

УДК 343.1

DOI <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.6.41>

**Лілія Перцова-Тодорова,**  
ад'юнкт відділу докторантури та ад'юнктури  
Національної академії внутрішніх справ

## «ЕЛЕКТРОННИЙ ДОКАЗ» ПІД ЧАС ОБШУКУ

Сучасна людина у своєму повсякденному житті активно користується багатьма електронними пристроями, робота яких пов'язана зі зберіганням та передачею різного роду відомостей. Особливо значення це питання набуває у сфері кримінального процесу, де органи державної влади у зв'язку з їхньою професійною діяльністю наділені більш широкими повноваженнями щодо доступу до різного роду інформації. Головною небезпекою під час дослідження цифрових джерел інформації в кримінальному судочинстві є те, що будь-який електронний носій, крім інформації про злочин, може містити й інші відомості, що не мають значення для кримінального провадження, та які особа-володільець вважає за доцільне зберегти в таємниці від широкого кола осіб. При цьому право на захист таємниці особистого життя власників електронних пристроїв часто обмежується під час проведення слідчих (розшукових) дій, зокрема й під час проведення обшуку. Статтю присвячено вивченню питання отримання «електронних доказів» у кримінальному провадженні. Зазначено різні підходи до визначення досліджуваного поняття, його місця в системі процесуальних джерел доказів. Виокремлено проблеми застосування електронного доказу учасниками кримінального провадження під час проведення слідчих (розшукових) дій, зокрема обшуку. Здійснено аналіз законодавчого та правозастосовного досвіду окремих держав, у яких зазначене юридичне явище з'явилося раніше й до теперішнього часу активно розвивається як окремі інститут вилучення, фіксації та зберігання «електронних доказів», а також механізм визнання їх допустимими в кримінальному провадженні. Зроблено висновок, що тенденції інформаційно-технологічного прогресу зумовлюють удосконалення інституту електронних доказів у кримінальному процесуальному законодавстві України, а тому виникає необхідність вирішити «електронний доказ» серед інших видів доказів шляхом внесення змін до КПК України окремою нормою «електронні докази» з визначенням дефініції, його ознак та визнання їх окремим видом речових доказів, виокремивши із різновиду документів. У зв'язку з цим потребують удосконалення норми, що регулюють права та обов'язки учасників кримінального провадження щодо застосування технічних засобів під час проведення обшуку.

**Ключові слова:** обшук, докази, речові докази, документи, електронний документ, «електронний доказ».

**Постановка проблеми.** Реалії сьогодення такі, що люди у своїй повсякденній діяльності активно користуються різними електронними носіями інформації. Таке використання пов'язано зі зберіганням, передачею різного роду відомостей, в тому числі тих, що становлять таємницю приватного життя людини, яка охороняється законом. Особливу значущість має проблема забезпечення права на захист таємниці особистого життя.

Головна небезпека під час дослідження електронних носіїв інформації в кримінальному судочинстві полягає в тому, що суб'єкти, які ведуть процес, можуть і отримують доступ до інформації, наявної на електронних носіях, що може істотно порушувати право на захист таємниці особистого життя. При цьому право на захист таємниці особистого життя власників електронних носіїв інформації часто обмежується під час проведення обшуку.

Наразі будь-який електронний носій може містити, крім інформації про злочин, інші відомості, що не мають значення для кримінального провадження, які особа вважає за доцільне або доречним зберегти в таємниці від широкого кола осіб.

У КПК України поняття «електронного доказу» відсутнє. Даний термін використовується тільки в науковій літературі. Однак необхідність дослідження «електронного доказу» і правового регулювання цього нового явища зумовлена реальними потребами практики, яка все частіше використовує в доказуванні інформацію, отриману з електронних джерел.

Водночас поняття «електронний документ» присутнє у цивільному процесуальному праві України, Законі України «Про електронні документи та електронний документообіг» від 22 травня 2003 року № 851-IV, де електронні документи прирівнюються до речових доказів, висновків експертів та пока-

зань свідків [1]. КПК України визначення «електронного документу» не містить, але окремі його ознаки ми можемо побачити у п. 1 ч. 2 ст. 99, де до документів, за умови наявності в них відомостей, передбачених частиною першою цієї ж статті, можуть належати: матеріали фотозйомки, звукозапису, відеозапису та ін. носії інформації (у тому числі електронні) [2].

Тут варто згадати про законодавчий і правозастосовний досвід США, де дане юридичне явище виникло раніше і дотепер вже активно розвивається як окремий інститут доказового права. Доказами тут визнаються аудіо- та відеозаписи, фотографії, електронні документи, мобільний телефон, текстові повідомлення, персональний комп'ютер, електронний накопичувальний носій, дані інтернет-трафіку та ін. [3].

У Кримінально-процесуальному Законі Латвії присутня стаття 136 з відповідною назвою «електронні докази», де зазначено, що доказами у кримінальному процесі можуть бути відомості про факти у формі електронної інформації, що оброблена, збережена або передана пристроями або системами автоматизованої обробки даних [4]. Тому порушена у статті проблематика потребує наукового вивчення та аналізу.

Вивченню даного питання присвятили свою увагу такі вчені: Н.А. Зігура, Г.В.Кудрявцева, В.І. Алексєйчук, В.Ю. Шепітько, М.С. Сергєєв, В.Б. Вехов, С.В. Зуєв, С.П. Кушніренко, Є.І. Панфілова, Ю.Н. Соколова. Усі вони зробили вагомий внесок у розв'язання проблем провадження слідчої (розшукової) дії обшуку та виявлення під час її проведення речових доказів, зокрема тих, які містяться на електронних носіях, однак досі ведуться дискусії щодо поняття та процесуального порядку електронного документу в кримінальному провадженні. Тому означене питання потребує наукового вивчення та аналізу.

**Метою статті** є визначення поняття «електронний доказ» та його місця в системі кримінального процесуального доказування, а також окремих аспектів отримання його в процесі проведення слідчих (розшукових) дій, а саме під час обшуку.

**Виклад основного матеріалу.** Оскільки метою обшуку є виявлення та фіксація відомостей про обставини вчинення конкретного кримінального правопорушення, ухвала слідчого судді повинна містити перелік речей і документів, які планується відшукати. Але досить часто у процесі проведення обшуку слідчий або прокурор у разі необхідності можуть вилучити інші об'єкти та документи, що, на їхню думку, можуть містити інфор-

мацію, необхідну для досудового розслідування, та бути використані як доказ під час судового розгляду. Тож, згідно зі ст. 236 КПК України під час виконання ухвали про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння вилучені речі та документи, які не входять до переліку, щодо якого прямо надано дозвіл на відшукання в ухвалі, та не відносяться до предметів, які вилучені законом з обігу, вважаються тимчасово вилученим майном [2]. Наприклад, під час проведення обшуку на підприємствах з великою площею або значною кількістю приміщень, ураховуючи раптовість слідчої (розшукової) дії, її складність, учасники слідчої групи можуть розділитися. При цьому не потрібно забувати про засоби фіксації ходу обшуку за допомогою аудіо-та відеозапису і присутності понятих. На жаль, система матеріального забезпечення правоохоронних структур, незважаючи на всі реформи, наразі не є достатньою. Варто зауважити, що слідчий, прокурор у разі крайньої необхідності має право до постановлення ухвали слідчого судді увійти до житла чи іншого володіння особи лише у невідкладних випадках, пов'язаних із врятуванням життя людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні злочину. У такій ситуації слідчий об'єктивно не має змоги завчасно підготуватись до проведення слідчої (розшукової) дії і тому використовує наявні засоби відеофіксації, при цьому запис проведення слідчої (розшукової) дії має вестись безперервно і відображати всю його повноту. Тому доцільно було би доповнити п. 10 ст 36 КПК України словами: «обшук житла чи іншого володіння особи на підставі ухвали слідчого судді в обов'язковому порядку фіксується за допомогою аудіо- та відеозапису, а у разі необхідності та складності проведення слідчої (розшукової) дії – за допомогою декількох аудіо- і відеозаписувальних приладів одночасно, якщо в цьому є потреба».

Варто згадати, що усталеною практикою зараз є той факт, коли захисник, який прибув на місце проведення слідчої (розшукової) дії, користується власними аудіо- і відеозаписувальними засобами (мобільний телефон, диктофон, відеокамера тощо), які в майбутньому він може використати в інтересах свого клієнта. І тут виникає конфліктна ситуація, коли слідчий задля повноти збору відомостей, які стали відомі в ході проведення обшуку, та задля збереження таємниці досудового розслідування вилучає в адвоката мобільний телефон або інший електронний пристрій, де містяться відомості про хід слідчої (розшукової) дії. Звісно, що особа, яка проводить обшук, не може перешкоджати адвокату здійснювати

фіксацію ходу слідчої (розшукової) дії, щоб не допустити порушення засади рівності сторін кримінального провадження. Проте в деяких випадках така процедура є вимушеною і ні в якому разі не йде в розріз з інтересами підозрюваного, потерпілого або іншої особи, чії права та інтереси забезпечуються в ході проведення досудового розслідування. Навпаки, такі відомості доповнюють матеріали кримінального провадження важливою інформацією і в певній мірі виступають як допомога слідчому з боку захисту, який виконує свою роботу. Зазначені дії прямо у КПК України не передбачені, але якщо звернутись до окремих норм, то можемо дійти певного висновку.

Так, зміст ст. 98 КПК України свідчить про те, що законодавець не прагне дати вичерпний перелік предметів, які можуть бути речовими доказами, оскільки це взагалі є неможливим. Він називає лише певні ознаки, за якими предмет може бути речовим доказом: матеріальні об'єкти, які були знаряддям вчинення кримінального правопорушення; матеріальні об'єкти, що зберегли на собі сліди вчинення кримінального правопорушення; *матеріальні об'єкти, які містять інші відомості, що можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження*; предмети, що були об'єктом протиправних дій; гроші, цінності та інші речі, набуті кримінально-протиправним шляхом або отримані юридичною особою внаслідок вчинення кримінального правопорушення. Класифікація речових доказів, яка наведена у ст. 98 КПК, певною мірою має умовний характер, оскільки один і той самий предмет може належати одночасно до різних кваліфікаційних груп. А важливим є той факт, що для визнання об'єктів матеріального світу речовими доказами і використання їх у доказуванні в кримінальному провадженні вони мають відповідати певним ознакам та процесуальним вимогам. Тут йдеться про належне процесуальне оформлення факту отримання стороною кримінального провадження матеріального об'єкта, на якому адвокатом фіксувався перебіг проведення обшуку, у зв'язку з чим могли бути зафіксовані дії, які не потрапили до запису на технічній пристрій, залучений слідчим.

Порядок процесуального оформлення речових доказів залежить від суб'єкта та способу їх отримання: речовий доказ може бути вилучено слідчим, прокурором під час проведення слідчих (розшукових) дій, зокрема огляду та обшуку.

Закон дозволяє вилучати лише ті предмети, які мають значення для кримінального провадження, або обіг яких заборонено.

Виходячи із вимог ст. 236 КПК України, якщо в ухвалі слідчого судді про проведення обшуку є конкретна вказівка на предмети, які мають бути вилучені, то цей факт відбивається в протоколі обшуку, і вони докладно описуються або фотографуються. Якщо в процесі обшуку вилучаються також інші предмети, які не були зазначені в ухвалі слідчого судді, вони набувають статусу тимчасово вилученого майна, а також докладно описуються в протоколі обшуку або окремому протоколі огляду, після чого слідчий протягом 48 годин після вилучення майна відповідно до вимог ч. 5 ст. 171 КПК має звернутися до слідчого судді з клопотанням про арешт цього майна. Порядок тимчасового вилучення майна згідно з ч. 2 ст. 168 КПК України *передбачає вилучення електронних інформаційних систем або їхніх частин, мобільних терміналів систем зв'язку, коли їх надання є необхідною умовою проведення експертного дослідження, а також якщо доступ до них обмежується їхнім власником, володільцем або утримувачем*.

Безперечно, предмети можуть бути добровільно надані будь-яким учасником кримінального провадження, однак адвокат з об'єктивних причин не буде надавати свій технічний пристрій (мобільний телефон, фото чи відеокамеру), що надає слідчому можливість здійснити їх тимчасове вилучення. У будь-якому випадку слідчий, прокурор має скласти протокол їх огляду, в якому може засвідчити факт добровільного надання та детально їх описати.

Речові докази, які отримані або вилучені слідчим, прокурором, оглядаються, фотографуються та докладно описуються в протоколі огляду (ч. 2 ст. 100 КПК). Оглянути слідчим, прокурором предмети, які мають ознаки речових доказів, залучаються до провадження відповідною постановою та зберігаються у сторони кримінального провадження, якій він наданий [5, ст. 167–170].

Згідно зі ст. 236 КПК обшук фіксується в протоколі слідчої (розшукової) дії із відповідними додатками, який складається відповідно до загальних вимог, що передбачені статтями 104 та 105 КПК. Частина 10 ст. 236 КПК України також указує, що обшук житла чи іншого володіння особи на підставі ухвали слідчого судді в обов'язковому порядку фіксується за допомогою аудіо- та відеозапису.

Виконання ухвали слідчого судді, суду про проведення обшуку в обов'язковому порядку фіксується за допомогою звуко- та відеозаписувальних технічних засобів (ч. 1 ст. 107 КПК). У свою чергу дана норма надає право безперешкодного фіксування

проведення обшуку за допомогою відеозапису стороні захисту, тобто адвокату. Дане положення дублюється в ст. 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» щодо права адвоката застосовувати технічні засоби та фіксувати процесуальні дії, в яких він бере участь.

У свою чергу згідно з ч. 2 ст. 104 КПК України запис, здійснений за допомогою звуко- та відеозаписувальних технічних засобів під час проведення слідчим, прокурором обшуку, є невід'ємним додатком до протоколу. Дії та обставини проведення обшуку, не зафіксовані у записі, не можуть бути внесені до протоколу обшуку та використані як доказ у кримінальному провадженні. Отже, запис, що здійснений під час проведення обшуку адвокатом, також повинен бути приєднаний до протоколу обшуку. При цьому в матеріалах кримінального провадження зберігаються оригінальні примірники технічних носіїв інформації, зафіксованої процесуальної дії, резервні копії яких зберігаються окремо (ч. 3 ст. 107 КПК). Виникає питання: чи погодиться віддати на певний період часу адвокат свій технічний пристрій (яким зазвичай є смартфон – основний засіб комунікації)?

Згідно з ч. 2 ст. 98 КПК документи є речовими доказами, якщо вони містять ознаки, зазначені в ч. 1 цієї статті. Документом є спеціально створений з метою збереження інформації матеріальний об'єкт, який містить зафіксовані за допомогою письмових знаків, звуку, зображення тощо відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження. До даного виду доказів за умови наявності в них вищезазначених відомостей, крім іншого, вказані матеріали фотозйомки, звукозапису, відеозапису та інші носії інформації (у тому числі електронні). Таким чином у понятті документа, визначеного у ст. 99 КПК України, вбачаються ознаки електронного доказу, про який згадувалось на початку дослідження.

Аналіз наукової літератури вказує, що вітчизняне доказове право завжди має суттєве теоретичне підґрунтя. Але бурхливий розвиток інформаційних технологій створює певні прогалини в теорії кримінального процесуального права. Незважаючи на велику кількість інформації та обговорення даної тематики серед учених, питання «електронних доказів» у кримінальному провадженні залишається невирішеним. Немає єдиної думки щодо даного явища. Гортаючи наукову літературу, можна натрапити на різні терміни – «електронні докази», «цифрові докази», «комп'ютерні докази»,

«комп'ютерні об'єкти», «кібердокази», «електронні документи», «електронне відображення», «цифрові джерела доказової інформації» [6, с. 250].

Існує декілька позицій науковців з даного приводу, наприклад: докази, виражені в електронному вигляді, вводяться в процес за допомогою їх віднесення до традиційних видів доказів. У кримінальному процесуальному праві «електронні докази» найчастіше відносять або до речових доказів, або до інших документів.

Деякі дослідники вказують, що розмежування електронних носіїв інформації на речові докази та інші документи має відбуватися за класичним критерієм, виходячи з фізичних властивостей і якостей об'єкта [7, с. 196-197].

Також існує точка зору, де «електронні докази» слід віднести до особливої групи в межах вже існуючих видів доказів, наділених спеціальним правовим статусом, що враховує їхні особливості. Зважаючи на це, варто погодитися з Н.А. Зігурою і А.В. Кудрявцевою, які слушно акцентують увагу на тому, що комп'ютерна інформація повинна розумітися як окремий вид доказів з огляду на те, що вона має особливі специфічні властивості, що відрізняють її, з одного боку, від речового доказу, а з іншого боку – від іншого документа [8, с. 30]. Обґрунтовуючи свої позиції, автори наводять низку ознак, які відмежовують комп'ютерну інформацію від інших видів доказів. Так, зіставляючи комп'ютерну інформацію та інші документи, вказується на таке:

– комп'ютерна інформація створюється програмою, а документ – безпосередньо людиною;

– документ виконується на певному матеріальному носії, а комп'ютерна інформація виконується за допомогою сукупності команд, записаних у пам'ять того чи іншого пристрою, у зв'язку з чим вона може бути скопійована на інший матеріальний носій без втрати своєї інформативності;

– на відміну від документа, комп'ютерна інформація може бути відтворена тільки за допомогою відповідного електронного пристрою, в той час як документ доступний безпосередньому сприйняттю людиною [8, с. 137–138].

Законодавець не врахував, що електронний доказ і речовий доказ не є тотожними поняттями, а тому дане положення повинно бути враховане о Кримінальному процесуальному Законі України.

Ураховуючи вищевикладене, можемо стверджувати, що тенденції інформаційно-технологічного прогресу, які диктує нам



час, потребують удосконалення інституту електронних доказів на законодавчому рівні. Погоджуючись із думкою більшості науковців, необхідно вирізнити «електронний доказ» серед інших видів доказів та надати йому окремий статус шляхом внесення змін до КПК України, окремою нормою «електронні докази» з визначення змісту поняття, його ознак та різновидів.

Аналізуючи процесуальний порядок провадження обшуку, вважаємо, що задля забезпечення законності даної слідчої (розшукової) дії та уникнення суперечностей між її учасниками, законодавець повинен визначити права сторони захисту щодо застосування технічних засобів під час обшуку.

#### Список використаних джерел:

1. «Про електронні документи та електронний документообіг»: Закон України від 22 травня 2003 року № 851-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/851-15>. (дата звернення: 09.04.2020).

#### Lilia Pertsova-Todorova. “Electronic evidence” during the search

*Modern man in his daily life actively uses many electronic devices, the work of which is associated with the storage and transmission of various types of information. This issue is especially important in the field of criminal procedure, where public authorities, in connection with their professional activities, are endowed with broader powers to access various types of information. The main danger in the study of digital sources of information in criminal proceedings is that any electronic media, in addition to information about the crime, may contain other information that is not relevant to criminal proceedings, and which the owner considers it appropriate to keep secret from a wide range of people. At the same time, the right to protection of the privacy of owners of electronic devices is often limited during investigative (search) actions, including during searches. The article is devoted to the study of obtaining “electronic evidence” in criminal proceedings. Different approaches to the definition of the studied concept, its place in the system of procedural sources of evidence are indicated. Problems of application of electronic evidence by participants of criminal proceedings during conducting investigative (search) actions, in particular search, are singled out. An analysis of the legislative and law enforcement experience of individual states, in which this legal phenomenon appeared earlier and is still actively developing as a separate institution of evidentiary law. The paper notes the need to establish a procedural procedure for the seizure, recording and storage of “electronic evidence”, as well as the mechanism for recognizing them admissible in criminal proceedings. It is concluded that trends in information technology progress improve the institution of electronic evidence in the criminal procedure legislation of Ukraine, and therefore there is a need to distinguish “electronic evidence” among other types of evidence by amending the CPC of Ukraine by a separate rule “electronic evidence” with a definition, its features and their recognition as a separate type of material evidence, distinguishing it from a variety of documents. Therefore, they need to improve the rules governing the rights and obligations of participants in criminal proceedings regarding the use of technical means during the search.*

**Key words:** search, evidence, physical evidence, documents, Electronic document, “electronic proof”.