

РОЗДІЛ V. ПРОБЛЕМИ БОРОТЬБИ ЗІ ЗЛОЧИННІСТЮ ТА ПРАВООХОРОННА ДІЯЛЬНІСТЬ

УДК 343.132 (477)

С. Є. Абламський

ОСОБЛИВОСТІ ЗДІЙСНЕННЯ ТИМЧАСОВОГО ДОСТУПУ ДО ЕЛЕКТРОННИХ ІНФОРМАЦІЙНИХ СИСТЕМ АБО ЇХ ЧАСТИН, МОБІЛЬНИХ ТЕРМІНАЛІВ СИСТЕМ ЗВ'ЯЗКУ

У статті досліджено питання здійснення тимчасового доступу до електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку. Зазначено, що особливістю здійснення цього різновиду тимчасового доступу є зняття лише копії інформації без її вилучення. Сформовано окремі пропозиції та запропоновано рекомендації щодо правозастосування інституту тимчасового доступу до речей і документів.

Ключові слова: заходи забезпечення кримінального провадження, тимчасовий доступ до речей і документів, огляд, виїмка, сторона обвинувачення.

Постановка проблеми. Багаторічні пошуки запровадження дієвих засобів проведення досудового розслідування кримінальних правопорушень сприяли законодавчому закріпленню нових інститутів формування доказів у кримінальному провадженні. Закріплення в Кримінальному процесуальному кодексі України 2012 року (далі – КПК України) процесуального інституту тимчасового доступу до речей і документів є досить вагомим кроком. Як зауважує Г. І. Глобенко, серед клопотань, які розглядаються слідчими суддями під час досудового розслідування, близько 70% від загальної їх кількості становлять саме клопотання про застосування заходу забезпечення кримінального провадження у вигляді тимчасового доступу до речей і документів. Тим більше, з року в рік, цей відсоток збільшується. Це обумовлюється тим, що речі та документи мають важливе доказове значення в кримінальному провадженні, а отже, отримання до них доступу є необхідним як для встановлення обставин учиненого кримінального провадження, так і винних осіб у його вчиненні [1, с. 32]. Однак неоднозначні підходи науковців і практиків до розуміння, а отже, і правозастосування досліджуваного інституту, створюють певні складнощі в практичній діяльності правоохоронних органів і суду. У зв'язку з цим виникає потреба в поглибленому вивченні інституту тимчасового доступу до речей і документів, що обумовлює актуальність розглядуваних питань. У цій статті ми зупинимося на особливостях здійснення тимчасового доступу до електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У наш час окремі питання здійснення тимчасового доступу до речей і документів досліджували А. П. Бущенко, Г. І. Глобенко, О. І. Коровайко, Т. О. Кузубова, О.Ю. Татаров, Л. Д. Удалова, В. І. Фаринник, А. В. Чуб та ін. Проте, незважаючи на певні

здобутки вчених, правозастосування цього інституту в практичній площині на сьогодні викликає певні труднощі.

Формування цілей. Метою статті є уніфікація здійснення тимчасового доступу до електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку, що надасть можливість запропонувати рекомендації прикладного характеру.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до вимог другого абзацу ч. 1 ст. 159 КПК України тимчасовий доступ до електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку здійснюється через зняття копії інформації, що міститься в таких електронних інформаційних системах або їх частинах, мобільних терміналах систем зв'язку, без їх вилучення. Виняток із цього загального правила становлять лише речі й документи, зазначені ст. 161 КПК України, а саме: листування або інші форми обміну інформацією між захисником та його клієнтом, або будь-якою особою, яка представляє його клієнта, у зв'язку з наданням правової допомоги; об'єкти, які додані до такого листування або інших форм обміну інформацією. Поряд з тим, у ст. 162 КПК України закріплено чіткий перелік речей і документів, які містять охоронювану законом таємницю, з огляду на це, законом передбачено спеціальний порядок доступу до них.

Що стосується досліджуваного нами питання, то частинами електронної інформаційної системи зазвичай можуть бути: база даних, система управління базою даних, клієнтське програмне забезпечення тощо.

Загальною метою тимчасового доступу до речей і документів є збирання доказів та встановлені обставин, що мають значення для кримінального провадження. Тобто мета його проведення збігається з метою слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, проте процесуальний порядок їх здійснення відрізняється.

У положенні ч. 1 ст. 159 КПК України закріплено три способи здійснення тимчасового доступу до речей і документів, зокрема: ознайомлення з ними; виготовлення копій; вилучення речей і документів (здійснення їх виїмки). Кожен з перерахованих способів має свої особливості, насамперед у частині здійснення та фіксування, які слід брати до уваги під час їх правозастосування. Зокрема, закон вимагає залишення опису лише в разі вилучення речей і документів. У КПК України взагалі не передбачено вимоги щодо складання протоколу тимчасового доступу до речей і документів. З цього питання в юридичних джерелах трапляються різні погляди. Так, одні автори вважають за доцільне складати такий протокол з дотриманням вимог ст. 104 КПК України та ч. 5 ст. 237 КПК України, а в разі вилучення речей і документів бажано використовувати технічні засоби фіксування [2, с. 498-500; 1, с. 33], а інші - вказують про недоцільність цього, адже положеннями глави 15 КПК України, що безпосередньо регламентують порядок застосування тимчасового доступу до речей і документів, не передбачено складання такого протоколу [3, с. 89]. Ми підтримуємо тих учених, які вважають за необхідне складати такий протокол, оскільки: по-перше, це є свідченням проведення тимчасового доступу до речей і

документів; по-друге, відсутність фіксації ходу й результатів проведення процесуальної дії веде до визнання отриманих доказів недопустимими. У такому разі опис буде додатком до протоколу, що відповідає положенням ст. 105 КПК України, тому слідчому, прокуророві слід неухильно дотримуватися вимог указаної статті.

Якщо ж тимчасовий доступ до речей і документів здійснено способом ознайомлення з ними, то слідчому, прокуророві також слід скласти протокол про це, після чого він долучається до матеріалів кримінального провадження. У протоколі про ознайомлення з речами чи документами вважаємо за потрібне відобразити точну назву речі чи документа та сторінки, з якими ознайомлювалися. При його складанні слід дотримуватися вимог ст. 104 КПК України.

У разі здійснення тимчасового доступу до речей і документів способом копіювання документів, слідчому, прокуророві також доцільно складати протокол, а перелік скопійованих документів відобразити в описі, який буде додатком до протоколу.

Що ж безпосередньо стосується здійснення тимчасового доступу до електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку, то в цьому випадку слідчий залишає інформацію, що міститься в них, оскільки робить копії цієї інформації.

Окремо слід звернути увагу, що чинний КПК України не містить спеціальних вимог до складання опису, крім зазначення в ньому переліку вилученого. Опис, як документ, повинен бути оформлений відповідно до загальних вимог до паперового документа. У цьому випадку метою складання опису є фіксація проведення процесуальної дії в кримінальному провадженні.

У разі відмови власника добровільно виконати ухвалу про тимчасовий доступ до електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку слідчий, прокурор звертається з клопотанням про проведення обшуку. Дозвіл на проведення обшуку задовольняється судами за умови надання слідчим доказів та обґрунтувань учинення злочину та доведеності, обґрунтованості, виправданості заходів впливу з огляду на ступінь тяжкості кримінального порушення. У клопотанні слідчого про обшук, повинна міститися вичерпна інформація про конкретні речі, документи, а також осіб, яких планується відшукати. Дана інформація обов'язково повинна дублюватись в ухвалі слідчого судді.

Під час проведення обшуку має бути залучений спеціаліст, який володіє знаннями щодо особливого порядку зняття інформації із серверного обладнання, і який міг би визначити конкретне серверне обладнання, що підлягає вилученню. Це тимчасове вилучення електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку для вивчення фізичних властивостей, що мають значення для кримінального провадження, здійснюється лише тоді, коли вони безпосередньо зазначені в ухвалі суду згідно з положеннями ст. 168 КПК України.

Звернемо увагу на те, що під час обшуку якихось особливостей вилучення електронних інформаційних систем або їхніх частин, мобільних

документів; по-друге, відсутність фіксації ходу й результатів проведення процесуальної дії веде до визнання отриманих доказів недопустимими. У такому разі опис буде додатком до протоколу, що відповідає положенням ст. 105 КПК України, тому слідчому, прокуророві слід неухильно дотримуватися вимог указаної статті.

Якщо ж тимчасовий доступ до речей і документів здійснено способом ознайомлення з ними, то слідчому, прокуророві також слід скласти протокол про це, після чого він долучається до матеріалів кримінального провадження. У протоколі про ознайомлення з речами чи документами вважаємо за потрібне відобразити точну назву речі чи документа та сторінки, з якими ознайомлювалися. При його складанні слід дотримуватися вимог ст. 104 КПК України.

У разі здійснення тимчасового доступу до речей і документів способом копіювання документів, слідчому, прокуророві також доцільно складати протокол, а перелік скопійованих документів відобразити в описі, який буде додатком до протоколу.

Що ж безпосередньо стосується здійснення тимчасового доступу до електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку, то в цьому випадку слідчий залишає інформацію, що міститься в них, оскільки робить копії цієї інформації.

Окремо слід звернути увагу, що чинний КПК України не містить спеціальних вимог до складання опису, крім зазначення в ньому переліку вилученого. Опис, як документ, повинен бути оформлений відповідно до загальних вимог до паперового документа. У цьому випадку метою складання опису є фіксація проведення процесуальної дії в кримінальному провадженні.

У разі відмови власника добровільно виконати ухвалу про тимчасовий доступ до електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку слідчий, прокурор звертається з клопотанням про проведення обшуку. Дозвіл на проведення обшуку задовольняється судами за умови надання слідчим доказів та обґрунтувань учинення злочину та доведеності, обґрунтованості, виправданості заходів впливу з огляду на ступінь тяжкості кримінального порушення. У клопотанні слідчого про обшук, повинна міститися вичерпна інформація про конкретні речі, документи, а також осіб, яких планується відшукати. Дана інформація обов'язково повинна дублюватись в ухвалі слідчого судді.

Під час проведення обшуку має бути залучений спеціаліст, який володіє знаннями щодо особливого порядку зняття інформації із серверного обладнання, і який міг би визначити конкретне серверне обладнання, що підлягає вилученню. Це тимчасове вилучення електронних інформаційних систем або їх частин, мобільних терміналів систем зв'язку для вивчення фізичних властивостей, що мають значення для кримінального провадження, здійснюється лише тоді, коли вони безпосередньо зазначені в ухвалі суду згідно з положеннями ст. 168 КПК України.

Звернемо увагу на те, що під час обшуку якихось особливостей вилучення електронних інформаційних систем або їхніх частин, мобільних

терміналів систем зв'язку чинне кримінальне процесуальне законодавство не передбачає. А ось під час тимчасового доступу (ст. 159 КПК України) до електронних інформаційних систем або їхніх частин, мобільних терміналів систем зв'язку чітко передбачено, що потрібно знімати копію інформації, яка в них міститься, а не вилучати їх. Згідно з ч. 7 ст. 236 КПК України слідчі, вилучаючи речі (серверне обладнання), повинні оглянути його та встановити обставини, що мають значення для кримінального провадження.

Зазначимо, що слідчий не має права доручити виконання ухвали слідчого судді, суду про тимчасовий доступ до речей і документів працівникам оперативних підрозділів. Пояснюється це тим, що відповідно до п. 3 ч. 2 ст. 40 КПК України слідчий уповноважений доручати проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій відповідним оперативним підрозділам. Це ті процесуальні дії, які передбачені главою 20 КПК України - «Слідчі (розшукові) дії» та главою 21 КПК України «Негласні слідчі (розшукові) дії». Відповідно до п. 5 ч. 2 ст. 131 КПК України тимчасовий доступ до речей і документів (глава 15 КПК України) законодавцем віднесено до заходів забезпечення кримінального провадження, проведення яких покладено лише на слідчого.

Водночас згідно з пунктом 17.2 листа Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання здійснення слідчим суддею суду першої інстанції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження» від 05.04.2013 особа, яка зазначена в ухвалі слідчого судді, суду про тимчасовий доступ до речей і документів як володілець речей або документів, зобов'язана згідно з ч. 1 ст. 165 КПК України надати тимчасовий доступ до визначених в ухвалі речей або документів особі, указаній у відповідній ухвалі слідчого судді, суду або ж особі, уповноваженій на здійснення тимчасового доступу на підставі доручення слідчого [4]. З контексту змісту наведеного листа вбачається, що слідчий наділений повноваженням надавати іншій особі доручення на здійснення тимчасового доступу до речей і документів, що явно суперечить вимогам КПК України й не може бути реалізовано на практиці.

Крім того, в узагальненій судовій практиці щодо розгляду слідчим суддею клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження вказано, що оперативні підрозділи мають право звертатися до слідчих суддів першої інстанції з клопотанням про тимчасовий доступ до речей і документів у порядку, установленому ст.ст. 159-166 КПК України [5]. У цьому ж листі зазначено, що ані Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність», ані КПК України не регламентовано процедуру ініціювання такого клопотання. Зважаючи на це, судді ВССУ рекомендують, щоб таке клопотання подавалося керівником відповідного оперативного підрозділу або його заступником за погодженням з прокурором. Проте вбачається, що така позиція порушує вимоги ст. 9, 40, 41, 159-166 КПК України, оскільки, по-перше, учасниками (суб'єктами) ініціювання клопотання про тимчасовий доступ до речей і документів є лише сторони

кримінального провадження, до яких оперативні підрозділи не відносяться; по-друге, оперативні підрозділи не мають права здійснювати процесуальні дії в кримінальному провадженні за власною ініціативою або звертатися з клопотанням до слідчого судді чи прокурора (ч. 2 ст. 40 КПК України). Отже, положення наведених листів суперечать вимогам КПК України, що ставить під сумнів отримання в такий спосіб доказів, адже вони є недопустимими й не можуть бути використані при прийнятті процесуальних рішень, а також на них не може посилатися суд при ухваленні судового рішення (ст. 86 КПК України).

Зазначимо, що відповідно до положень частин 1 та 2 ст. 100 КПК України речовий доказ або документ, вилучений тимчасовим доступом, зберігається в сторони кримінального провадження, яка його вилучила. Сторона кримінального провадження повинна зберігати вилучене в стані, придатному для використання в кримінальному провадженні. Слідчий, прокурор зобов'язані оглянути, сфотографувати та докладно описати в протоколі огляду речові докази, що вилучені.

На підставі вимог ч. 2 ст. 100 КПК України сторона обвинувачення здійснює зберігання речових доказів за правилами, передбаченими Порядком 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 [6]. З-поміж іншого, у пунктах 3, 7 указанного Порядку закріплено, що речові докази, за винятком документів, які зберігаються разом з матеріалами кримінального провадження, повинні бути належним чином упаковані та опечатані; спосіб упаковки повинен забезпечувати неможливість підміни або зміни вмісту без порушення її цілісності та схоронності вилучених (отриманих) речових доказів від пошкодження, псування, погіршення або втрати властивостей, завдяки яким вони мають доказове значення; вилучені (отримані) стороною обвинувачення речові докази зберігаються разом з матеріалами кримінального провадження в індивідуальному сейфі (металевій шафі) слідчого, який здійснює таке провадження; речові докази, у тому числі документи, які за своїми властивостями (габаритами, кількістю, вагою, об'ємом) не можуть зберігатися разом з матеріалами кримінального провадження, зберігаються в спеціальних приміщеннях органу, у складі якого функціонує слідчий підрозділ, що обладнані сейфами (металевими шафами), стелажми, оббитими металом дверима, ґратами на вікнах, охоронною та протипожежною сигналізацією.

Висновки. Підсумовуючи дослідження, можемо констатувати, що положення чинної глави 15 КПК України потребує відповідних змін і корективів. Уважаємо, що висловлені пропозиції та запропоновані рекомендації щодо застосування інституту тимчасового доступу до речей і документів надалі будуть сприяти підвищенню професійного рівня працівників слідчих підрозділів Національної поліції України, а також забезпечать одноманітне його правозастосування.

Використані джерела:

1. Глобенко Г. І. Тимчасовий доступ до речей і документів як захід забезпечення кримінального провадження / Г. І. Глобенко // Процесуальні та криміналістичні аспекти досудового розслідування : матер. міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 14 квітня 2016 року) – Одеса : ОДУВС, 2016. – С. 32–33.
2. Зразки процесуальних документів (досудове розслідування): наук.-практ. посіб./О. І. Перепелиця, С. Є. Кучерина, В. В. Федосєєв та ін. – Харків: Право, 2015. – 632 с.
3. Кузубова Т. О. Процесуальні аспекти застосування тимчасового доступу до речей і документів стороною захисту / Т. О. Кузубова // Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ. – 2016. – № 4 (75). – С. 87–96.
4. Про деякі питання здійснення слідчим суддею суду першої інстанції судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб під час застосування заходів забезпечення кримінального провадження [Електронний ресурс]: лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 05.04.2013 № 223-558/0/4-13. – Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0558740-13>.
5. Узагальнення судової практики щодо розгляду слідчим суддею клопотань про застосування заходів забезпечення кримінального провадження від 07.02.2014 [Електронний ресурс]: Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ від. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/n0001740-14>.
6. 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 [Електронний ресурс]: постанова Кабінету Міністрів України від 19.11.2012 № 1104. – Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1104-2012-п/para6#n6>.

Стаття надійшла до редколегії 07.04.2017

Абламский С.Е. Особенности осуществления временного доступа к электронным информационным системам или их частей, мобильных терминалов систем связи

В статье исследованы отдельные вопросы осуществления временного доступа к электронным информационным системам или их частей, мобильных терминалов систем связи. Приведено законодательное понятие временного доступа к вещам и документам, отображена его цель и способы проведения. Отмечено, что особенностью осуществления данного вида временного доступа является снятие только копии информации без ее извлечения. Сформированы отдельные предложения и рекомендации по правоприменению института временного доступа к вещам и документам.

Ключевые слова: меры обеспечения уголовного производства, временный доступ к вещам и документам, осмотр, выемка, сторона обвинения.

Ablamsky S. Aspects of Temporary Access to Electronic Information Systems or Their Parts and Mobile Terminals of Communication Systems

The article explores some issues of temporary access to electronic information systems or their parts, mobile terminals of communication systems. The legislative

concept of temporary access to things and documents is given, its purpose and ways of conducting are reflected. It is noted that the feature of the implementation of this type of temporary access is the removal of only a copy of the information without extracting it. Special attention is drawn to the fact that the current Criminal Procedure Code of Ukraine does not contain special requirements for drawing up a description, except for indicating the list of seized items. Description, as a document, must be formalized in accordance with the general requirements for a paper document. In this case, the purpose of the description is to fix the conduct of procedural action in criminal proceedings. Attention is drawn to the expediency of drawing up a protocol for temporary access to things and documents, which is not inconsistent and is consistent with the probation of Article 104 of the Criminal Procedure Code of Ukraine. Attention is drawn to the fact that the investigator has no right to entrust execution of the decision of the investigating judge, the court on temporary access to things and documents to employees of operational units. This is explained by the fact that according to point 3 of part 2 of Art. 40 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, the investigator is authorized to entrust investigative (search) actions and secret investigative (search) actions to the relevant operational units. Some proposals and recommendations on the law enforcement of the institution of temporary access to things and documents have been formed.

Key words: *measures of ensuring criminal proceedings, temporary access to items and documents, search, seizure, prosecution.*