

«МАСКИ-ШОУ» НА ЗАХИСТІ ІНТЕРЕСІВ АДВОКАТІВ. ЯК «ПРАЦЮЮТЬ» ОСТАННІ ЗМІНИ ДО КПК



Тарас Пошиванюк

Партнер EQUITY

Відновлення довіри до судової гілки влади, гостра потреба суспільства в соціальній справедливості, подолання корупції – це ті рушійні сили, які стали каталізаторами проведення чергової судової та, так званої, «процесуальної» реформи в Україні.

Для пересічного українця згадаєні вище демократичні інститути вже стали нічим іншим, як пустими гаслами та лозунгами політичних діячів, які мало не щодня проголошуються у парламенті, на телебаченні, мітингах чи будь-де інде, де є потенційний електорат. А от для юридичної спільноти судова реформа та впровадження нових процесуальних кодексів стали непересічними подіями. Вперше в історії України кожен юрист, який відповідав установленим законодавством критеріям, мав можливість прийняти участь в формуванні кадрового складу касаційної інстанції.

Згадуючи ретроспективу подій, що пов'язані з набранням чинності оновлених процесуальних кодексів,

слід звернути увагу на те, що кримінальний процес став своєрідним виключенням із загального правила реформування процесуального законодавства. По-перше, КПК України, в порівнянні з іншими процесуальними законами, не зазнав таких масштабних змін, як інші, що дещо спростило життя адвокатам, які практикують в галузі кримінального права та процесу. По-друге, набрання чинності нової редакції КПК України, фактично, було поділено на декілька етапів.

Так, більша частина норм Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо забезпечення дотримання прав учасників кримінального провадження та інших осіб правоохоронними органами під час здійснення досудового розслідування» від 16 листопада 2017 року № 2213-VIII (так званий Закон «Маски-шоу стоп») вступила в силу 7 грудня 2017 року. В той же час, частина новел кримінального процесуального законодавства України, які, зокрема, стосуються відеофіксації судового процесу, набирає чинності з 1 січня 2019 року. Крім того, до КПК України були внесені зміни на підставі Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 3 жовтня 2017 року № 2147-VIII. Значна частина норм вказаного Закону набула чинності лише 15 березня 2018 року.

За результатами аналізу кримінальних проваджень, в яких приймали участь адвокати юридичної компанії EQUITY можна з впевненістю констатувати, що вже існує сформована судова та процесуальна

практика щодо застосування описаних вище новел кримінального процесуального законодавства України.

Так, реалізація норм Закону «Маски-шоу стоп» в певній мірі дала позитивні зрушення. Наприклад, успішним для адвокатів є застосування норм Закону «Маски-шоу стоп» щодо обов'язкової відеофіксації обшуку. Вказана норма дійсно працює і слідчі, в більшості випадків, сумлінно здійснюють відеофіксацію слідчих дій. Нагадую, що приписами ч. 1 ст. 107 КПК України регламентовано, що виконання ухвали слідчого судді або суду про проведення обшуку в обов'язковому порядку фіксується за допомогою звуко- та відеозаписувальних технічних засобів. Однак, на практиці досить часто виникає елементарна технічна неспроможність представників органу досудового розслідування фіксувати обшук чи огляд місця події, який може тривати більше п'яти-шести годин. Крім того, в досить цікавому напрямку відбувається формування судової практики щодо застосування приписів ст. 107 КПК України. Так, суди в більшості випадків стають на захист інтересів особи, відносно якої здійснювалися слідчі дії, та визнають протиправними дії слідчих щодо відсутності відеофіксації обшуку.

Таким чином, можна констатувати, що недотримання вимог КПК України щодо обов'язкової відеофіксації є цінним для адвокатської спільноти не лише в розрізі визнання доказів розгляду, а й при оскарженні дій чи бездіяльності слідчого чи прокурора на стадії досудового розслідування. Для прикладу, у моїй практиці трапилася ситуація при якій слідчий суддя відмовив у накладенні арешту на майно, що було вилучене в ході

обшуку, мотивувавши таке рішення тим, що прокурором не було долучено до свого клопотання, в якості додатку, копії відеозапису слідчої дії. Отже, згадана вище новела КПК України дає позитивні результати навіть в тих випадках та ситуаціях, в яких ніхто навіть не очікував.

Крім того, майже повністю зникла проблема недопуску адвоката до місця проведення обшуку, коли він вже розпочався. Раніше адвокат мав вчинити чимало дій аби дістатися до приміщення, де відбувається обшук, як то, зафіксувати факт недопуску до клієнта шляхом повідомлення в органи Нацполіції про перешкоджання здійсненню адвокатської діяльності, повідомити органи адвокатського самоврядування чи привернути увагу засобів масової інформації. Наразі, адвокат при проведенні обшуку може сконцентруватися виключно на проведенні слідчої дії, йому не потрібно здійснювати купу зайвих дій аби, в найкращому випадку, потрапити в приміщення «під фінал» слідчої дії.

Якщо у випадку відеофіксації обшуків та допуску адвокатів є позитивні зміни, то у випадку законодавчої заборони вилучення комп'ютерної техніки ситуація взагалі не змінилася. Варто нагадати, що під час прес-конференції Міністра внутрішніх справ України Авакова А.Б., яка була приурочена до набрання чинності Закону «Макски-шоу стоп», останній повідомив: «Этот закон устанавливает запрет на изъятие материальных носителей информации, жестких дисков, компьютеров, мобильных телефонов, кроме нескольких случаев, прямо указанных в УПК». Однак, у слідчих та прокурорів, які задіяні в проведенні обшуків, склалася своя думка з цього приводу. Як було сказано слідчим під час одного із обшуків на заперечення адвоката щодо заборони вилучення системних блоків на під-

приємстві: «...вилучали, вилучаємо та будемо вилучати». Чому ж не дала бажаних результатів згадана вище норма КПК України, якою фактично було введено мораторій на вилучення матеріальних носіїв інформації?

На моє глибоке переконання, відповідь на це запитання криється в самому тексті такої норми. Так, ст. 165 КПК України встановлено порядок тимчасового вилучення майна, а ч. 2, зазначеної вище норми, передбачається тимчасове вилучення майна під час обшуку та огляду. Забороняється тимчасове вилучення електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку, крім випадків, коли їх надання разом з інформацією, що на них міститься, є необхідною умовою проведення експертного дослідження, або якщо такі об'єкти отримані в результаті вчинення кримінального правопорушення чи є засобом або знаряддям його вчинення, а також, якщо доступ до них обмежується їх власником, володільцем або утримувачем чи пов'язаний з подоланням системи логічного захисту. Отже, законодавець в даній статті КПК України використовує поняття «електронна інформаційна система». Водночас, чинний КПК України не містить визначення «електронної інформаційної системи».

Вказана дефініція міститься у ст. 1 ЗУ «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах» від 5 липня 1994 р., відповідно до якої під електронною інформаційною системою розуміється організаційно-технічна система, у якій реалізується технологія обробки інформації з використанням технічних і програмних засобів. Слідчі та прокурори, які проводять обшук, виходять із ситуації найпростішими способами: на заперечення адвоката щодо законодавчої заборони вилучення системного блоку, жорсткого диску чи сервера повідомля-

ють, що або зазначена техніка не є електронною інформаційною системою, або ж комп'ютерна техніка потрібна для проведення експертного дослідження.

При цьому вимушений констатувати, що судова практика з питань повернення вилучених комп'ютерів чи мобільних телефонів, на жаль, формується не на користь осіб, у яких була вилучена техніка. Фактично, слідчі судді своїми ухвалами узаконюють протиправні дії представників органу досудового розслідування, нехтуючи імперативними приписами КПК України.

Ефективним способом захисту інтересів клієнта під час обшуку при бажанні слідчих вилучити комп'ютерну техніку є оголошення під відеофіксацію клопотання про надання доступу до копіювання інформації, яка міститься на такій техніці без її вилучення. За таких обставин у адвоката з'являється обґрунтована позиція для захисту в суді, оскільки ним фактично виконано вимоги процесуального законодавства щодо надання доступу до електронної інформаційної системи, натомість слідчим не вжито заходів щодо копіювання необхідної інформації.

В даній публікації фрагментарно наведено лише крихітну долю спірних питань та проблемних ситуацій з якими, чи не щодня, мають справу усі учасники кримінального процесу. Питання формування сталої судової практики наразі є актуальним, як ніколи, адже без зрозумілих «правил гри» кожна із сторін витрачає значну частину ресурсів, часу та сил на власне трактування тих чи інших новел кримінального процесуального законодавства.

Сподіваємося, що новостворений Верховний Суд не залише осторонь проблемні питання та прийме активну участь у формуванні оновленої судової практики.