

ПРОТИДІЯ ЗЛОЧИННОСТІ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ

УДК 343.141

Орлов Ю. Ю. – доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, головний науковий співробітник відділу організації науково-дослідної роботи Національної академії внутрішніх справ, м. Київ;

Чернявський С. С. – доктор юридичних наук, професор, проректор Національної академії внутрішніх справ, м. Київ

ЕЛЕКТРОННЕ ВІДОБРАЖЕННЯ ЯК ДЖЕРЕЛО ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Проаналізовано поняття електронного відображення як самостійного джерела доказів у кримінальному провадженні. Виявлено ознаки, за якими воно різниться від документів. Виокремлено форми та запропоновано класифікацію електронних відображень.

Ключові слова: електронне відображення, документ, електронний документ, джерело доказів, кримінальне провадження.

Нині тривають стрімкі процеси інформатизації соціального буття. Інформаційно-телекомунікаційні технології охопили майже всі сфери діяльності суспільства й держави. Одним із наймасштабніших технічних проєктів стала глобальна комп'ютерна мережа (Інтернет), визначальною особливістю якої є здатність відображати безліч соціальних фактів і процесів, а також певних соціально значущих дій фізичних та юридичних осіб.

Такі дії можуть, містити склад кримінального правопорушення, що дає правознавцям підстави констатувати розвиток нового соціального явища – кіберзлочинності, якій притаманні нетрадиційні засоби та способи вчинення протиправних діянь. Темпи зростання рівня кіберзлочинності є найшвидшими, порівняно з іншими видами злочинів, навіть торгівлею наркотиками та зброєю. Інформація в Інтернет-середовищі може свідчити про факт учинення певного

правопорушення (яке н еобов'язково має належати до категорії кіберзлочинів), містити відомості про його сліди та шкідливі наслідки [1, с. 12].

Інформатизація суспільного життя об'єктивно позначається на особливостях кримінального процесу. Зокрема, це стосується такої важливої категорії, як джерела доказів.

Відповідно до ст. 84 Кримінального процесуального кодексу (КПК) України, доказами в кримінальному провадженні є фактичні дані, отримані в передбаченому цим нормативним документом порядку, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд визначають наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження й підлягають доказуванню.

Процесуальними джерелами доказів чинне законодавство визнає: 1) показання; 2) речові докази; 3) документи; 4) висновки експертів.

Згідно зі ст. 95 КПК України, *показання* – це відомості, які надає особа в усній або письмовій формі під час допиту щодо відомих їй обставин у кримінальному провадженні, важливих для цього кримінального провадження. Допитуваною особою можуть бути підозрюваний, обвинувачений, свідок, потерпілий та експерт. Показаннями є повідомлення особою відомостей про фактичні обставини, що мають значення для кримінального провадження, отримане в порядку, встановленому КПК України.

Речовими доказами є матеріальні об'єкти, що містять відомості, які можна використати як доказ факту чи обставин, що встановлюють під час кримінального провадження (ст. 98 КПК України). До речових доказів належать знаряддя вчинення кримінального правопорушення, предмети, що зберегли на собі його сліди, були об'єктом кримінально протиправних дій, гроші, цінності й інші речі, набуті кримінально протиправним шляхом або отримані юридичною особою внаслідок учинення кримінального правопорушення.

Висновок експерта – це докладний опис проведених експертом досліджень; висновки, яких він дійшов за їх результатами; обґрунтовані відповіді на запитання, поставлені особою, яка залучила експерта, або слідчим суддею чи судом, що доручив проведення експертизи (ст. 101 КПК України).

Висновок експерта є самостійним процесуальним джерелом доказів. Водночас із позицій ґносеології він виявляється

похідним від предмета експертного дослідження – речового доказу або документа.

Відповідно до ст. 99 КПК України, *документом* є спеціально створений з метою збереження інформації матеріальний об'єкт, що містить зафіксовані за допомогою письмових знаків, звуку, зображення тощо відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюють під час кримінального провадження. Частина 2 цієї статті визначає, що документами можуть бути матеріали фотозйомки, звукозапису, відеозапису та інші носії інформації, зокрема *електронні*.

Запровадження в кримінальному процесуальному законі новітньої категорії «електронні носії інформації» зумовлено практичною потребою визнати ці об'єкти джерелом доказів у кримінальному провадженні. Буквальне тлумачення тексту ст. 99 дає підстави для висновку, що «електронні носії інформації» потрібно трактувати як будь-які електронні носії. Такі носії можуть бути вбудовані в комп'ютерні пристрої, підключені до інформаційної мережі. Вони можуть містити матеріали в будь-якій формі (письмовій, графічній, фотографічній, відео- чи звукозапису тощо).

Законодавець у ч. 3 ст. 99 КПК України застосовує термін «електронний документ», очевидно, маючи на увазі електронний носій інформації із зафіксованими на ньому відомостями. Кримінальне процесуальне законодавство не містить визначення електронного документа. Логічним є припущення, що запропонований у КПК України термін «електронний документ» варто тлумачити як різновид, одну із форм існування іншого джерела доказів – документа.

Документ у його традиційному значенні й електронний документ мають визначальну спільну рису – інформація в них зберігається та передається шляхом опису подій і фактів за допомогою знакових систем (текстів, графіки, рисунків, креслень тощо). Проте, на нашу думку, це твердження не може бути підставою для ототожнення власне документів і електронних документів. Про окремі розбіжності зазначених джерел доказів уже йшлося в юридичній літературі [2–5].

Між класичними й електронними документами є низка *відмінностей*, які стосуються не лише форми подання інформації, а й її змісту, походження доказу, його сутності, можливостей експертного дослідження.

По-перше, класичний документ завжди створює людина. Електронний документ в Інтернет-середовищі може бути сформований не лише людиною, а й безпосередньо інформаційною системою (наприклад, трафіки з'єднань абонентів мобільного зв'язку, динамічні бази банківських проводок, білінгові системи, log-файли реєстрації тощо). Отже, на відміну від класичного документа, електронний документ може не мати автора. Проте створення його машиною відбувається внаслідок конкретних дій особи в інформаційній мережі (телефонування, перерахування грошей, відвідування Інтернет-сайтів тощо). Процес формування такого документа схожий на процес формування речового доказу, який містить сліди злочину. Він формується природним (технічним) шляхом і незалежно від бажання людини, проте внаслідок її дій.

По-друге, змістом класичного документа є текст, рисунки, креслення, схеми, фотозображення, а також фонограми та відеограми. Змістом електронного документа, крім зазначеного, може бути також інформація в нових, некласичних формах – комп'ютерні програми у вигляді виконуваних модулів, бази (банки) даних, а також мережева технологічна інформація (наприклад, про з'єднання користувачів у месенджерах).

По-третє, класичний документ не існує окремо від матеріального носія. Як джерело доказів документ передусім є певним матеріальним об'єктом із зафіксованими на ньому відомостями. Сліди кримінального правопорушення, відображені в документі, мають матеріальне вираження. Натомість електронні документи, які знаходяться в обігу в інформаційній мережі, неодноразово перезаписуючись з одного матеріального носія на інший відповідно до специфіки «хмарних» технологій, є інформацією «в чистому вигляді». Вони не прив'язані до певного матеріального носія. Отже, електронні документи зумовили появу нового різновиду ідеальних слідів, про які раніше не йшлося в криміналістичній науці*.

У цьому контексті варто зауважити, що в теорії кримінального процесу докази прийнято класифікувати на особисті та речові.

* Зауважимо, що «класичні» ідеальні сліди є слідами пам'яті людини. На відміну від електронних документів, вони чітко прив'язані до певного матеріального носія – конкретної особи (свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого).

Цей поділ ґрунтується на гіпотезі, згідно з якою будь-яка подія відображається у свідомості людей-спостерігачів, а також у матеріальній обстановці у вигляді її змін [6, с. 258–263]. Особисті докази є похідними від осіб, а речові виражаються у фізичних ознаках матеріальних об'єктів. Зокрема, до особистих доказів належать показання, документи (протоколи процесуальних дій, додатки до них) і висновки експерта.

З появою комп'ютера, здатного відображати події соціальної природи та зберігати їх на технічному носіїві, класичний поділ доказів на особисті та речові, на нашу думку, стає неповним. Електронні документи можуть походити від осіб (так само, як й особисті докази), а також бути результатом функціонування інформаційної системи, виражаючись у фізичних ознаках матеріальних об'єктів – носіїв інформації (як речові докази). Електронні документи мають властивості, притаманні особистим доказам (ідеальність слідів, відображення подій і фактів за допомогою знакових систем), а також речовим доказам (можливість формування технічним шляхом і незалежно від людини, незмінюваність їх змісту під час кримінального провадження). Значення електронного документа для кримінального провадження залежить від його змісту (так само, як і особистого доказу), а також місця й обставин його виявлення (як речового доказу).

Отже, у поділі доказів електронні документи мають посісти відокремлене місце. На нашу думку, на сучасному етапі докази варто розподіляти на *речові, особисті й електронні*. Останні за своїми властивостями є проміжними між особистими та речовими. Критерієм такого поділу є середовище, у якому відбувається відображення події (матеріальний світ, свідомість людини, технічна інформаційна система).

По-четверте, незалежність електронних документів від матеріального носія може зумовити відсутність індивідуальних криміналістичних ознак, які зазвичай притаманні класичним документам (джерелом доказів може бути виключно оригінал документа як носій цих ознак). Копія документа може бути визнана допустимою для підтвердження його змісту лише в разі, якщо:

– оригінал документа втрачений або знищений, окрім випадків, якщо він утрачений або знищений з вини потерпілого або сторони, яка його надає;

– оригінал документа не може бути отриманий за допомогою доступних правових процедур;

– оригінал документа знаходиться у володінні однієї зі сторін кримінального провадження, а вона не надає його на запит іншої сторони (ч. 5 ст. 99 КПК України).

Натомість незалежність електронного документа від носія свідчить про відсутність криміналістично значущої відмінності між оригіналом і копією. Поняття «оригінал» і «копія» для цього виду доказів є незастосовними*. Таким чином, експертиза не має можливості визначити оригінальність електронного документа з Інтернет-середовища. З огляду на цю обставину, неможливо визначити, яким саме доказом є електронний документ – первинним чи похідним. Тому кожен такий документ потребує ретельної перевірки щодо його походження й достовірності. До того ж, він має бути підкріплений іншими доказами.

Водночас у низці випадків експертиза здатна визначити справжність (автентичність) електронного документа, відсутність у ньому ознак фальсифікації. Сучасні експертні методики можуть встановити, чи сформований електронний документ на певному комп'ютері, чи переписаний з іншого носія. Такий висновок експерта додатково підкріплюють непрямими доказами (наприклад, інформацією в сервісних опціях операційної системи щодо властивостей файлу чи показаннями свідків) або оціночними доказами (наприклад, намагання користувача певного комп'ютера знищити інформацію в Інтернеті).

По-п'яте, класичний документ є статичним, оскільки він не змінює свого змісту з плином часу (якщо не враховувати спроб його навмисної фальсифікації). Електронний документ може постійно змінюватися природним шляхом (наприклад, листування електронною поштою, стан банківського рахунку або журнал зв'язків у мережевих месенджерах). Тому для кримінального процесу важливим є своєчасне копіювання електронного документа з мережі Інтернет, доки він містить відомості про фактичні обставини, що є важливими для розслідування.

* Чинною редакцією ч. 3 ст. 99 КПК України закріплено, що оригіналом електронного документа є його відображення, якому надано таке саме значення, як і документу. Проте Кодекс не містить визначення поняття «відображення електронного документа».

По-шосте, класичні документи зазвичай – це цілісний об'єкт, доступ до окремих частин якого (томів, сторінок, абзаців тексту тощо) є незалежним. Слідчий, прокурор, слідчий суддя може оглядати такий документ у довільному порядку. Електронні документи (сайти, прикладні виконувані програми, електронні бази даних) часто містять окремі фрагменти, порядок доступу до яких безпосередньо залежить від структури електронного документа. Послідовність огляду окремих фрагментів, частин документа задана багаторівневим і розгалуженим алгоритмом функціонування програми. Це накладає обмеження на процедуру огляду електронних документів, яка внаслідок зазначених причини може бути тривалою.

Також електронний документ може мати надто великий обсяг, що вимірюється гігабайтами інформації*. Через це оглянути весь вміст такого електронного документа досить складно.

По-сьоме, за критерієм відношення до кримінального провадження класичні документи можна розділити на три групи:

1) складені незалежно від кримінального провадження, які містять опис події, що стала предметом провадження, або встановлюють окремі факти, обставини, які стосуються кримінального провадження;

2) складені на стадії порушення кримінального провадження, які фіксують обставини події, наявність чи відсутність складу злочину;

3) складені за пропозицією органів розслідування та суду чи за проханням учасників процесу в період кримінального провадження, які фіксують фактичні дані, відомі їхньому укладачу особисто чи з інших документів.

Натомість електронні документи складають виключно незалежно від кримінального провадження. Вони містять опис події, що стала предметом провадження (наприклад, результат моніторингу дій користувача, який учиняє шахрайство в мережі), або є засобом учинення злочину (наприклад, сайт, призначений для імітації Інтернет-маркетингу), або ж встановлюють окремі факти, обставини, що стосуються кримінального провадження (наприклад, трафіки з'єднань абонентів мобільного зв'язку, які можуть бути свідками події).

* Один гігабайт інформації вміщує близько 500 тис. сторінок тексту.

Отже, за критерієм відношення до кримінального провадження електронні документи наближені до речових доказів.

Проаналізовані відмінності разом дають підстави визначати два різні джерела доказів. Електронні документи як джерела доказів у кримінальному провадженні, на нашу думку, не є документами в традиційному значенні. Для уникнення термінологічної плутанини доцільно позначати їх спеціальним терміном **«електронне відображення»** та вважати самостійним джерелом доказів у кримінальному провадженні й окремим видом доказів.

З огляду на це, ч. 2 ст. 84 КПК України пропонуємо викласти в такій редакції: *«Процесуальними джерелами доказів є показання, речові докази, документи, електронні відображення, висновки експертів»*.

Відмінності між електронними відображеннями та класичними документами наведено в таблиці.

Таблиця

Ознака	Документ	Електронне відображення
Суб'єкт створення	Фізична або юридична особа	Фізична, юридична особа або інформаційна система
Тип носія	Будь-який носій (паперовий, магнітний, оптичний, електронний тощо)	Електронні та магнітні носії в інформаційних системах (зокрема, автономні, вбудовані та знімні носії на серверах, окремих комп'ютерах і периферійних пристроях)
Зміст	Засвідчення юридичних фактів або інших фактів людської діяльності	Засвідчення фактів людської діяльності, відомості про технологічні процеси в інформаційній системі
Форми подання інформації	1) текст, малюнки, креслення, схеми, фотозображення; 2) фонограми, відеограми тощо	Ті самі, що й у документах, а також: 1) виконувані комп'ютерні програми; 2) бази даних; 3) мережева технологічна інформація

Закінч. табл.

Обсяг інформації	Від однієї сторінки до кількох томів; від одного до декількох стандартних носіїв аудіо-, відеоінформації	Необмежений
Змінюваність у часі	Незмінний	Незмінне або змінюване
Вид слідів з позицій криміналістики	Матеріальні	Ідеальні
Індивідуальні криміналістичні ознаки	Мають	Не мають
Доказове значення оригіналу та копії	Копія, на відміну від оригінала, в загальному випадку не є доказом	Відмінностей між оригіналом і копією немає
Час складання	Незалежно від кримінального провадження, а також під час кримінального провадження	Незалежно від кримінального провадження
Порядок огляду	Довільний	Може залежати від алгоритму функціонування відображення

Електронні відображення можуть мати різні *форми*, зокрема: пойменована область даних – файл; масив даних з унікальною Інтернет-адресою – сайт; сукупність систематизованих даних – база даних; комбінація комп'ютерних інструкцій і даних – комп'ютерна програма тощо. Вони можуть бути статичними (файл) або динамічними, змінюваними (Інтернет-сайт, чат, трафік). Проте за будь-яких умов основною властивістю електронного відображення є його цілісність, системність та структурованість. Людина сприймає його єдиним цілісним об'єктом, змістом якого є певні відомості, що можуть бути використані як доказ у кримінальному провадженні.

Отже, КПК України пропонуємо доповнити ст. 100¹ такого змісту:

«Стаття 100¹. Електронні відображення

1. Електронним відображенням є цілісна система відомостей та (або) комп'ютерних інструкцій в інформаційній мережі або на технічному носієві, яка може бути використана як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження.

2. До електронних відображень, за умови наявності в них інформації, передбаченої частиною першою цієї статті, належать:

- 1) портали, сайти в комп'ютерній мережі;*
- 2) електронні бази даних;*
- 3) файли та групи файлів;*
- 4) зміст електронної пошти, чатів;*
- 5) вихідні та виконувані модулі комп'ютерних програм;*
- 6) інші відомості та (або) комп'ютерні інструкції в інформаційній мережі або на технічному носієві».*

Назву § 4 глави 4 «Докази і доказування» КПК України потрібно змінити так: «§ 4. Речові докази, документи й електронні відображення».

Загалом електронні відображення можна класифікувати за різними критеріями. Залежно від авторів (укладачів) виокремлюють електронні відображення, які створені:

– юридичною або фізичною особою, що має офіційний статус (Інтернет-портали, сайти з ліцензованою діяльністю, ділове електронне листування);

– приватними особами (приватне електронне листування, звуко- та відеозаписи тощо);

– інформаційною системою в автоматичному режимі (трафіки з'єднань абонентів зв'язку, бази банківських проводок тощо).

Залежно від призначення та відповідно до класифікації кіберзлочинів, що міститься в Конвенції про кіберзлочинність, можна визначити електронні відображення, які є знаряддям злочину:

– призначені для несанкціонованого втручання в роботу комп'ютерів, зміни, знищення чи блокування опрацьовуваної інформації (шкідливі програмні продукти, спам);

– призначені для комп'ютерного шахрайства (імітаційні сайти Інтернет-маркетингу, Інтернет-банкінгу тощо);

– які містять заборонений контент (сайти з дитячою порнографією, закликами до насильницького змінення чи повалення конституційного ладу або до захоплення державної влади тощо);

– використання яких порушує авторське право та суміжні права (банки комерційних комп'ютерних програм, аудіо- та відеопрокдуктів).

Отже, закріплення на законодавчому рівні електронних відображень як самостійного джерела доказів у кримінальному провадженні з притаманними йому унікальними властивостями, на нашу думку, надасть можливість ефективніше використовувати їх для встановлення факту кримінального правопорушення, винності чи невинності особи, а також обставин, що мають значення для кримінального провадження.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Протидія кіберзлочинності в Україні: правові та організаційні засади : навч. посіб. / [О. Є. Користін, В. М. Бутузов, С. С. Чернявський та ін.]. – Київ : Скіф, 2012. – 736 с.

2. Шеремет А. П. Теоретичні основи джерел доказової інформації / А. П. Шеремет. – Київ : Вид-во Європ. ун-ту, 2012. – 110 с.

3. Практика використання електронних (цифрових) доказів / [за ред. Д. Сапіги]. – Львів : Каменяр, 2015. – 54 с.

4. Тарасюк А. В. Доказування у справах про несанкціоноване втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку у стадії досудового розслідування / А. В. Тарасюк. – Харків : ФІНН, 2011. – 191 с.

5. Панов М. М. Кримінальна відповідальність за незаконні дії з документами на переказ, платіжними картками та іншими засобами доступу до банківських рахунків, обладнанням для їх виготовлення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08 / Панов Микола Миколайович. – Київ, 2006. – 20 с.

6. Теория доказательств в советском уголовном процессе / отв. ред. Н. В. Жогин. – М. : Юрид. лит., 1973. – 735 с.

REFERENCES

1. Korystin, O.Ye., Butuzov, V.M., & Cherniavskiy, S.S. (et al.). (2012). *Protydiia kiberzlochynnosti v Ukraini: pravovi ta orhanizatsijni zasady* [Counteraction to cybercrime in Ukraine: legal and organizational principles]. Kyiv: Skif [in Ukrainian].
2. Sheremet, A.P. (2012). *Teoretychni osnovy dzherel dokazovoi informatsii* [Theoretical bases of evidential information]. Kyiv: Vyd-vo Yevrop. un-tu [in Ukrainian].
3. Sapihy, D. (Ed.). (2015). *Praktyka vykorystannia elektronnykh (tsyfrovyykh) dokaziv* [Practice of the use of electronic (digital) proofs]. Lviv: Kameniar [in Ukrainian].
4. Tarasiuk, A.V. (2011). *Dokazuvannia u spravakh pro nesanksionovane vtruchannia v robotu elektronno-obchysliuvalnykh mashyn (kompiuteriv), avtomatyzovanykh system, kompiuternykh mrezh chy mrezh elektrosvyazku u stadii dosudovoho rozsliduvannia* [Proof in cases of unauthorized interference with the work of electronic computers (PCs), automated systems, computer networks or telecommunications networks in the pre-trial investigation]. Kharkiv: FINN [in Ukrainian].
5. Panov, M.M. (2006). Kryminalna vidpovidalnist za nezakonni dii z dokumentamy na perekaz, platizhnymy kartkamy ta inshymy zasobamy dostupu do bankivskykh rakhunkiv, obladnanniam dlia ikh vyhotovlennia [Criminal liability for illegal acts of remittance documents, payment cards and other means of access to bank accounts, equipment for their production]. *Extended abstract of candidate's thesis*. Kyiv [in Ukrainian].
6. Zhohyn, N.V. (1973). *Teoriia dokazatelstv v sovetskom uholovnom protsesse* [Theory of evidence in the soviet criminal process]. Moscow: Yuryd. lyt. [in Russian].

Стаття надійшла до редколегії 08.02.2017

Orlov Yu. – Doctor of Law, Senior Research Fellow, Chief Research Fellow of the Scientific and Research Work Department of the National Academy of Internal Affairs, Kiev, Ukraine;

Cherniavskiy S. – Doctor of Law, Professor, Deputy Rector of the National Academy of Internal Affairs, Kiev, Ukraine

Electronic Imagery as Evidence Source in Criminal Proceeding

Definition of electronic imagery as independent evidence source in criminal proceeding is offered. Distinctions between electronic imagery and documents are presented. Classification of electronic imagery forms is offered.

Currently human civilization has become a witness of rapid social life informatization processes. Technologies and media-

streaming have become an essential part of state and community development. One of the most ambitious technical projects so far is the global Internet expansion characterized with its ability to reflect the broad spectrum of social phenomena and processes along with socially important actions taken by individuals and legal entities.

It is obvious that these actions can be the cause or result of any criminal offence enabling the scholars to identify new social phenomenon – cybercrime which is characterized with unconventional crime committal methodology. Cybercrime today is estimated to be the most dynamic illegal activity comparing to other (even overtaking drug and weapon trafficking).

Moreover any data extracted from the virtual space can be used to detect the committed crime (other categories of illegal activity) and contain information on its damage and evidence.

Informatization of social life affects the criminal process as well – especially when it comes to such essential component as evidence source.

In authors' opinion, statutory provision of electronic imagery as independent and unique evidence source in criminal proceeding will allow to use in a more productive manner in terms of criminal offence establishment, guilty verdict and identification of additional crime circumstances.

Keywords: electronic imagery, document, electronic document, source of evidence, criminal proceedings.