

Олександр Старенький

Київський національний університет імені Тараса Шевченка, Україна

ОТРИМАННЯ ДОКАЗІВ ЗАХИСНИКОМ У ДОСУДОВОМУ РОЗСЛІДУВАННІ ШЛЯХОМ ЗАСТОСУВАННЯ ТИМЧАСОВОГО ДОСТУПУ ДО РЕЧЕЙ І ДОКУМЕНТІВ

Oleksandr Starenkyi

Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine

OBTAINING OF EVIDENCE BY DEFENDER IN PRE-TRIAL INVESTIGATION APPLYING TEMPORARY ACCESS TO OBJECTS AND DOCUMENTS

Based on our analysis of provisions of existing Ukrainian legislation, materials of criminal proceedings, and surveys of practitioners, the article highlights problematic issues of obtaining evidence by defender in pre-trial investigation through the use of temporary access to objects and documents. It was established that petitions of defender for temporary access to documents and objects are rare.

It was noted that Ukrainian legislation does not provide the procedure for storage of physical evidence by defender. The availability of this legislative omission leads to the fact that some defenders who have little experience of legal practice, because of their low professional experience, may damage and in some cases destroy and delete their property. Problematic issues of defender's temporary access to objects and documents containing state secrets were considered, and provided with scientific and reasonable proposals to address them.

Key words: defender, evidence, pre-trial investigation, temporary access to objects and documents.

Одним із засобів отримання доказів захисником у досудовому розслідуванні є тимчасовий доступ до речей і документів (глава 15 КПК України). Варто зазначити, що закріплення в КПК України норми, яка надає захиснику у такий спосіб отримувати докази, було спрямоване на впровадження механізму реалізації змагальності сторін та свободи в поданні ними до суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості. Разом із тим, результати проведеного аналізу матеріалів кримінальних проваджень, а також опитування практичних працівників, дали підстави зробити висновок, що на практиці виникає низка проблемних питань, пов'язаних з реалізацією права захисника на отримання доказів у досудовому розслідуванні шляхом застосування тимчасового доступу до речей і документів. У зв'язку з цим, виникає необхідність у висвітленні цих проблемних питань та наданні науково-обґрунтованих пропозицій щодо їх вирішення.

Незважаючи на актуальність зазначеної проблеми, окрім проблемні питання тимчасового доступу до речей і документів були предметом наукових пошуків Ю. П. Аленіна, І. В. Гловюк, В. О. Гринюка, О. В. Капліної, М. П. Климчука, М. А. Погорецького, Д. Б. Сергєєвої, О. Ю. Татарова, Л. Д. Удалової, В. І. Фаринника, С. С. Чернявського, О. Г. Шило, М. Є. Шумили, О. Г. Яновської та інших фахівців.

Отже, метою статті є висвітлення проблемних питань отримання доказів захисником у досудовому розслідуванні шляхом застосування тимчасового доступу до речей і документів й надання науково-обґрунтованих пропозицій щодо їх вирішення.

Відповідно до ч. 1 ст. 159 КПК України тимчасовий доступ до речей і документів полягає у наданні стороні кримінального провадження особою, у володінні якої знаходяться такі речі і документи, можливості ознайомитися з ними, зробити їх копії та вилучити їх (здійснити їх виїмку). Тимчасовий доступ до електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку здійснюється шляхом зняття копії інформації, що міститься в таких електронних інформаційних системах або їх частинах, мобільних терміналах систем зв'язку, без їх вилучення (ч.

2 ст. 159 КПК України).

Надання тимчасового доступу до речей та документів захиснику здійснюється шляхом подання клопотання до слідчого судді. Розглядаючи таке клопотання, для оцінки потреб досудового розслідування слідчий суддя зобов'язаний врахувати можливість отримати речі і документи, які можуть бути використані під час судового розгляду для встановлення обставин у кримінальному провадженні, без застосування заходу забезпечення кримінального провадження (ч. 4 ст. 132 КПК України). Тобто, захисник може звернутися до слідчого судді із відповідним клопотанням у разі, якщо:

- а) відомості, що містяться у речах і документах можуть бути використані як докази;
- б) якщо неможливо іншими способами довести обставини, які передбачається довести за допомогою цих речей і документів;
- в) існує реальна загроза зміни або знищення речей і документів;
- г) якщо вони не можуть бути отримані іншим шляхом (за адвокатським запитом або у інший спосіб).

Результати проведеного аналізу матеріалів кримінальних проваджень, а також опитування практичних працівників, свідчать про те, що з клопотаннями про тимчасовий доступ до речей і документів у переважній більшості випадків звертаються слідчий чи прокурор, натомість випадки звернення з відповідними клопотаннями захисників є поодинокими, про що вказують 80% опитаних суддів. У більшості випадків захисники отримують докази у досудовому розслідуванні шляхом направлення адвокатських запитів або ж ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій. Водночас, на практиці досить часто захисникам відмовляють у наданні інформації на адвокатський запит, а ініціювання захисником проведення слідчих (розшукових) дій лише призводить до розкриття планів захисника слідчому, прокурору. У зв'язку з цим, захисники повинні використовувати всі можливі засоби отримання доказів у досудовому розслідуванні, в тому числі й можливість тимчасового доступу до речей і документів.

Відповідно до ч. 5 ст. 163 КПК України захисник у своєму клопотанні повинен довести наявність достатніх підстав вважати, що речі і документи: 1) перебувають або можуть перебувати у володінні відповідної фізичної або юридичної особи; 2) самі по собі або в сукупності з іншими речами і документами кримінального провадження, у зв'язку з яким подається клопотання, мають суттєве значення для встановлення важливих обставин у кримінальному провадженні; 3) не становлять собою або не включають речей і документів, які містять охоронювану законом таємницю.

Відповідно до ч. 6 ст. 163 КПК України захиснику у ході досудового розслідування може бути наданий слідчим суддею тимчасовий доступ до речей і документів, які містять охоронювану законом таємницю, у разі, якщо окрім вищезазначених обставин, він доведе можливість використання як доказів відомостей, що містяться у цих речах і документах, та неможливість іншими способами довести обставини, які передбачається довести за допомогою цих речей і документів. Водночас, слід звернути увагу на те, що у ч. 6 ст. 163 КПК України зазначається, що доступ особи до речей і документів, які містять охоронювану законом таємницю, здійснюється у порядку, визначеному законом, і якщо відомості становлять державну таємницю, то такі речі і документи не можуть бути надані особі, яка не має до неї допуску відповідно до вимог законодавства.

Варто зазначити, що доступ до документів, що становлять державну таємницю, надається захисникам та законним представникам підозрюваного, обвинуваченого, потерпілому та їхнім представникам, перекладачу, експерту, спеціалісту, секретарю судового засідання, судовому розпоряднику, яким надано допуск до державної таємниці та які потребують його під час здійснення своїх прав і обов'язків, передбачених цим Кодексом, виходячи з обставин, встановлених під час кримінального провадження (ч. 4 ст. 517 КПК України).

Згідно зі ст. 22 Закону України «Про державну таємницю» допуск до державної таємниці надається дієздатним громадянам України віком від 18 років, які потребують його за умовами своєї службової, виробничої, наукової чи науково-технічної діяльності або навчання, органами Служби безпеки України після проведення їх перевірки. Порядок надання допуску до державної таємниці визначається Кабінетом Міністрів України.

Залежно від ступеня секретності інформації встановлюються такі форми допуску до державної таємниці: 1) форма 1 – для роботи з секретною інформацією, що має ступені секретності

«особливої важливості», «цілком таємно» та «таємно»; 2) форма 2 – для роботи з секретною інформацією, що має ступені секретності «цілком таємно» та «таємно»; 3) форма 3 – для роботи з секретною інформацією, що має ступінь секретності «таємно».

Варто зазначити, що у більшості випадків захисники не мають допуску до державної таємниці, а його отримання, як слушно зазначає М. А. Погорецький, є проблематичним, виходячи, навіть, із строків його оформлення. Вирішення цієї проблеми, на думку вченого, потребує удосконалення спрощеного порядку допуску захисника до державної таємниці, а також процесуальної форми тимчасового доступу його до речей і документів¹. Окрім того, враховувати треба й те, що поки захисник буде оформлювати відповідний допуск, то досудове розслідування може бути закінчене або ж доступ до відповідних матеріалів стане неможливим тощо.

На наш погляд, для своєчасного здійснення захисником тимчасового доступу до речей і документів, що містять відомості, які становлять державну таємницю, ч. 6 ст. 163 КПК України необхідно доповнити таким положенням: «У разі відсутності у захисника допуску до державної таємниці за відповідною формою, слідчий суддя у день розгляду клопотання захисника про надання тимчасового доступу до речей і документів, які містять відомості, які становлять державну таємницю, зобов'язаний надати захиснику клопотання, адресоване відповідному органу Служби безпеки України, в якому зазначено підстави для надання захиснику допуску до державної таємниці та відповідну форму допуску до державної таємниці. Відповідне клопотання захисник разом з іншими документами, які необхідні для оформлення допуску до державної таємниці, подає до відповідного органу Служби безпеки України, який протягом 15 днів, з моменту подачі документів, зобов'язаний, за умови відповідності поданих документів вимогам Закону України «Про державну таємницю», надати захиснику допуск до державної таємниці».

Певні труднощі щодо отримання захисником доказів шляхом застосування тимчасового доступу до речей і документів зумовлені тим, що захисники, отримавши ухвалу про тимчасовий доступ до речей і документів, отримують відмови від власників відповідних речей і документів. Зазначене зумовлене тим, що чинний КПК України покладає обов'язок щодо виконання законних вимог захисника лише на органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх службових осіб (ч. 7 ст. 47 КПК України). Тобто, підприємства, установи та організації не зобов'язані виконувати законні вимоги захисника. Зважаючи на зазначене, пропонуємо викласти ч. 7 ст. 47 КПК України у такій редакції: «Органи державної влади, органи місцевого самоврядування, підприємства, установи, організації, їх службові та фізичні особи зобов'язані виконувати законні вимоги захисника».

КПК України передбачено, що слідчий суддя в ході досудового розслідування вправі надати можливість захиснику вилучати речі і документи у разі: 1) якщо захисник, доведе наявність достатніх підстав вважати, що без такого вилучення існує реальна загроза зміни або знищення речей чи документів, або 2) таке вилучення необхідне для досягнення мети отримання доступу до речей і документів (ч. 7 ст. 163 КПК України). Згідно з ч. 1 ст. 159 КПК України вилучати документи під час застосування тимчасового доступу до речей і документів мають право як сторона захисту, так і сторона обвинувачення. Але на відміну від органів досудового розслідування, яких законодавець зобов'язує забезпечити зберігання вилученого майна (ч. 4 ст. 168 КПК України), сторона захисту таких обов'язків не несе (принаймні такий обов'язок безпосередньо не передбачений), про що слушно зазначає О. Ю. Татаров².

Варто зазначити, що постановою Кабінету Міністрів України від 19.11.2012 р. № 1104 затверджений «Порядок зберігання речових доказів стороною обвинувачення, їх реалізації, технологічної переробки, знищення, здійснення витрат, пов'язаних з їх зберіганням і пересиланням, схоронності тимчасово вилученого майна під час кримінального провадження». Положеннями цього порядку передбачено, що відповідальним за зберігання речових доказів, що зберігаються разом з матеріалами кримінального провадження, є слідчий, який здійснює таке провадження. Відповідальною за зберігання речових доказів в обладнаному приміщенні чи спеціальному сейфі є посадова особа органу, у складі якого функціонує слідчий підрозділ, що призначається наказом керівника такого органу або слідчого підрозділу відповідно до повноважень (далі – відповідальна

¹ Погорецький, М.А. (2014). *Захисник – суб'єкт доказування на досудовому провадженні за чинним КПК України: проблемні питання. Актуальні питання державотворення в Україні*. Київ: Принт-Сервіс, 482.

² Татаров, О.Ю. (2013). *Заходи забезпечення кримінального провадження: перший досвід застосування. Бюлетень Міністерства юстиції України, 7, 113-122.*

особа). З числа посадових осіб органу, у складі якого функціонує слідчий підрозділ, призначається також особа, яка заміщує відповідальну особу в разі її відпустки, відрядження чи тривалої відсутності з інших причин, та особа, в якій на відповідальному зберіганні знаходиться дублікат ключів від обладнаного приміщення чи спеціального сейфа (п. 8). Тобто обов'язок зберігання речових доказів покладається на слідчих та осіб слідчого підрозділу, відповідальних за збереження речових доказів.

Водночас, результати проведеного аналізу положень КПК України та вищенаведеної постанови Кабінету Міністрів України від 19.11.2012 р. № 1104, дають підстави для висновку, що чинне законодавство України не передбачає порядок зберігання речових доказів захисником. Наявність цієї законодавчої прогалини призводить до того, що окремі захисники, які мають невеликий стаж адвокатської практики, у силу свого низького професійного досвіду пошкоджують, а в окремих випадках й знищують вилучене ними майно. А це, в свою чергу, призводить до неможливості використання захисником в якості доказів відповідних документів, і як результат – до неналежного захисту прав та законних інтересів неповнолітніх.

Слід зазначити, що на практиці вилучення речей у ході застосування тимчасового доступу до речей і документів захисником здійснює не він безпосередньо, а слідчий чи співробітник оперативного підрозділу, який залучається слідчим суддею. При цьому вилучені речі зберігаються у слідчого, що здійснює досудове розслідування у відповідному кримінальному провадженні. На наш погляд, така практика вилучення речей у ході застосування тимчасового доступу до речей і документів за ініціативою захисника не зовсім відповідає потребам змагального кримінального судочинства, оскільки захисникам не завжди вдається ознайомитися з відповідними речами чи документами після їх вилучення. На нашу думку, вилучення відповідних речей чи документів повинен не слідчий чи співробітник оперативного підрозділу, безпосередньо захисник, за клопотанням якого здійснюється тимчасовий доступ до речей і документів. Окрім того, вилучені речі повинні зберігатися у відповідних приміщеннях ради адвокатів регіону, а контроль за їх збереженням повинна здійснювати уповноважена особа ради адвокатів регіону. У зв'язку з цим, у Законі України “Про адвокатуру та адвокатську діяльність” та в КПК України потрібно передбачити норму, відповідно до якої, захисник матиме право безпосередньо здійснювати вилучення відповідних речей у ході застосування тимчасового доступу до речей і документів. Окрім того, пропонуємо в чинному законодавстві України передбачити відповідний порядок зберігання речових доказів стороною захисту.

Варто зазначити, що хоча й чинний КПК України надає стороні захисту можливість застосовувати тимчасовий доступ до речей і документів, однак на практиці поширеними є випадки, коли захисники, отримавши ухвалу на застосування тимчасового доступу до речей і документів, отримують відмову від осіб, стосовно речей і документів яких потрібно було здійснити відповідний захід. У зв'язку з цим, захисники не можуть своєчасно отримати докази у досудовому розслідуванні.

У такому випадку, відповідно до ст. 162 КПК України слідчий суддя, суд за клопотанням сторони кримінального провадження, якій надано право на доступ до речей і документів на підставі ухвали, має право постановити ухвалу про дозвіл на проведення обшуку згідно з положеннями КПК України з метою відшукування та вилучення зазначених речей і документів (ч. 1). У разі якщо дозвіл на проведення обшуку надано за клопотанням сторони захисту, слідчий суддя, суд доручає забезпечення його проведення слідчому, прокурору або органу внутрішніх справ за місцем проведення цих дій. Проведення обшуку здійснюється за участю особи, за клопотанням якої надано дозвіл на його проведення, згідно з положеннями КПК України (ч. 2). На нашу думку, підхід законодавця є дещо дискусійним, оскільки сторона обвинувачення, докладаючи всіх необхідних зусиль для доведення винуватості підозрюваного, буде в певній мірі ознайоmlена з намірами захисника і його доказовою базою. Така ситуація, не лише призводить до порушення засади змагальності кримінального провадження, а й до можливості розкриття адвокатської таємниці. У зв'язку з цим, на наш погляд, такі обшуки повинні проводити не слідчий і не прокурор, як представники сторони обвинувачення, а судова міліція «Грифон», яка не буде мати ніякого процесуального інтересу в проведенні відповідної процесуальної дії, а навпаки – сприятиме здійсненню кримінального провадження, виконуючи доручення слідчого судді. У зв'язку з цим, пропонуємо внести зміни до ч. 2 ст. 166 КПК України та викласти її в такій редакції: «У разі якщо дозвіл на проведення обшуку надано за клопотанням сторони захисту, слідчий суддя, суд доручає забезпечення його проведення судовій поліції «Грифон». Проведення обшуку здійснюється за

участю особи, за клопотанням якої надано дозвіл на його проведення, згідно з положеннями цього Кодексу».

Підсумовуючи вищезазначене, можемо зробити висновок, що на практиці виникає низка проблем, пов'язаних з реалізацією права захисника на отримання доказів у досудовому розслідуванні шляхом тимчасового доступу до речей і документів. Надані нами пропозиції щодо вирішення цих проблемних питань, безумовно, покращать діяльність захисника як суб'єкта доказування у досудовому розслідуванні.

References

1. Pogoretskyi, M.A. (2014). *Zahisnuk – sybect dokazyvanna na dosydovomy provadjenni za chunnum CPC Ukrainu: problemni putannya. Aktualni problemu derjavotvorennya v Ukraini*. Kuiv: Print-servic.
2. Tatarov, O.U. (2013). *Zahodu zabezpechennya kruminalnogo provadjennay: pershuy dosvid zastosyvannai. Buleten Ministerstva Ustucii Ukrainu, 7, 113-122.*