноважень і завдань, визначених законами України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту».

Фіксацію біометричних даних (параметрів) іноземців посадові особи органів ДМС України здійснюють тільки для цілей та у випадках, визначених пунктами 4, 5 цієї Інструкції, а саме:

– фіксація біометричних даних (параметрів) іноземців здійснюється з метою ідентифікації, верифікації та встановлення особи для протидії нелегальній міграції, а також виконання органами ДМС України повноважень, визначених статтями 25, 26, 30 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» та ст. 7 Закону України «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або тимчасового захисту» (п. 4 Інструкції);

– фіксацію біометричних даних (параметрів) посадові особи органів ДМС України здійснюють: 1) у разі подання іноземцем заяви про визнання біженцем або особою, яка потребує додаткового захисту; 2) у разі подання іноземцем заяви про добровільне повернення в країну походження або третю країну; 3) щодо іноземців, зазначених у ч. 1 ст. 30 Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства»; 3) **для ідентифікації та верифікації іноземців, затриманих за незаконне перебування або порушення правил перебування в Україні** (п. 5 Інструкції).

Згідно з положеннями ст. 222² КУпАП центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сферах міграції (імміграції та еміграції), у тому числі протидії нелегальній незаконній міграції, громадянства, реєстрації фізичних осіб, розглядає справи про адміністративні правопорушення, пов'язані з порушенням законодавства про паспорт громадянина України, паспорт громадянина України для виїзду за кордон, законодавства про перебування в Україні іноземців та осіб без громадянства, про транзитний проїзд через територію України, а також питання щодо реєстрації місця проживання (статті 197–201, ч. 1 ст. 203, статті 204, 205, 206 КУпАП).

Від імені центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сферах міграції (імміграції та еміграції), у тому числі протидії нелегальній (незаконній) міграції, громадянства, реєстрації фізичних осіб, розглядати справи про адміністративні правопорушення і накладати адміністративні стягнення мають право керівник, заступники керівника центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сферах міграції (імміграції та еміграції), у тому числі протидії нелегальній (незаконній) міграції, громадянства, реєстрації фізичних осіб, інші уповноважені керівником посадові особи цього органу.

Наказом Міністерства внутрішніх справ України від 28 серпня 2013 року № 825 року затверджена Інструкція з оформлення матеріалів про адміністративні правопорушення Державною міграційною службою України (далі – Інструкція). Згідно з п. 2.11 розділу II зазначеної Інструкції «під час складання протоколу про затримання іноземця або особи без громадянства уповноважена посадова особа здійснює заходи з ідентифікації та верифікації особи відповідно до Порядку ведення Єдиного державного демографічного реєстру та надання з нього інформації, взаємодії між уповноваженими суб'єктами, а також здійснення ідентифікації та верифікації, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 18 жовтня 2017 року № 784».

З урахуванням викладеного маємо зазначити, що **питання фіксації біометричних даних іноземців та осіб без громадянства під час їх адміністративного затримання, визначення порядку такої фіксації, а також визначення переліку державних**

органів, які мають здійснювати таку фіксацію, вже відображені у нормах законодавства, однак в цьому питанні вони чітко визначають лише повноваження органів (підрозділів) охорони державного кордону, Державної прикордонної служби, Державної міграційної служби, натомість повноваження Національної поліції не виписані належним чином.

Одним із повноважень Національної поліції, що закріплені у п. 45 ч. 1 ст. 23 **Закону України «Про Національну поліцію»** від 2 липня 2015 року № 580-VIII є «збирання біометричних даних осіб, у тому числі шляхом дактилоскопіювання, у випадках, передбачених Кримінальним процесуальним кодексом України».

Згідно з п. 7 ч. 1 ст. 26 Закону України «Про Національну поліцію» поліція засобами інформаційно-комунікаційної системи наповнює та підтримує в актуальному стані реєстри та бази (банки) даних, що входять до єдиної інформаційної системи Міністерства внутрішніх справ України, стосовно осіб, до яких поліцією застосовано **адміністративне затримання**, затримання в порядку, передбаченому Кримінальним процесуальним кодексом України, або інше законне затримання; осіб, підданих адміністративному арешту, домашньому арешту; осіб, яким повідомлено про підозру в учиненні кримінального правопорушення.

Пункт 2 ч. 2 ст. 26 Закону України «Про Національну поліцію» визначено, що «при наповненні реєстрів та баз (банків) даних, визначених у п. 7 ч. 1 цієї статті, **поліція забезпечує збирання, накопичення мультимедійної інформації (фото, відео, звукозаписи) та біометричних даних (відцифрований образ обличчя особи, відцифровані відбитки пальців рук, дактилокартки)**. Збирання, накопичення, зберігання, використання та знищення біометричних даних здійснюються відповідно до вимог закону в порядку, встановленому Міністерством внутрішніх справ України».

Слід взяти до уваги, **що вказані положення** були внесені на підставі прийняття Закону України «Про внесення змін до законів України “Про Національну поліцію” та “Про Дисциплінарний статут Національної поліції України” з метою оптимізації діяльності поліції, у тому числі під час дії воєнного стану» від 15 березня 2022 року № 123-IX та **діють тимчасово, на період введення в Україні воєнного стану**, здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації та/або інших держав проти України та 60 днів після цього.

Враховуючи той факт, що норми Закону України «Про Національну поліцію» є тимчасовими, а також не містять чіткої норми щодо фіксації біометричних даних іноземців та осіб без громадянства під час їх адміністративного затримання, визначення порядку такої фіксації, то це питання потребуватиме подальшого нормативно-правового врегулювання.

II. Огляд процедури збору і використання біометричних даних у зарубіжних країнах

1. Процедура збору і використання біометричних даних у Європі

Найвідомішими в Європі правилами є Директива 95/46/ЄС Європейського Парламенту і Ради Європи «Про захист фізичних осіб при обробці персональних даних і про вільне переміщення таких даних» від 24 жовтня 1995 року (далі – Директива), яка застосовувалася до GDPR, а також GDPR (The General Data Protection Regulation, 2016/Загальний регламент захисту даних для європейських держав-членів), який застосовується з 25 травня 2018 року. Організації, які не є членами ЄС, підпадають під дію GDPR, коли вони обробляють персональні дані суб'єктів даних ЄС. Фактично це робить GDPR глобальним законом.

GDPR (§1 ст. 9) спеціально вирізняє біометричні дані як «чутливу» категорію особистої інформації, гарантуючи надійний захист. GDPR визначає біометричні дані доволі широко, у багатьох випадках вимагає оцінки впливу на конфіденційність для їх обробки та надає державам-членам можливість здійснювати різні варіанти захисту біометричних даних.

На відміну від Директиви, GDPR спеціально визнає біометричні дані як підмножину чутливих персональних даних, які вважаються «чутливою категорією персональних даних». Зокрема, GDPR визначає біометричні дані як «персональні дані, отримані в результаті специфічної технічної обробки, що стосується фізичних, фізіологічних чи поведінкових характеристик фізичної особи, які дозволяють або підтверджують унікальну ідентифікацію цієї фізичної особи, наприклад, зображення обличчя або дактилоскопічні дані (відбитки пальців)».

Загалом GDPR було встановлено дві категорії біометричних даних. По-перше, інформація, що стосується тілесних характеристик (фізичні або фізіологічні особливості людини: обличчя, відбитки пальців, сканування райдужної оболонки ока тощо). По-друге, інформація, що стосується поведінки людини (будь-які поведінкові характеристики людини, які є унікальними, завдяки чому є можливість ідентифікації людини). **На жаль, конкретизація в правилах відсутня.**

Важливим добутком GDPR є те, що суб'єкт даних має право відкликати свою згоду в будь-який час, тобто має право бути забутих. Стрімкий розвиток біометричних технологій, невідповідність, пов'язана з поводженням з біометричними даними GDPR, а також **можлива розбіжність підходів держав – членів ЄС до біометричних даних вимагатиме більшої уваги та обережності контролерів даних.**

Варто зазначити, що у квітні 2019 року Європарламент схвалив створення однієї з найбільших у світі біометричної бази даних. Нова база даних називатиметься Common Identity Repository (CIR) і буде призначена для об'єднання записів понад 350 млн осіб.

2. Щодо використання біометричних даних у США

У Сполучених Штатах Америки не існує єдиного, всебічного федерального закону, який регулював би збір та використання біометричних даних. Однак, окрім директив Президента, існує доволі значна кількість законів, які регулюють зазначені правовідносини в США, серед них:

- Закон про захист користувачів кабельних мереж (The Cable Television Consumer Protection and Competition Act, 1992);
- Закон про захист конфіденційності відеоматеріалів (The Video Privacy Protection Act, 1980);
- Закон про конфіденційність (The Privacy Act, 1974);
- Закон про надання кредитної інформації про покупця (The Fair Credit Reporting Act, 1970);
- Закон про право на фінансову приватність (The Right to Financial Privacy Act, 1978);
- Закон про свободу інформації (The Freedom of Information Act, 1996);
- BIPA (Biometric Information Privacy Act, passed by Illinois (2008), Texas, Washington, Michigan, New Hampshire, Alaska, Montana) – найсуворіший у США закон, який вимагає, щоб люди та організації обробляли біометричні дані, як і всі персональні дані, із заходами безпеки, відповідними шкоді, яку може заподіяти втрата цих даних;
- CCPA (California Consumer Privacy Act, 2018/Каліфорнійський закон про конфіденційність споживачів) набув чинності з 1 січня 2020 року.

CCPA часто подається як потенційна модель закону про конфіденційність даних США. Фактично за рівнем впливу CCPA може стати як другий GDPR. Проте цей закон підвищує права на конфіденційність та захист споживачів для жителів штату Каліфорнія. Можна сказати, що тлумачення біометричних даних CCPA більш розширене, якщо порівнювати з GDPR. Це «фізіологічні, біологічні та поведінкові особливості індивіда, включаючи ДНК індивіда, які можуть використовуватися окремо або у поєднанні один з одним чи з іншими ідентифікаційними даними для встановлення особи індивіда».

Зазначимо, що права, надані CCPA споживачам штату Каліфорнія на захист їхньої особистої інформації та біометричних даних, стосуються можливості видалення отриманих даних (право бути забутих); доступу до даних (право на розголошення або доступ);

отримання даних (можливість перенесення даних, тобто дані повинні бути отримані в поширеному, загальнозживаному форматі); вимоги до компанії не продавати свою особисту інформацію; відмови від участі («Погодження» є основним стандартом згоди, дозволим європейським GDPR); застосування дії (застосування штрафних санкцій).

Варто звернути увагу на низку постанов у Сан-Франциско (штат Каліфорнія, травень 2019 року), Сомервілі (штат Массачусетс, червень 2019 року), Окленді (штат Каліфорнія, 2019 року), відповідно до яких міста вирішили заборонити застосування технології розпізнавання обличчя, зокрема поліцією.

Неможливо не згадати, що найбільшу біометричну базу даних у світі має Індія (до найбільшої у світі біометричної бази даних входить понад 90 % населення країни, а біометрія використовується всюди) – UIDAI (Unique Identification Authority of India). Унікальний персональний номер, що присвоюється системою, має назву AADHHAAR.

3. Щодо використання біометричних даних в Україні

В Україні питання збору, використання та обробки біометричних даних регулюється низкою нормативних актів, серед яких: Цивільний кодекс України; закони України «Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус», «Про захист персональних даних», «Про інформацію», «Про правовий статус іноземців і осіб без громадянства», «Про біженців та осіб, які потребують додаткового або особливого захисту»; Положення про національну систему біометричної верифікації та ідентифікації громадян України, іноземців та осіб без громадянства, затверджене Постановою Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2017 року № 1073; Інструкція про порядок фіксації біометричних даних (параметрів) іноземців та осіб без громадянства посадовими особами Державної міграційної служби України, її територіальних органів і територіальних підрозділів, затверджена наказом Міністерства внутрішніх справ України від 23 листопада 2018 року № 944 та ін.

Слід зазначити, що українське законодавство значно вужче захищає права українських громадян, якщо порівнювати з GDPR, ВІРА і ССРА, у результаті чого можливі зловживання.

Хоча біометричні технології спрощують автентифікацію та мали б посилювати захист, **фактичний збір і зберігання даних створюють нові загрози для нашої безпеки та водночас є причиною виникнення нових проблем (конфіденційності щодо збору та зберігання біометричних даних)**. Все частіше мають місце випадки викрадення та/або втрати біометричних даних.

4. Щодо важливості дотримання правової визначеності при внесенні змін до нормативних актів щодо використання біометричних чи персональних даних особи

Європейська Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 4 листопада 1950 року (далі – Конвенція) була ратифікована Законом України від 17 липня 1997 року № 475/97-ВР та, відповідно до ст. 9 Конституції України, є частиною національного законодавства.

Стаття 8 Конвенції передбачає, що кожен має право на повагу до свого приватного і сімейного життя, до свого житла і кореспонденції. Органи державної влади не можуть втручатись у здійснення цього права, за винятком випадків, коли втручання здійснюється згідно з 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.

Приватне життя «охоплює право особи формувати та розвивати відносини з іншими людьми, включаючи відносини професійного чи ділового характеру» (див. п. 25 рішення Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) у справі «С. проти Бельгії» від 7 серпня 1996 року (Reports 1996)).

Стаття 8 Конвенції «захищає право на розвиток особистості та право формувати і розвивати відносини з іншими людьми та навколишнім світом» (п. 61 рішення ЄСПЛ у справі «Преті проти Сполученого Королівства» (справа № 2346/02, ECHR 2002 та п. 65. рішення ЄСПЛ у справі «Олександр Волков проти України» (заява № 21722/11)).

Перелік підстав, які становлять легітимну мету обмежень прав і свобод особи, є вичерпним. Свобода розсуду держав щодо встановлення обмежень є вузькою. Проте слід оцінити, чи передбачене законом таке обмеження, чи відповідає обмеження «нагальній суспільній потребі», тобто чи є воно необхідним у демократичному суспільстві і чи відповідає воно легітимній меті (наприклад, рішення ЄСПЛ у справі «Свято-Михайлівська парафія проти України» від 14 червня 2007 року). Встановлення обмежень законом передбачає чіткість і доступність закону, що встановлює такі обмеження. Кожна людина повинна мати відповідне уявлення про норми, які можуть бути застосовані щодо її відповідного права.

Вимога чіткого закону, який передбачає обмеження права, має ту саму мету – кожна людина повинна мати можливість передбачити наслідки своєї поведінки. Рівень чіткості, який вимагається від національного законодавства, яке в будь-якому разі не може передбачати усі можливі випадки, багато в чому залежить від змісту відповідного акта, сфери, яку він регулює, чисельність й статусу тих, кому він адресований (див. рішення ЄСПЛ у справі «Гропера Радіо та інші проти Швейцарії» від 28 березня 1990 року).

Тобто, будь-яке обмеження прав і свобод особи повинно бути чітким та законодавчо визначеним.

Крім того, відповідно до ст. 14 Конвенції користування правами та свободами, визнаними в цій Конвенції, має бути забезпечене без дискримінації за будь-якою ознакою – статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, незалежності до національних меншин, майнового стану, народження, або за іншою ознакою.

Тобто звідси випливає, що законодавець, ухвалюючи закон, яким вносить зміни, має дотримуватись вимог, за якими такі зміни повинні бути зрозумілими і такими, що можна виконати, не мати подвійного тлумачення, не звужувати права громадян у спосіб, не передбачений Конституцією України та не допускати жодної дискримінації.

Заходи щодо запровадження паспортно-візових документів нового покоління та збереження персональних, зокрема і біометричних даних, мають декілька аспектів: цивільно-гуманітарний, суспільно-політичний і технологічний. Цілком зрозуміло, що в сучасному все більш глобалізованому світі введення ідентифікаційних документів нового покоління створює більш сприятливі умови для переміщення людей, тобто зростання кількості людей, що приїжджають з одних країн до інших.

Причому важливою особливістю цієї тенденції є те, що застосування біометричних ідентифікаційних технологій дозволяє контролювати міграційні потоки і, як наслідок, більш ефективно протидіяти нелегальній імміграції, наркотрафіку, різним виявам міжнародного тероризму та транскордонної злочинності.

Водночас не можна цілком ігнорувати той факт, що частина членів громадянського суспільства висловлює протест проти внесення в ідентифікаційні документи їх особистих біометричних та інших персональних даних. У цих умовах дуже потрібна послідовна та переконлива роз'яснювальна робота, яка спрямована на формування позитивної громадської думки з цієї проблеми і яка повинна бути підкріплена відповідними законодавчими актами.

У зв'язку із цим необхідно встановити такі правові норми, які б забезпечили надійний захист і безпеку зберігання персональної інформації і не завдали б шкоди основним правам і свободам громадян.

У світі протестів частини громадянського суспільства проти внесення в ідентифікаційні документи їхніх особистих біометричних та інших персональних даних корисною є інформація про те, що **Суд Європейського Союзу в Брюсселі визнав законним внесення в біометричні паспорти відомостей про відбитки пальців.**

III. Пропозиції та зауваження до змісту Законопроєкту № 8154

1. Детальний аналіз матеріалів Законопроєкту № 8154 змусив звернути увагу на те, що за основу автори взяли застарілу редакцію ст. 262 КУпАП «Органи (посадові особи), правомочні здійснювати адміністративне затримання», що свідчить про **неуважність при його підготовці та потребує обов'язкового виправлення.**

Так, під час переліку правопорушень доцільно вживати чинні норми КУпАП. У зв'язку із цим потрібно замінити:

– «вчиненні насильства в сім'ї» на «вчиненні домашнього насильства» та додати «насильства за ознакою статі»;

– перед назвою правопорушення «при появі неповаги до суду» необхідно вставити такі норми: «при порушенні призовниками, військовозобов'язаними, резервістами правил військового обліку, порушенні законодавства про оборону, мобілізаційну підготовку та мобілізацію»;

– замість «дрібноі спекуляції» треба писати «дрібноі крадіжки».

2. З метою врегулювання питання щодо фіксації біометричних даних іноземців та осіб без громадянства під час їх адміністративного затримання в разі порушення вимог законодавства про правовий статус іноземців та осіб без громадянства авторами Законопроєкту № 8154 запропоновано внести зміни до п. 1 ч. 1 ст. 262 КУпАП «Органи (посадові особи), правомочні здійснювати адміністративне затримання», шляхом заміни такого нормативного положення, як *«при порушенні правил перебування іноземців та осіб без громадянства в Україні і транзитного проїзду через територію України»* на *«у разі порушення вимог законодавства про правовий статус іноземців та осіб без громадянства»*.

Одразу зазначимо, що пояснювальна записка до Законопроєкту № 8154 не містить обґрунтування таких змін.

Крім того, щоб виходити з такими правовими пропозиціями до КУпАП, а саме заміни у ч. 1 ст. 262 нормативного положення *«при порушенні правил перебування іноземців та осіб без громадянства в Україні і транзитного проїзду через територію України»* на *«у разі порушення вимог законодавства про правовий статус іноземців та осіб без громадянства»*, потрібні відповідні зміни до базових законів у цьому питанні, а саме: законів України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», «Про Національну поліцію», «Про Державну прикордонну службу України», «Про прикордонний контроль», «Про захист персональних даних», «Про громадянство України», «Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус».

На тепер їх норми відповідають ч. 1 ст. 262 КУпАП, у якій використовують вираз *«при порушенні правил перебування іноземців та осіб без громадянства в Україні і транзитного проїзду через територію України»*.

3. У зв'язку із цим вважаємо доцільним звернути увагу на те, що на сайті Верхової Ради України зареєстрований проєкт Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо врегулювання питань ідентифікації та верифікації громадян України, іноземців та осіб без громадянства» (реєстр. № 8151 від 24.10.2022), який **підготовлений тим же колективом авторів і який за своїм змістом є пов'язаним** із проєктом Закону України «Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення» щодо врегулювання питань фіксації біометричних даних іноземців та осіб без громадянства під час їх адміністративного затримання у разі порушення вимог законодавства про правовий статус іноземців та осіб без громадянства

(реєстр. № 8154 від 26.10.2022), **однак в пояснювальних записках до них це, на жаль, не зазначається.**

Метою Законопроекту № 8151 є комплексне урегулювання питань ідентифікації громадян України, іноземців та осіб без громадянства за їх біометричними даними. Для цього пропонується внести зміни до законів України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», «Про громадянство України», «Про Державну прикордонну службу України», «Про прикордонний контроль», «Про Національну поліцію», «Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус».

Положення зазначених **законів України**, як зазначено у пояснювальній записці до Законопроекту № 8151, **потребують узгодження з відповідними положеннями Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» щодо кореспондування обов'язків іноземців та осіб без громадянства щодо подання біометричних даних з повноваженнями органів охорони державного кордону та органів Національної поліції проводити фіксацію (обробку) біометричних даних.** Станом на сьогодні питання біометричної ідентифікації та верифікації громадян України, іноземців та осіб без громадянства врегульовані лише частково.

Оскільки, відповідно до п. 1 «Прикінцевих положень» Закону України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», фіксація біометричних даних іноземців та осіб без громадянства прямо пов'язана з функціонуванням Національної системи, **потребують врегулювання питання ідентифікації іноземців та осіб без громадянства саме її засобами.**

Станом на сьогодні Закон України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» не регулює: як саме застосовується Національна система для проведення ідентифікації іноземців та осіб без громадянства; питання використання шаблонів біометричних даних з метою ідентифікації особи іноземця чи особи без громадянства; можливість використання біометричних даних чи їх шаблонів Національною поліцією, якщо ідентифікація іноземця чи особи без громадянства є необхідною під час виконання поліцією її повноважень, наприклад під час здійснення досудового розслідування тощо.

Законопроектом № 8151 пропонується доповнити Закон України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства» новим розділом, визначити в ньому мету надання біометричних даних і встановити перелік випадків обов'язкового їх надання іноземцями. Такі заходи, вважають автори документа, враховуватимуть захист їхніх прав, але забезпечать інтереси національної безпеки України.

Враховуючи викладене, маємо зазначити, що **внесення саме цих змін до законодавства, пропонованих Законопроектом № 8151, є тим правовим підґрунтям, на базі якого можна буде пропонувати зміни до Кодексу України про адміністративні правопорушення, передбачені Законопроектом № 8154.** І саме тому Законопроект № 8151 є базовим у викладених авторами пропозицій, а Законопроект № 8154 є похідним від нього. Однак цей аспект авторами законопроектів не було вказано у матеріалах до жодного із зазначених документів, що потребує виправлення.

З метою якісної підготовки матеріалів законопроектів та враховуючи важливість окресленого питання необхідно, щоб ці законопроекти розглядалися одночасно і це обов'язково потрібно відобразити у пояснювальних записках до них обох.

Крім цього, важливе значення матиме узгодженість пропонованих вказаними законопроектами правових норм між собою.

Висновок

Внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо врегулювання питань фіксації біометричних даних іноземців та осіб без громадянства

під час їх адміністративного затримання у разі порушення вимог законодавства про правовий статус іноземців та осіб без громадянства, висловлених у Законопроекті № 8154, **доцільно розглядати лише після затвердження змін** до законів України «Про правовий статус іноземців та осіб без громадянства», «Про громадянство України», «Про Державну прикордонну службу України», «Про прикордонний контроль», «Про Національну поліцію», «Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус», запропонованих у Законопроекті № 8151, а також після доопрацювання матеріалів законопроектів, з урахуванням висловлених пропозицій та зауважень.