ВИСНОВОК

### на проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України щодо окремих питань слідчих дій з метою забезпечення додаткових гарантій законності при їх проведенні»

У законопроекті для забезпечення додаткових гарантій законності при проведенні окремих слідчих дій пропонується: заборонити тимчасове вилучення електронних інформаційних систем, дозволивши натомість слідчим здійснювати копіювання інформації (зміни до частини другої статті 168, частини сьомої статті 236 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК)); дозволити застосування спецпідрозділів під час проведення обшуків у суб’єктів господарювання виключно на підставі ухвали слідчого судді та лише у кримінальному провадженні щодо тяжкого або особливо тяжкого злочину (зміни до частини дев’ятої статті 223 КПК); гарантувати доступ адвоката до процесу обшуку на будь-якому його етапі (зміни до частини третьої – п’ятої статті 236, статті 237 КПК); дозволяти обшук лише як виняткову слідчу дію, коли неможливо отримати інформацію в інший спосіб (зміни до частини п’ятої статті 234, частини другої статті 235 КПК); у клопотанні про проведення обшуку передбачити обов’язкову аргументацію його необхідності та детальний опис предметів і осіб, яких планується відшукати (зміни до частини третьої статті 234 КПК).

За результатами розгляду поданого законопроекту Головне науково-експертне управління вважає за необхідне зазначити наступне.

1. Відповідно до приписів чинної частини другої статті 167 КПК тимчасово вилученим може бути майно у вигляді речей, документів, грошей тощо, щодо яких є достатні підстави вважати, що вони: підшукані, виготовлені, пристосовані чи використані як засоби чи знаряддя вчинення кримінального правопорушення та (або) зберегли на собі його сліди; призначалися (використовувалися) для схиляння особи до вчинення кримінального правопорушення, фінансування та/або матеріального забезпечення кримінального правопорушення або винагороди за його вчинення; є предметом кримінального правопорушення, у тому числі пов’язаного з їх незаконним обігом; одержані внаслідок вчинення кримінального правопорушення та/або є доходами від них, а також майно, в яке їх було повністю або частково перетворено. Тимчасове вилучення електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв’язку для вивчення фізичних властивостей, які мають значення для кримінального провадження, здійснюється лише у разі, якщо вони безпосередньо зазначені в ухвалі суду (абзац 2 частини другої статті 168 КПК).

У законопроекті пропонується заборонити тимчасове вилучення електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв’язку, передбачивши при цьому *для слідчого чи прокурора можливість здійснити копіювання інформації*, що міститься в електронних інформаційних системах або їх частинах, мобільних терміналах систем зв’язку (частина друга статті 168, частина сьома статті 236 КПК у редакції проекту). Однак звертаємо увагу, що для проведення, наприклад, експертизи необхідна наявність матеріальних об’єктів, які підлягають дослідженню. Проведення експертизи за копіями таких об’єктів є неможливим. Крім того, слід врахувати неможливість використання копії інформації в якості доказу у кримінальному провадженні внаслідок відсутності можливості довести її відповідність оригіналу. Тому запропоновані зміни створюють додаткові гарантії захисту прав тих осіб, у яких проводиться тимчасове вилучення електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв’язку, але при цьому повністю зникає можливість проведення певних слідчих дій, наслідком чого може стати безкарність деяких злочинів з огляду на неможливість довести їх вчинення. Відсутні у законопроекті й пропозиції щодо визнання *належним доказом копії інформації*, яка міститься в електронних інформаційних системах або їх частинах, мобільних терміналах систем зв’язку.

2. У частині третій статті 234 КПК пропонується розширити перелік відомостей, які повинно містити клопотання про проведення обшуку. Зокрема, вказується на необхідність зазначення індивідуальних або родових ознак речей, документів, іншого майна або осіб, яких планується відшукати, а також їхній зв’язок із вчиненим кримінальним правопорушенням; обґрунтування того, що доступ до речей, документів або відомостей, які можуть у них міститися, неможливо отримати органом досудового розслідування у добровільному порядку шляхом витребування речей, документів, відомостей відповідно до частини другої статті 93 цього Кодексу, або за допомогою інших слідчих дій, передбачених цим Кодексом, а доступ до осіб, яких планується відшукати, – за допомогою інших слідчих дій, передбачених цим Кодексом. У даному контексті вважаємо за необхідне зазначити, що в чинній редакції вказаної норми передбачена обов’язковість вказівки в клопотанні на *підстави для обшуку*. Фактичною підставою для проведення обшуку є наявність достатніх відомостей, що вказують на можливість досягнення його мети. До них, зокрема, можна віднести достатні відомості про те, що предмети і документи, що мають значення для розкриття правопорушення чи забезпечення цивільного позову, відомості про обставини вчинення кримінального правопорушення знаходяться у певному приміщенні або місці чи в якої-небудь особи. Такі дані можуть бути одержані процесуальним шляхом і міститися в матеріалах кримінального провадження (у показаннях та інших повідомленнях громадян і посадових осіб, заявах, поясненнях, рапортах) у протоколах слідчих (розшукових), негласних слідчих (розшукових) дій та ін. Ці дані також можуть бути отримані оперативно-розшуковим шляхом, однак при цьому відповідати вимогам допустимості[[1]](#footnote-1). Слідчий суддя відмовляє у задоволенні клопотання про обшук, якщо прокурор, слідчий не доведе наявність достатніх підстав вважати, що: 1) було вчинено кримінальне правопорушення; 2) відшукувані речі і документи мають значення для досудового розслідування; 3) відомості, які містяться у відшукуваних речах і документах, можуть бути доказами під час судового розгляду; 4) відшукувані речі, документи або особи знаходяться у зазначеному в клопотанні житлі чи іншому володінні особи (частина п’ята статті 234 КПК). Враховуючи наведене, підстави для розширення переліку відомостей, які має містити клопотання про проведення обшуку, на наш погляд, відсутні. Звертаємо також увагу, що закріплення обов’язку слідчого, прокурора завжди попередньо пропонувати в добровільному порядку надати речі, документи, відомості відповідно до частини другої статті 93 КПК і лише після їх ненадання звертатися з клопотанням про проведення обшуку найімовірніше матиме наслідком зникнення чи знищення цих речей, документів, відомостей, а відтак неможливість належного проведення досудового розслідування.

3. У законопроекті пропонується викласти в новій редакції частину першу статті 236 КПК та вказати на те, що для участі в проведенні обшуку *може бути* запрошений потерпілий, підозрюваний, захисник, представник та інші учасники кримінального провадження. Таким чином, пропонується зберегти закріплений в чинній редакції цієї статті підхід, який полягає у тому, що запрошення потерпілого, підозрюваного, захисника, представника та інші учасників кримінального провадження для участі у проведенні обшуку не є обов’язковим. Натомість, у змінах до частини третьої статті 237 КПК запрошення потерпілого, підозрюваного, захисника та законного представника для участі в огляді визнається обов’язковим. Крім того, звертаємо увагу на суперечність між приписами чинної частини другої та пропонованої проектом частини третьої статті 237 КПК. Зокрема, огляд житла чи іншого володіння особи здійснюється згідно з правилами цього Кодексу, передбаченими для обшуку житла чи іншого володіння особи (частина друга статті 237 КПК). Як вже зазначалося, для участі в проведенні обшуку запрошення потерпілого, підозрюваного, захисника, представника та інших учасників кримінального провадження не є обов’язковим. В той же час таке запрошення буде обов’язковим для участі в огляді житла чи іншого володіння особи, з чого вбачається відмінність правил проведення таких слідчих дій, як обшук та огляд житла чи іншого володіння особи.

Слід також зауважити, що встановлення обов’язку запрошувати зазначених вище осіб зумовить втрату оперативності проведення слідчої дії, що матиме наслідком порушення прав потерпілого.

4. У п’ятому реченні частини першої статті 236 КПК пропонується встановити, що з метою одержання допомоги з питань, що потребують спеціальних знань, слідчий, прокурор для участі в обшуку *запрошує* спеціалістів. Таким чином, незважаючи на те, чи є присутність вказаних осіб необхідною при проведенні обшуку житла чи іншого володіння особи, слідчий, прокурор зобов’язані будуть їх запрошувати. На наш погляд, доцільність такого законодавчого кроку відсутня, адже такий підхід призведе до даремного витрачання часу як слідчого, прокурора, так і зазначених спеціалістів.

5. У законопроекті пропонується викласти у новій редакції перше речення частини четвертої статті 236 КПК і зазначити, що у разі відсутності осіб у житлі чи іншому володінні *обшук проводиться тільки за обов’язкової участі адвоката, залученого в порядку, передбаченому статтями 49, 53, частиною третьою цієї статті цього Кодексу*, а копія ухвали повинна бути залишена на видному місці у житлі чи іншому володінні особи. Однак слід врахувати, що часто результативність слідчих дій залежить від оперативності їх проведення. А оперативність не завжди можна поєднати з обов’язком слідчого, прокурора залучити для участі у проведенні обшуку адвоката. Таким чином, прийняття зазначеного положення призведе до втрати оперативності при проведенні такої слідчої дії, як обшук, внаслідок чого слідчий, прокурор будуть позбавлені можливості отримати відповідні докази.

6. В третьому реченні частини п’ятої статті 236 КПК (в редакції законопроекту) передбачено, що обшук особи повинен бути здійснений особами тієї ж статі *за обов’язкової участі адвоката*. При цьому не враховано, що це може суперечити волі особи, обшук якої проводиться, і в такому випадку буде насильством щодо неї. Задля уникнення такої ситуації приписи проекту повинні бути доповнені положеннями про те, що участь адвоката є обов’язковою лише за наявності на це згоди особи, обшук якої планується провести.

7. Частину сьому статті 236 КПК пропонується доповнити абзацом другим, відповідно до якого при обшуку вилучення електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв’язку забороняється. Однак необхідно принаймні уточнити, що ця заборона не поширюється на випадки, коли таке вилучення здійснюється як виняток на підставі дозволу слідчого судді. В іншому випадку виникає суперечність між нормами наведеної статті та абзацом другим частини третьої статті 234 КПК (у редакції законопроекту).

**Узагальнюючий висновок: за результатами розгляду в першому читанні законопроект доцільно повернути суб’єкту права законодавчої ініціативи на доопрацювання.**

**Керівник Головного управління В.І. Борденюк**

Вик.: Попович В.П., Кунець І.Ю.

1. С. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. Т. 1 / О.М. Бандурка, Є.М. Блажівський, Є П. Бурдоль та ін. ; за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова. – Х. : Право, 2012. – С. 592-593. [↑](#footnote-ref-1)