

УТВЕРДЖЕННЯ ДОКАЗОВОГО ЗНАЧЕННЯ ПРИХОВАНОГО АУДІО- ТА ВІДЕОЗАПISУ ЯК НЕВІД'ЄМНИЙ ЕЛЕМЕНТ ЕФЕКТИВНОЇ БОРОТЬБИ З КОРУПЦІЙНИМИ ЗЛОЧИНАМИ

Тарасенко Р.В., доцент кафедри криміналістики, судової медицини та психіатрії ОДУВС, д.ю.н., с.н.с.

В сучасних умовах тотальної та транснаціональної корупції [1], що має місце в Україні, об'єктивна оцінка доказів по кримінальним провадженням про корупційні злочини є вельми ускладненою. Вона нерідко натикається штучне надання дискусійного характеру загальноприйнятим положенням теорії доказів. Розповсюдженим стало явище, коли норми доказового права офіційно тлумачаться зацікавленими суб'єктами, виходячи з власних інтересів.

Одним з таких «дискусійних» питань є проблема визнання доказового значення прихованого аудіо- та відеозапису, що здійснюється звичайними громадянами, журналістами та громадськими активістами. І це не дивно, адже прихований запис та отримані за допомогою нього результати є саме тим каменем спотикання, що може поставити під загрозу цілий прошарок громадян, причетних до корупційної діяльності.

Питанням використання у кримінальному судочинстві результатів негласного аудіо-, відеозапису, отриманим у межах оперативно-розшукових заходів або негласних слідчих (розшукових) дій, присвячені праці провідних вітчизняних науковців: В. І. Галагана, Ю. М. Грошевого, Я. Ю. Кондратьєва, Д. Й. Никифорчука, Ю. Ю. Орлова, М. А. Погорецького, Б. Г. Розовського, С. М. Стахівського, В. Є. Тарасенка, В. В. Шендрика та інших. В окремих працях зазначених авторів аналізувалися питання долучення до матеріалів кримінального провадження матеріальних носіїв із аудіо-, відеозаписами, приховано зробленими громадянами самостійно (при вимаганні хабара, при висловленні погроз тощо). Ці наукові праці є фундаментальною базою для дослідження питань законності та доказового значення результатів застосування громадянами прихованого аудіо- та відеозапису.

Слід констатувати, що в національному кримінальному процесі доказове значення результатів прихованого аудіо- та відеозапису, наданого громадянами, поставлено під сумнів. Більшість опитаних нами працівників слідчих підрозділів Національної поліції сприймають такі результати не як доказову, а як орієнтуючу інформацію. На нашу думку, це обумовлено наступними обставинами:

- недоліками офіційного тлумачення положень Конституції України (ст. 62), що нівелює доказове значення аудіовізуальної інформації, отриманої громадянами приховано;
- наявною практикою застосування статті 359 «Незаконні придбання, збут або використання спеціальних технічних засобів отримання інформації» КК України щодо тих технічних засобів, які за своїми характеристиками не є спеціальними;
- навіюванням з боку офіційних представників правоохоронних органів хибної думки про нібито незаконний характер застосування прихованого запису.

Певні недоліки тлумачення положень Конституції виявляються у рішенні Конституційного Суду України № 12-рп/2011 від 20 жовтня 2011 року у справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 62 Конституції України [5]. Відповідно до цієї норми обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом. Згідно Рішення це положення слід розуміти так, що обвинувачення у вчиненні злочину не може ґрунтуватися на фактичних даних, одержаних шляхом вчинення цілеспрямованих дій щодо їх збирання і фіксації із застосуванням заходів, передбачених Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність», особою, не уповноваженою на здійснення такої діяльності. Звідси походить, що громадянин, який не є особою, уповноваженою на здійснення ОРД, взагалі позбавлений можливості залучати результати власних цілеспрямованих аудіо- та відеоспостережень у якості доказів по кримінальному провадженню. З вищезазна-

ченого напрошується висновок: якщо громадянин за допомогою аудіо- та відеотехніки приховано фіксує протиправні дії, то результати такої фіксації доказового значення мати не будуть.

Такий підхід фактично унеможливило викриття та притягнення до відповідальності посадових осіб, злочинну діяльність яких можна викрити шляхом фіксації звичайними засобами аудіо- та відеозапису. Це також нівелює результати світової практики журналістських розслідувань та застосування при їхньому проведенні прихованого аудіо- чи відеозапису. Адже законодавства західноєвропейських країн дозволяють приховану фіксацію громадянином чи журналістом протиправних дій. Навіть законодавство Російської Федерації [8, ст. 50] допускає здійснення журналістами прихованого аудіо- та відеозапису, кіно- і фотозйомки, розповсюдження повідомлень і матеріалів, підготовлених з використанням прихованого запису (зйомки) у тих випадках, коли це не порушує конституційних прав та свобод людини.

За нашим переконанням, зазначене рішення Конституційного Суду України не може стосуватися усіх заходів, передбачених Законом України «Про оперативно-розшукову діяльність», а лише тих, які обмежують права людини та пов'язані із серйозним втручанням у приватну сферу (проникнення до житла чи іншого володіння особи, встановлення там засобів аудіо- та відеоконтролю, прослуховування телефонних переговорів і т. ін.).

Викликає стурбованість і наявна практика застосування ст. 359 «Незаконні придбання, збут або використання спеціальних технічних засобів отримання інформації» КК України щодо технічних засобів, які за своїми характеристиками не є спеціальними.

По-перше, враховуючи обраний Європейський вектор розвитку нашої держави, доречним є декриміналізація означеного діяння. Як справедливо відзначають Народні депутати України з Комітету з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності Верховної Ради України, «сьогодні кримінальна відповідальність за незаконний обіг (виробництво, придбання, збут тощо) спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації передбачена лише в кримінальних кодексах деяких країн СНД, а саме Російської Федерації, Республік Білорусь, Казахстан, Киргизія, Молдова та Таджикистан, у європейських країнах – лише у КК Литовської Республіки, азійських – у КК Китайської Народної Республіки» [3]. Тобто в інших країнах кримінальна відповідальність за такі дії відсутня, а відповідні технічні засоби знаходяться у вільному обігу.

Суспільна небезпека використання технічних засобів негласного отримання інформації може мати місце *лише у разі* порушення прав, свобод та інтересів фізичних і юридичних осіб, а також інтересів держави. Прикладами такого порушення може бути: встановлення та використання таких технічних засобів у приватному володінні особи; отримання секретної інформації з режимних об'єктів тощо. Тож, за звичайних умов суспільна небезпека при використанні технічних засобів негласного отримання інформації відсутня. Суспільна небезпека незаконного використання громадянами спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації полягає не у порушенні порядку їх використання, придбання або збуту, а в порушенні прав, свобод та інтересів фізичних та юридичних осіб, а також інтересів держави (якщо воно має місце).

По-друге, на сьогодні відсутнє законодавче визначення спеціальних технічних засобів отримання інформації та їхніх ознак, що створює умови для притягнення до кримінальної відповідальності невинуватих. Етимологічне тлумачення слова «спеціальний» за призначенням передбачає наявність особливого призначення; призначення виключно для кого-, чого-небудь [7]. Тож, спеціальними технічними засобами є лише ті, що виготовлені для потреб діяльності «спеціальних» суб'єктів (суб'єктів ОРД) та мають суто *спеціальне* призначення, зокрема:

- перехоплення інформації з мобільних телефонів (апаратно-програмні комплекси радіомоніторингу стільникового зв'язку);
- дистанційне зняття мовної інформації з вікон за допомогою інфрачервоного лазера;
- зняття мовної інформації шляхом аналізу побічного електромагнітного випромінювання і наводок від електротехніки;
- негласне отримання інформації з технічних засобів її зберігання, обробки та передачі (комплекси для прийому та декодування побічного електромагнітного випромінювання електронно-обчислювальної техніки, іншого радіоелектронного обладнання) і т. ін.

Технічні засоби із таким призначенням є *спеціальними* та застосовуються виключно суб'єктами ОРД. Принципи філологічного (лексичного) тлумачення кримінально-правової теорії не дозволяють застосовувати термін «спеціальний» до якихось поширених засобів. Тож, ті технічні засоби негласного отримання інформації, які виготовлені для широкого кола споживачів, для звичайних громадян та мають *загальне* призначення не можуть визнаватися судами як «спеціальні». Загальне призначення того чи іншого засобу виявляється у технічній можливості реалізовувати загальні функції:

- здійснювати аудіо- та відеозапис, що є поширеною функцією та дозволено робити всім без виключення громадянам;
- передавати мовну та іншу інформацію на відстань, що також є поширеним та застосовується у журналістській діяльності, при проведенні концертів і виступів, при догляді за дитиною або похилими людьми, у комедійних цілях (розіграшах) тощо;
- інші технічні можливості, що заявлені виробником для широкого кола споживачів.

Викликають доволі різку критику й окремі конструктивні ознаки спеціальних технічних засобів, що викладені на офіційному сайті Служби безпеки України [4].

Слід зазначити, що у базі Єдиного державного реєстру судових рішень [2] за 2015 рік не міститься жодного обвинувального вироку, що стосувався би *суто спеціальних технічних засобів* (наприклад, апаратно-програмних комплексів для перехоплення та реєстрації сеансів зв'язку з телекомунікаційних мереж стандарту GSM 900/1800 (комплексів моніторингу стільникового зв'язку). Згідно зазначеного реєстру стосовно таких комплексів (вартістю від 80 000 доларів) було ухвалено лише два вироки, у 2012 та 2013 роках, хоча латентна кількість таких виробів в Україні

значно більша. Натомість, абсолютна більшість вироків стосуються дій, пов'язаних із придбанням або збутом таких технічних засобів, вартість яких не перевищує кілька сотень гривень (96 грн., 140 грн., 145 грн., 250 грн. тощо). Зокрема, це дешеві аудіо-відеозаписуючі пристрої, закамфльовані під канцелярські ручки, брелоки, годинники тощо.

Слід відзначити, що починаючи з червня 2010 року в Україні мають місце факти залякування журналістів та звичайних громадян відповідальністю за нібито незаконне застосування ними прихованого аудіо- та відеозапису. Про це свідчать численні прес-конференції компетентних посадових осіб та повідомлення, розміщені у ЗМІ і мережі «Інтернет». Показово екс-заступник Головного слідчого управління СБУ Василь Климук у 2012 році нагадав журналістам, що застосування прихованої зйомки тягне за собою кримінальну відповідальність [6].

З огляду на закордонну практику використання журналістами прихованого запису та застосування відповідних технічних засобів, що є абсолютно легальним, такі заяви виглядають вельми дивними. **На сьомій щорічній конференції «Журналістські розслідування в Україні та Європі: досягнення, проблеми та перспективи розвитку» журналісти з Великої Британії та Польщі розповіли про свій позитивний досвід у застосуванні прихованих камер і долучення результатів їхнього застосування до кримінальних справ. У той же час українські журналісти наголосили на кримінальній відповідальності за придбання і використання прихованих камер та інших спеціальних технічних засобів в Україні, а також на проблемі використання отриманих даних в суді [9].**

Вищевикладене дає підстави стверджувати, що у сучасних умовах в Україні громадяни фактично позбавлені можливості приховано фіксувати корупційні дії та використовувати результати такої фіксації як докази у кримінальному судочинстві. Переконані, що наближення до європейських цінностей можливе лише у разі приведення вітчизняного законодавства до європейських стандартів, що допускають застосування громадянами засобів прихованого аудіо- та відеозапису.

З метою утвердження доказового значення прихованого аудіо- та відеозапису доцільним вбачається забезпечити об'єктивне тлумачення положень Конституції України (ст. 62) та підкреслити доказове значення аудіовізуальної інформації, що отримується громадянами приховано, шляхом:

- відмежування у ст. 8 Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» заходів *оперативно-розшукової діяльності від прихованих дій громадян* із фіксації фактів протиправної діяльності;
- доповнення ст. 87 КПК України положенням *про допустимість доказів*, отриманих громадянами з використання прихованого аудіо- та відеозапису.

Потребує припинення практика застосування статті 359 КК України щодо тих технічних засобів, що за своїми характеристиками не є спеціальними, шляхом *суттєвого звуження поняття спеціальних технічних засобів і доповнення статті 359 КК України* приміткою відповідного змісту. Прийнятим також може бути виключення статті 359 з КК України та виключення слів «а також спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації» з частини першої статті 201 КК України.

Література:

1. Гізо Углава. Час хабарів у конвертах минув, корупція в Україні стала транснаціональною [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Національного антикорупційного бюро України / 04 січня 2016 року. – Режим доступу : <http://www.nabu.gov.ua>. – Назва з екрану.
2. Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс] // Веб-сайт Державного підприємства «Інформаційні судові системи» / 08 січня 2016 року. - Режим доступу : <http://reyestr.court.gov.ua>.
3. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення ролі громадянського суспільства в боротьбі з корупційними злочинами» [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної ради України / 23 березня 2015 року. - Режим доступу : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=52602.
4. Протидія незаконному використанню спеціальних технічних засобів [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Служби безпеки України / 18 лютого 2013 року. - Режим доступу : http://www.sbu.gov.ua/sbu/control/uk/publish/article?art_id=115766&cat_id=115765.
5. Рішення Конституційного Суду України № 12-рп/2011 від 20 жовтня 2011 р. у справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 62 Конституції України [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Верховної Ради України. – Режим доступу : <http://zakon4.rada.gov.ua>. - Назва з екрану.
6. СБУ напонила журналістам, что скрытая съемка влечёт за собой уголовную ответственности [Електронний ресурс] // Офіційний сайт інтернет-видання NEWSru.ua / 14 березня 2012 року. - Режим доступу : <http://rus.newsru.ua/arch/ukraine/14mar2012/pruhovanazyomka.html>.
7. Словник української мови : в 11 томах. – Том 9, 1978. – стор. 501. [Електронний ресурс] // Сайт «Словник української мови» / 08 січня 2016 року. - Режим доступу : <http://sum.in.ua/s/specialjnyj>.
8. Федеральный Закон РФ от 27.12.1991 № 2124-1 «Закон о средствах массовой информации» [Електронний ресурс] // Информационно-правовой портал. - Режим доступу : <http://base.garant.ru>. - Назва з екрану. – Ст. 50.
9. Швадчак Надія. Як розслідувати з прихованою камерою – історії з трьох країн [Електронний ресурс] // Сайт журналу «Телекритика» / 30 листопада 2015 року. - Режим доступу : <http://www.telekritika.ua/media-osvita/2015-11-30/112686>.