

Джеремі МАКБРАЙД,
консультант Ради Європи, баристер Монктон Чемберс,
Лондон, Сполучене Королівство,
колишній Голова наукового комітету Агентства Європейського Союзу
з питань основоположних прав

ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ПРОКУРАТУРИ СТОСОВНО РОЗКРИТТЯ ДОКАЗІВ

Кримінальний процесуальний кодекс (КПК) України на сьогодні дозволяє стороні захисту збирати докази, однак неминучою ознакою всіх систем кримінальної юстиції є те, що сторона обвинувачення, як правило, має в розпорядженні більше доказів, ніж сторона захисту. Це відображає роль, яку обвинувачення відіграє разом зі слідчими органами, ініціюючи встановлення обставин події після появи заяви про вчинення правопорушення. Також це демонструє, що обвинувачення прямо або опосередковано має значно більше ресурсів для встановлення фактів.

Проте не всі докази, зібрані стороною обвинувачення або за її запитом, є речовими – документи, показання, висновки експертів – та вказують на винуватість. Деякі з них можуть доводити і невинуватість.

Розглядаючи докази, обвинувачення має зробити висновок щодо достатності мотивів для відкриття провадження проти одного або більше підозрюваних. Остаточний висновок обвинувачення щодо доказів проти конкретного підозрюваного часто є обґрунтованим, але під час формування цього висновку не виключено, що деякі докази не беруться до уваги або навіть не враховуються. Звичайно, природним є намагання дотримуватись певних ліній розслідування, особливо якщо початкова підозра, як здається, підтверджується, і легше розглядати менш переконливі докази, що руйнують початкову уяву про справу. Це не означає, що так робиться свідомо, хоча це і трапляється. Це – просто визнання реальності, в якій може відбуватись тлумачення великого масиву даних.

Таким чином, вкрай важливо знати, які докази має у розпорядженні сторона обвинувачення, щоб не тільки підготуватись до захисту – знати, з чим доведеться стикнутися, – а й щоб мати можливість визначити докази на підтримку аргументів щодо невинуватості обвинуваченого. Наприклад, через пошук доказів, які свідчать, що він не міг вчинити злочин, адже належне тлумачення даних про мобільні телефонні дзвінки особи може вказувати на неможливість її знаходження в місці вчинення злочину і таким чином підтримати захист посиленням на алібі, або через виявлення певних фактів, які руйнують очевидну силу показань окремого свідка, – може

здаватись, що переконливий очевидець недвозначно вказує на вину обвинуваченого, але інформація щодо причин, з яких він може обвинувачувати відповідача, може дати привід для перехресного допиту, який підірве достовірність його показань. Це, звісно, тільки окремі приклади, що демонструють, чому обвинуваченому важливо мати доступ до матеріалів, які має сторона обвинувачення.

Потреба в розкритті таких матеріалів визнається Європейським судом з прав людини (ЄСПЛ) як один з найважливіших елементів права будь-якої особи на справедливий суд, що гарантується ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), незважаючи на те, що в цій статті немає очевидного посилання на нього. Позиція ЄСПЛ полягає в тому, що таке розкриття є важливим для дійсно змагального судового процесу, хоча іноді його також називають необхідним заходом для забезпечення рівноправності сторін.

Таким чином, дуже добре, що чітка основа для забезпечення такого розкриття передбачається ст.ст. 42, 221 і ст. 290 КПК. Проте важливо забезпечити застосування таких положень згідно з підходом, якого дотримується у своїй практиці ЄСПЛ.

Загалом, розкриття відбувається шляхом надання доступу до матеріалів справи і має стосуватися всіх речових доказів, пов'язаних зі справою, тобто всього, що було зібране в ході розслідування заявленого правопорушення.

Проте важливо пам'ятати, що зобов'язання щодо розкриття інформації не є абсолютним. Деякі докази можуть не надаватися, якщо це необхідно для охорони основоположних прав іншої особи або захисту важливого державного інтересу. Такі випадки мають місце, коли необхідно захистити інформаторів, життя яких може загрожувати небезпека внаслідок розкриття їх участі в розслідуванні, коли необхідно вчинити певні дії або заходи під прикриттям, а також коли матеріали є важливими для забезпечення національної безпеки.

Обов'язок щодо розкриття допускає деякі винятки, і це передбачається в ст. 290 Кодексу, а саме – стосовно матеріалів, що не можуть розкриватися під час судового процесу. Проте важливо розуміти, що ЄСПЛ не обов'язково визнаватиме таке нерозголошення виправданим, якщо буде просто заявлено, що воно здійснене із зазначених вище причин, і якщо сторона обвинувачення не має наміру надавати їх в ході судового процесу. Щодо останньої тези, слід пам'ятати, що необхідність у розкритті стосується матеріалів, які можуть допомогти захисту, а не матеріалів, які прокурор вважає важливими для справи, яку він буде проти обвинуваченого.

Отже, необхідно мати на увазі, що ЄСПЛ дуже уважно вивчатиме ситуації, коли докази у розпорядженні обвинувачення не були повністю розкриті стороні захисту.

Це означає, що обсяг будь-яких обмежень буде ретельно перевірятись. Наприклад, у справі «Моїсеєв проти Росії» від 9 жовтня 2008 р. № 62936/00 мала місце відмова задовольнити прохання про доступ до інформації, натомість надавався лише доступ за вкрай обмежених умов нібито тому, що

ці дані містили конфіденційну інформацію. ЄСПЛ погодився із законністю інтересів захисту національної безпеки як причиною обмеження доступу до такої інформації (наприклад, спеціальні процедури, що регулюють, де і коли з нею можна ознайомитись), проте вирішив, що в цій справі не було належного регулювання такого доступу, тому широке застосування обмежень фактично не було виправданим. Суд зазначив, що вони стосувалися всього документа, в той час як секретну інформацію можна було викласти в окремому додатку. Крім того, Суд дійшов висновку, що ефективного розкриття не відбулось: хоча будь-який матеріал можна було побачити, цей знаходився у спеціальному реєстрі, з якого його неможливо було вилучити або скопіювати; не було навіть жодної можливості зробити будь-які нотатки, щоб потім звірити з відповідними експертами питання, які захист вважав важливими для справи.

Так само в справі «Едвардс і Льюїс проти Сполученого Королівства» від 27 жовтня 2004 р. № 39647/98 було встановлено порушення ст. 6 Конвенції, пов'язане з ненаданням матеріалів через потенційне завдання шкоди секретним методам розслідування, в той час як матеріали стосувалися можливого провокування обвинуваченого з боку поліції на здійснення порушення, в якому його звинуватили. Ці матеріали безпосередньо стосувалися судового процесу над обвинуваченим, оскільки докази щодо провокування були підтверджені, обвинувачення мали б бути зняті, тому що це за своєю природою суперечить праву на справедливий суд.

Більш того, ЄСПЛ вивчає не тільки суть заяв щодо виправданості відмови у розкритті, а й приділяє велику увагу наявності процедури, яка не залишатиме на розсуд сторони обвинувачення те, розкривати вирішення питання, інформацію чи ні. На думку ЄСПЛ, сторона обвинувачення не повинна намагатися оцінювати важливість тієї чи іншої інформації для захисту, а потім вирішувати відповідне питання з урахуванням державних інтересів щодо збереження інформації у таємниці. ЄСПЛ натомість вважає істотним, щоб це питання вирішувалося саме судом та існувала процедура, за якою захист може оскаржити вимогу обвинувачення щодо нерозголошення.

Це означає, що недостатньо сказати представникам захисту, що матеріали було утримано від розкриття, а слід розкрити природу цих матеріалів.

До того ж Велика палата ЄСПЛ у справі «Роув і Дейвіс проти Сполученого Королівства» від 16 лютого 2000 р. № 28901/95 чітко зазначила, що рішення суду не розкривати інформацію не може бути остаточним. Якщо в розкритті було відмовлено, протягом процесу необхідно відстежувати подальшу відповідність такого рішення. Це пов'язане з тим, що важливість таких матеріалів може зрости залежно від представлення справи проти обвинуваченого, особливо якщо ознайомлення з нерозкритими матеріалами могло б піддати сумніву достовірність показань певних свідків.

Якщо це відбувається, нерозкриття таких доказів не буде вважатись таким, що порушує вимоги ст. 6 Конвенції. Але оцінка цього питання має бути виваженою. Показовим прикладом відсутності такої оцінки є справа «Мірілашві-

лі проти Росії» від 11 грудня 2008 р. № 6293/04, яка стосувалась матеріалів щодо санкціонування прослуховування телефонних розмов, що в принципі стосувалося національної безпеки. Проблема полягала в тому, що хоча судова процедура існувала, суд фактично не проаналізував, чи могли ці матеріали у будь-який спосіб допомогти захисту, та чи їх розкриття могло принаймні потенційно завдати шкоди будь-якому конкретному державному інтересу. У розкритті було відмовлено тільки на підставі типу матеріалів без урахування їх змісту. Внаслідок цього відмова не супроводжувалася належними процесуальними гарантіями, не була достатньо обґрунтованою і таким чином порушувала ст. 6 Конвенції.

За розкриття інформації відповідає сторона обвинувачення, але завжди важливо пам'ятати, що суди також відіграють істотну роль у забезпеченні цього аспекту права на справедливий суд. Якщо суди не нададуть дійсно незалежну та мотивовану оцінку потребі у нерозголошенні інформації, то рішення неминуче буде вважатись таким, що порушує ст. 6 Конвенції.

Mr Jeremy MCBRIDE,

Council of Europe Consultant, Barrister, Monckton Chambers,
Former Chairman of the Scientific Committee
of the European Union Agency for Fundamental Rights

THE PROSECUTION'S OBLIGATION TO DISCLOSE EVIDENCE

Although the Criminal Procedure Code now provides for the possibility of evidence being gathered by the defence, it is an inevitable feature of all criminal justice systems that the prosecution will almost always have more evidence at its disposal than the defence. This is a reflection of its role, together with the investigating bodies, in taking the initiative to establish what happened once an allegation has been made that an offence has been made, as well as of the considerably greater resources at its disposal, whether directly or indirectly, to seek to establish the facts.

However, not all the evidence gathered by or at the request of the prosecution will be material – whether physical, scientific or testimonial – that points to culpability; some of it could well be exculpatory.

When reviewing the evidence, the prosecution will have to make a judgement as to whether or not there is a sufficient basis to bring proceedings against one or more suspects. The ultimate judgment reached by the prosecution regarding the evidence against a specific suspect will often be justified. However, in the course of

forming that judgment, it is not improbable that some of that evidence will either be discounted or even overlooked. Certainly, it is a natural tendency to pursue certain lines of investigation over others, especially where an initial suspicion seems to be being reinforced, and it is easier to consider less compelling evidence that undermines the initial view taken of the case. This is not to suggest that this is done deliberately – although that can occur – but it is simply a recognition of the reality of how the interpretation of a large body of data can be handled.

Knowing the evidence that the prosecution has at its disposal is thus essential not only for preparing a defence – knowing what one has to meet – but also for being able to identify evidence which could support submissions that an accused should not be found guilty. This might, for example, be because of finding evidence that shows that he or she could not have committed the offence (proper interpretation of data about a person's mobile telephone calls could show the impossibility of him or her being at the location of the offence and thus support an alibi defence) or because of discovering something that undermines the apparent strength of a particular witness's testimony (a compelling eyewitness might seem a strong pointer to an accused's guilt but information about reasons that he or she might have for incriminating an accused person could allow for a devastating cross-examination). These are, of course, just a couple of illustrations as to why it is important that an accused should have access to the material possessed by the prosecution.

The need for such disclosure has thus understandably been recognised by the European Court of Human Rights as an essential element in the right to a fair trial guaranteed by Article 6 of the European Convention on Human Rights, notwithstanding that there is no express reference to it in that provision. The Court takes the view that such disclosure is essential if there is truly to be an adversarial trial, although the issue of disclosure is sometimes also characterised as necessary to ensure an equality of arms.

It is, therefore, entirely welcome that there is a clear basis for ensuring such disclosure in provisions such as Articles 42, 221 and 290 of the Criminal Procedure Code. The essential thing, however, is to ensure that those provisions of the Criminal Procedure Code are given effect in a manner that is consistent with the approach that has been developed in the case law of the European Court of Human Rights.

In general, disclosure will be effected through access to the case file and this should cover all the material evidence relating to the case, i.e., everything that has been gathered in the course of the investigation of the alleged offence.

However, it is important to bear in mind that the obligation of disclosure is not an absolute one. It is possible for some evidence to be withheld if this is strictly necessary to preserve the fundamental rights of another individual or to safeguard an important public interest. The instances in which this might be the case tend to relate to the protection of informers whose lives could be endangered by disclosing their involvement in the investigation, as well as to the use of certain undercover activities and techniques and to material that is important for reasons of national security.

Although some exceptions are thus recognised to the duty of disclosure and there is scope for them to be relied upon pursuant to Article 290 of the Code, namely, in respect of material that will not be disclosed in the trial, it is important to appreciate that non-disclosure will not necessarily be accepted as justified by the European Court of Human Rights simply because it is said to be for one of the reasons just given and certainly not because it is not going to be introduced by the prosecution in the course of the trial. As regards, the last point, it must be recalled that the need for disclosure is about material which could help the defence and not about material which the prosecutor considers relevant to the case he or she is making against an accused person.

It should be borne in mind, therefore, that the European Court of Human Rights will subject to very close scrutiny situations in which there has not been full disclosure to the defence of the evidence that the prosecution actually has at its disposal.

This means that the extent of any restrictions will be rigorously examined. For example in the case of *Moiseyev v. Russia*, no. 62936/00, 9 October 2008, there was a refusal to accede to a request to allow access to information except in the most restrictive conditions, purportedly because the information concerned contained sensitive information. The European Court, although accepting the legitimacy of protecting national security as the basis for imposing restrictions on the way in which information could be accessed (such as special procedures governing where and when it could be viewed), found that there was no proper regulation of such access in this case and indeed no justification advanced for the sweeping nature of the restrictions concerned. As it noted the whole document was affected by them when the classified information could have been put in a separate annex. Moreover, it found that there was no effective disclosure because, insofar as any material could be seen, this was in a special registry from which it could not be removed or copied and there was not even any possibility of making any notes so that issues considered relevant to the defence might then be checked with experts who could give their appraisal of them.

Similarly in *Edwards and Lewis v. United Kingdom* [GC], no. 39647/98, 27 October 2004, there was found to be a violation of Article 6 when material was withheld because of potential prejudice to undercover investigative techniques but that material related to the possible entrapment by the police of the accused into committing the alleged offence. This material was thus directly relevant to the trial of the accused since, if the argument about entrapment were to be established, the prosecution would then have had to be discontinued since this is in itself inconsistent with the right to a fair trial.

The European Court's concern is, moreover, not just with the merits of a claim that disclosure has justifiably been refused. It will also consider essential that there be a procedure which does not leave it to the prosecution to determine whether or not disclosure has to occur. It is not, in the European Court's view, appropriate for the prosecution to be the one that attempts to assess the importance of particular information to the defence and then weigh that against any public interest in keeping the information secret. Rather what the Court considers es-

sential is that this determination be by the trial court and that there be a procedure where the claim for non-disclosure by the prosecution can be contested by the defence.

This means that it is not enough to tell the defence that material has been withheld but that the nature of the material concerned must also be revealed.

Furthermore, a judicial ruling against disclosure must not – as the Grand Chamber of the European Court made clear in *Rowe and Davis v. United Kingdom* [GC], no. 28901/95, 16 February 2000 – not be a once and for all ruling. Where disclosure has been refused, there is then a need to monitor whether that ruling can be maintained as the trial proceeds. This is because the importance of the material in question may increase on account of the way the case against the accused is put, particularly where access to the withheld material could be important for the purpose of undermining the credibility of particular witnesses.

So long as this is done then the withholding of the evidence concerned will not be regarded as resulting in a violation of Article 6. However, the assessment of this issue must be genuine and a good example of this not occurring can be seen in *Mirilashvili v. Russia*, no. 6293/04, 11 December 2008, which concerned materials relating to the authorisation of wiretapping that in principle engaged national security. The problem was that, although there was a judicial procedure, the court did not actually analyse whether the materials could actually have been of any assistance to the defence nor whether disclosure of them could, at least arguably, have harmed any identifiable public interest. The refusal of disclosure was simply based on the type of material involved and without any regard being had as to its content. As a result, this refusal was neither accompanied by adequate procedural guarantees nor undertaken with sufficient justification and was thus in violation of Article 6 of the European Convention.

While the duty of disclosure rests on the prosecution, it is important always to keep in mind that the courts also have an essential role to play in ensuring that this aspect of the right to a fair trial is secured. If the courts do not make a truly independent and substantiated assessment of the need for withholding disclosure, then it is inevitable that the ruling concerned will be considered to constitute a violation of Article 6.