



*Іскендеров Е. Ф.,
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри організації судових
та правоохоронних органів
Національного університету
«Одеська юридична академія»*

ТИМЧАСОВИЙ ДОСТУП ДО РЕЧЕЙ І ДОКУМЕНТІВ ЯК ЗАСІБ ОТРИМАННЯ ДОКАЗІВ СТОРОНОЮ ОБВИНУВАННЯ У ДОСУДОВОМУ РОЗСЛІДУВАННІ: ОКРЕМІ ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ РЕАЛІЗАЦІЇ КРИМІНАЛЬНИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ГАРАНТІЙ

Автором статті розкриваються окремі проблемні питання реалізації кримінальних процесуальних гарантій сторони обвинувачення як суб'єкта отримання доказів шляхом здійснення тимчасового доступу до речей і документів у досудовому розслідуванні. Запропоновано внести зміни до чинного Кримінального процесуального кодексу України для удосконалення кримінальних процесуальних гарантій сторони обвинувачення як суб'єкта доказування у досудовому розслідуванні.

Ключові слова: доказування; сторона обвинувачення; отримання доказів; кримінальні процесуальні гарантії; тимчасовий доступ до речей і документів.

Автором статті розкриваються окремі проблемні питання реалізації кримінальних процесуальних гарантій сторони обвинувачення як суб'єкта отримання доказів шляхом здійснення тимчасового доступу до речей і документів у досудовому розслідуванні. Запропоновано внести зміни до чинного Кримінального процесуального кодексу України для удосконалення кримінальних процесуальних гарантій сторони обвинувачення як суб'єкта доказування у досудовому розслідуванні.

Ключевые слова: доказывания; сторона обвинения; получения доказательств; уголовные процессуальные гарантии; временный доступ к вещам и документам.

Відповідно до ч. 2 ст. 93 Кримінального процесуального кодексу України сторона обвинувачення як суб'єкт доказування у до-

судовому розслідуванні отримує докази шляхом проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, витребування та отримання від

органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, проведення інших процесуальних дій, передбачених КПК України [1]. До інших процесуальних дій як засобів отримання доказів стороною обвинувачення у досудовому розслідуванні законодавець відносить один із заходів забезпечення кримінального провадження, який має назву тимчасовий доступ до речей і документів, правове регулювання якого визначене главою 15 КПК України. Проведений нами системний аналіз положень цієї глави, інших норм чинного КПК України, а також практики їх застосування сторонами кримінального провадження та судом, дають підстави зробити висновок, що на сьогодні у практичній діяльності уповноважених суб'єктів сторони обвинувачення виникає низка проблемних питань, пов'язаних із здійснення тимчасового доступу до речей і документів, наявність яких створює певні труднощі у використанні стороною обвинувачення результатів такого тимчасового доступу до речей і документів у кримінальному процесуальному доказуванні. Основною причиною цього є недосконалість законодавчо визначених кримінальних процесуальних гарантій сторони обвинувачення як суб'єкта отримання доказів шляхом здійснення тимчасового доступу до речей і документів у досудовому розслідуванні.

Незважаючи на те, що проблемні питання нормативно-правової регламентації тимчасового доступу до речей і документів у кримінальному провадженні, можливості використання результатів тимчасового доступу до речей і документів у кримінальному процесуальному доказуванні неодноразово ставали предметом наукових пошуків Ю. П. Алєніна, І. В. Гловюк, В. О. Гринюка, І. Ю. Кайла, О. В. Капліної, М. П. Климчука, Л. М. Лобойка, М. А. Погорецько-

го, Д. Б. Сергєєвої, О. С. Старенького, О. Ю. Татарова, Л. Д. Удалової, В. І. Фаринника, М. С. Цуцкірідзе, С. С. Чернявського, А. В. Чуб, О. Г. Шило, О. Г. Яновської та інших фахівців, на сьогодні проблемні питання реалізації кримінальних процесуальних гарантій сторони обвинувачення як суб'єкта отримання доказів шляхом здійснення тимчасового доступу до речей і документів у досудовому розслідуванні є одним із найбільш проблематичних у правозастосовчій діяльності.

Отже, метою статті є удосконалення кримінальних процесуальних гарантій сторони обвинувачення як суб'єкта отримання доказів шляхом здійснення тимчасового доступу до речей і документів у досудовому розслідуванні.

Відповідно до 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.

Положення ст. 160 КПК України передбачають, що сторони кримінального провадження мають право звернутися до слідчого судді під час досудового розслідування чи суду під час судового провадження із клопотанням про тимчасовий доступ до речей і документів, за винятком зазначених у ст. 161 КПК України. Слідчий має право звернутися із зазначеним клопотанням за погодженням з прокурором.

У такому клопотанні сторони кримінального провадження повинні навести: 1) короткий виклад обставин кримінального правопорушення, у зв'язку з яким подається клопотання; 2) права

кваліфікація кримінального правопорушення із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність; 3) речі і документи, тимчасовий доступ до яких планується отримати; 4) підстави вважати, що речі і документи перебувають або можуть перебувати у володінні відповідної фізичної або юридичної особи; 5) значення речей і документів для встановлення обставин у кримінальному провадженні; 6) можливість використання як доказів відомостей, що містяться в речах і документах, та неможливість іншими способами довести обставини, які передбачається довести за допомогою цих речей і документів, у випадку подання клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів, які містять охоронювану законом таємницю; 7) обґрунтування необхідності вилучення речей і оригіналів або копій документів, якщо відповідне питання порушується стороною кримінального провадження.

Хоча й законодавець не вимагає у клопотаннях про тимчасовий доступ до речей і документів вказувати конкретного суб'єкта, уповноваженого на застосування відповідного засобу отримання доказів, результати проведеного аналізу матеріалів слідчо-судової практики дають підстави зробити висновок, що у переважній більшості випадків слідчі, прокурори у відповідних клопотаннях вказують безпосереднього суб'єкта проведення відповідної процесуальної дії. Як правило, такими суб'єктами у відповідних клопотаннях є слідчий, прокурор або співробітник оперативного підрозділу. Водночас трапляються неодинокі випадки, коли відповідна інформація не вказується слідчими, прокурорами у клопотаннях про тимчасовий доступ до речей і документів (такі випадки були виявлені нами у 15% проаналізованих нами кримінальних проваджень). На наш погляд, слідчий, прокурор у будь-якому випадку повинні зазначити конкретного суб'єкта проведення відповідної процесуальної дії. У зв'язку з цим

пропонуємо ч. 2 ст. 160 КПК України доповнити пунктом 8 у такій редакції: «прізвище, ім'я та по батькові особи, яка здійснюватиме тимчасовий доступ до речей і документів». Такі пропозиції цілком узгоджуються з п. 1 ч. 1 ст. 164 КПК України, яка передбачає, що в ухвалі слідчого судді про тимчасовий доступ до речей і документів вказується прізвище, ім'я та по батькові особи, якій надається право тимчасового доступу до речей і документів.

Той факт, що у клопотаннях про тимчасовий доступ до речей і документів чи в ухвалах слідчого судді про тимчасовий доступ до речей і документів вказується слідчий чи прокурор як суб'єкти проведення цієї процесуальної дії є цілком правильним, оскільки законодавець у низці статей глави 15 КПК України закріплює за слідчим, прокурором як суб'єктами сторони обвинувачення повноваження щодо здійснення тимчасового доступу до речей і документів. Водночас ми не можемо погодитися з позицією тих практичних працівників, які у клопотаннях або в ухвалах про тимчасовий доступ до речей і документів виконавцями застосування відповідного засобу отримання доказів вказують співробітників оперативних підрозділів, оскільки така позиція явно суперечить правовим засадам доказового права. Значимо, на сьогодні серед слідчих суддів досить поширеними є випадки задоволення таких клопотань слідчих, прокурорів про тимчасовий доступ до речей і документів. Так, наприклад, у кримінальному провадженні № 12016160500003273, відкритому на ознаки злочину, передбаченого ч. 3 ст. 185 КПК України, слідчий суддя задовольнив клопотання слідчого СВ Приморського ВП в м. Одесі ГУНП в Одеській області особа А., в якому просить надати тимчасовий доступ до речей і документів, що містять інформацію оператора телекомунікації компанії мобільного зв'язку ТОВ «Lifecell», шляхом виїмки роздруківок телефонних з'єднань (вхідних, вихідних, нульових з'єд-

нань, SMS, MMS повідомлень, GPRS з'єднань) з зазначенням власників цих телефонних номерів, номери телефонів з якими відбувався зв'язок та адреси базових станцій, через які здійснювались з'єднання, а також індивідуальні номери (IMEI) всіх мобільних телефонів, на які здійснювались з'єднання, та номери телефонів CSM-карт, які знаходились в мобільному терміналі «Iphone 6S» IMEI: 355423073240232 за період часу з 07.05.2016 по 07.06.2016. Забезпечити тимчасовий доступ та можливість скопіювати слідчим СВ Приморського ВП у м. Одесі ГУНП в Одеській області особа А., слідчим СВ Приморського ВП у м. Одесі ГУНП в Одеській області особа Б., або за дорученням слідчого оперативним підрозділом, а саме о/у СКП Приморського ВП у м. Одесі ГУНП в Одеській області особа В. чи о/у СКП Приморського ВП у м. Одесі ГУНП в Одеській області особа Г [2]. Подібні випадки були виявлені нами в ході аналізу й інших матеріалів кримінальних проваджень [3–6].

Така практика підготовки та складання слідчими, прокурорами клопотань про тимчасовий доступ до речей і документів із зазначенням суб'єктів виконання цієї процесуальної дії відповідних оперативних підрозділів, а також їх задоволення слідчими суддями призводить до неефективності реалізації кримінальних процесуальних гарантій сторони обвинувачення як суб'єкта отримання доказів шляхом здійснення тимчасового доступу до речей і документів у досудовому розслідуванні.

Зауважимо, що відповідно до ст. 41 КПК України оперативні підрозділи органів Національної поліції, органів безпеки, Національного антикорупційного бюро України, Державного бюро розслідувань, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового і митного законодавства, органів Державної кримінально-виконавчої служби України, органів Державної прикордонної служби України здійснюють слідчі (розшукові) дії та нег-

ласні слідчі (розшукові) дії в кримінальному провадженні за письмовим дорученням слідчого, прокурора, а підрозділ детективів, оперативно-технічний підрозділ та підрозділ внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України – за письмовим дорученням детектива або прокурора Спеціалізованої антикорупційної прокуратури.

Під час виконання доручень слідчого, прокурора співробітник оперативно-го підрозділу користується повноваженнями слідчого.

Співробітники оперативних підрозділів (крім підрозділу детективів, підрозділу внутрішнього контролю Національного антикорупційного бюро України) не мають права здійснювати процесуальні дії у кримінальному провадженні за власною ініціативою або звертатися з клопотаннями до слідчого судді чи прокурора. Доручення слідчого, прокурора щодо проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій є обов'язковими для виконання оперативним підрозділом [1].

Виходячи з буквального тлумачення положень вищенаведеної норми, можемо зробити висновок, що оперативні підрозділи мають право виконувати лише доручення слідчого, прокурора на проведення: 1) слідчих (розшукових) дій; 2) негласних слідчих (розшукових) дій. Тимчасовий доступ до речей і документів не відноситься до числа слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій й відповідні дії не слід ототожнювати між собою, оскільки тимчасовому доступу до речей і документів не характерні ті сутнісні ознаки, які властиві слідчим (розшуковим) та негласним слідчим (розшуковим) діям, що цілком слушно виділяються окремими науковцями [7, с. 393; 8, с. 48; 9, с. 182; 10, с. 130–131 та ін.]. Спільним між ними є лише те, що всі вони є процесуальними діями, що здійснюються в межах кримінального провадження, і які проводяться лише на підставі ухвали слідчого судді, а також те, що вони є засобами отримання доказів у кримінальному

провадженні. У цьому контексті доцільно навести позицію В.І. Фаринника, який цілком слушно зауважує, що під час надання доручення на проведення тимчасового доступу до речей і документів оперативному працівнику слідчий не враховує той факт, що тимчасовий доступ до речей та документів є процесуальною дією, а не слідчою дією, отже, не підпадає під визначення, вказане у п. 3 ч. 1 ст. 40 та ст. 41 КПК України [11, с. 235].

Не дивлячись на це, окремі слідчі судді при постановленні ухвал про тимчасовий доступ до речей і документів трактують положення ст. 41 КПК України дещо по-іншому й ототожнюють між собою сутність слідчих (розшукових) дій та тимчасового доступу до речей і документів. Так, наприклад, слідчий суддя особа А. Комінтернівського районного суду Одеської області задовольнив клопотання старшого слідчого СВ Лиманського ВП ГУНП в Одеській області майора поліції особа Б. про надання тимчасового доступу до речей і документів. У своїй ухвалі слідчий суддя надав тимчасовий доступ до речей і документів слідчим, які здійснюють досудове розслідування у кримінальному провадженні, а саме: особа Б., особа В., особа Г., а також співробітникам оперативного підрозділу Лиманського ВП ГУНП в Одеській області, які будуть уповноважені слідчими в порядку ст. 40 та ст. 41 КПК України на проведення даної слідчої дії, тимчасовий доступ та можливість вилучити речі, а саме пару золотих сережок, які за договором № 796–17007844 від 30.04.2017 були закладені до Одеського відділення Повного товариства «Ломбард» Гроші Тут» № 56, розташоване за адресою м. Одеса проспект Добровольського, 75-а [4].

Незважаючи на таку поширену правозастосовчу практику, результати проведеного аналізу матеріалів судової практики свідчать про те, що в більшості випадків виконання оперативними підрозділами доручень слідчого, прокурора на проведення тимчасового доступу до речей і документів стає підставою для заявлення захисниками клопотань під час підготовчого судового провадження чи судового розгляду про визнання результатів відповідної процесуальної дії недопустимими доказами у кримінальному провадженні, адже вони отримані у порядку, не передбаченому чинним КПК України. Така ситуація досить негативно позначається на ефективності реалізації кримінальних процесуальних гарантій сторони обвинувачення як суб'єкта доказування у досудовому розслідуванні

На наш погляд, необхідно суттєво розширити законодавчі межі надання слідчими, прокурорами доручень на проведення інших процесуальних дій у кримінальному провадженні. При цьому слід враховувати те, що оперативні підрозділи на практиці здійснюють не лише тимчасовий доступ до речей і документів, а й інші процесуальні дії, зокрема – тимчасове вилучення майна, затримання, повідомляють про підозру тощо. У зв'язку з цим, ми пропонуємо внести зміни до ст.ст. 36, 40, 41 та інших статей КПК України, передбачити право слідчого, прокурора надавати доручення оперативним підрозділам на проведення інших процесуальних дій. Відповідні зміни та доповнення до КПК України суттєво підвищать ефективність реалізації кримінальних процесуальних гарантій сторони обвинувачення як суб'єкта доказування у досудовому розслідуванні.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України в ред. від 03 липня 2017 р. № 4651-VI. База даних Законодавство України / ВР України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення 04.11.2017).
2. Кримінальне провадження № 12016160500003273. Архів Приморського районного суду м. Одеси.
3. Кримінальне провадження № 12016160500002919. Архів Приморського районного суду м. Одеси.

4. Кримінальне провадження № 12017160330000854. Архів Комінтернівського районного суду Одеської області.
5. Кримінальне провадження № 12015160500011690. Архів Приморського районного суду м. Одеси.
6. Кримінальне провадження 12016160470000453. Архів Малиновського районного суду м. Одеси.
7. *Погорецький М. А.* Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: монографія. Х.: Арсіс, ЛТД, 2007. 576 с.
8. *Погорецький М.* Поняття, зміст та структура кримінального процесу: проблеми теорії та практики. Право України. 2013. № 11. С. 42–54.
9. *Сергєєва Д.* Поняття та види слідчих (розшукових) дій за чинним КПК України. Право України. 2013. № 11. С. 180–188.
10. *Старенький О. С.* Кримінальні процесуальні гарантії захисника як суб'єкта доказування у судовому розслідуванні: теорія та практика: монографія. За загал. ред. д.ю.н., проф. М. А. Погорецького. К.: Алерта, 2016. 336 с.
11. *Фаринник В. І.* Застосування заходів забезпечення кримінального провадження: теорія та практика: монографія. К.: «Алерта», 2017. 548 с.

Iskenderov E. Temporary access to things and documents as a instrument of obtaining evidence by a prosecution party in a pre-trial investigation: some problematic issues in the implementation of criminal procedural guarantees

The author of the article shows some problematic issues of realization of criminal procedural guarantees of the prosecution party as the subject of obtaining evidence by using such instrument as the temporal access to things and documents in pre-trial investigation.

It is noted that today among the practical workers there are cases of indicating in the petitions or in decisions on temporary access to things and documents by the executors the use of the appropriate instruments of obtaining evidence is indicated by the staff of the operating departments. It is substantiated that such practice of preparation and drawing up of petitions or decisions on temporary access to things and documents contradicts the legal principles of evidence.

It is indicated that in most cases the execution by the operating departments of the orders of the investigator, the prosecutor for temporal access to things and documents becomes the basis for the statement by the defenders of petitions during the preparatory court proceedings or judicial review of the recognition of the results of the relevant procedural action by inadmissible evidence in criminal proceedings, since they are received in the manner not provided for by the CPC of Ukraine. It turns out that such situation negatively affects the effectiveness of the implementation of criminal procedural guarantees of the prosecution as a subject of evidence in the pre-trial investigation

The author proposes to substantially expand the legislative boundaries of providing investigators, prosecutors with instructions for other procedural actions in criminal proceedings. It should be minded that operating departments in practice not only provide temporary access to things and documents, but also other procedural actions, in particular – temporary seizure of property, detention, report suspicion, etc. In this regard, it is proposed to amend the article. 36, 40, 41 and other articles of the CPC of Ukraine, provide for the right of the investigator, the prosecutor to assign operating departments to other procedural actions.

Keywords: *proof; the prosecution party; obtaining evidence; criminal procedural guarantees; temporary access to things and documents.*

Стаття надійшла до редакції журналу 15.12.2017 р.