

КРИТЕРІЇ ВІДНЕСЕННЯ ЕЛЕКТРОННОЇ ІНФОРМАЦІЇ ДО ВИДІВ ДОКАЗІВ

Крижановський А.С.,

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри міжнародного та

кримінального права

Навчально-науковий Інститут права,

психології та інноваційної освіти

Національний університет «Львівська політехніка»,

ORCID: 0000-0002-2432-5286

Крижановський А.С. Критерії віднесення електронної інформації до видів доказів.

У статті на підставі комплексного системного підходу досліджується та аналізується судова практика, чинне законодавство України та наукові розробки з питань використання електронних (цифрових) доказів у процесі доказування у кримінальному провадженні, а також процесуальні норми національного законодавства, що регулюють використання електронних доказів у кримінальному судочинстві. Методологічною основою дослідження є концепція системного аналізу, застосовувалися загальнонаукові методи пізнання, як теоретичне моделювання, аналіз та синтез, індукція, дедукція, функціональний підхід. Зважаючи на важливість окресленої проблематики, основною метою дослідження визначено надання характеристики кожній складовій допустимості таких доказів, а саме: належне джерело отримання, належний суб'єкт і належний спосіб збирання. Наголошено, що доктринальною проблемою, яка створює перепону у визначенні таких критеріїв, є відсутність єдиного наукового бачення щодо поняття цифрових (електронних) доказів та визначення їх джерела. На цій основі пропонується удосконалити кримінальне процесуальне законодавство на предмет визначення поняття та видів електронних доказів, віднесення електронних доказів до процесуальних джерел доказів, формування єдиного підходу до застосування копії електронного доказу. Кримінальний процесуальний кодекс України не містить нормативного регулювання використання електронних доказів у процесі доказування у межах кримінального провадження, що зумовлює віднесення електронного доказу до таких процесуальних джерел як речовий доказ або документ. Під час визначення цифрових (електронних) доказів слід відобразити таку обов'язкову їхню ознаку, як міра відповідності щодо певного кримінального провадження. Іншою обов'язковою складовою дефініції «цифровий (електронний) доказ» має бути вказівка на його специфічну природу. Запропоновано джерелом цифрових (електронних) доказів вважати цифровий (електронний) об'єкт, за допомогою якого ця доказова інформація була створена, зафіксована або передана.

Зазначається про необхідність розробки критеріїв щодо допустимості електронних доказів у кримінальному провадженні.

Ключові слова: електронні докази, джерела доказів, копія електронного доказу, електронні носії інформації, кримінальне провадження, правозастосовна практика.

Kryzhanovskyi A.S. Criteria for attributing electronic information to types of evidence.

Based on a comprehensive systemic approach, the article studies and analyses the case law, current legislation of Ukraine and scientific developments on the use of electronic (digital) evidence in the process of proof in criminal proceedings, as well as the procedural rules of national legislation governing the use of electronic evidence in criminal proceedings. The methodological basis of the study is the concept of system analysis, and general scientific methods of cognition, such as theoretical modelling, analysis and synthesis, induction, deduction, and functional approach were used. Given the importance of this issue, the main purpose of the study is to characterise each component of the admissibility of such evidence, namely, the proper source of receipt, the proper subject and the proper method of collection. The author emphasises that the doctrinal problem which creates an obstacle in defining such criteria is the lack of a unified scientific vision of the concept of digital (electronic) evidence and determination of its source. On this basis, the author proposes to improve criminal procedure legislation with a view to defining the concept and types of electronic evidence, classifying electronic evidence as a procedural source of evidence, and developing a unified approach to the use of a copy of electronic evidence. The Criminal Procedure Code of Ukraine does not contain any regulatory framework for the use of electronic evidence in the process of proving a case in criminal proceedings, which leads to the classification of electronic evidence as a procedural source such as material evidence or a document. The definition of digital (electronic) evidence should reflect such

a mandatory feature as the degree of relevance to a particular criminal proceeding. Another mandatory component of the definition of 'digital (electronic) evidence' should be an indication of its specific nature. The author suggests that a source of digital (electronic) evidence should be considered a digital (electronic) object with the help of which this evidentiary information was created, recorded or transmitted.

The author notes the need to develop criteria for the admissibility of electronic evidence in criminal proceedings.

Key words: electronic evidence, sources of evidence, copy of electronic evidence, electronic media, criminal proceedings, law enforcement practice.

Постановка проблеми. Однією з важливих цілей розвитку України на період до 2030 року проголошується досягнення цифрової трансформації, яка об'єктивно зумовила розширення використання електронної інформації у діяльності правоохоронних органів. Реалізуються відомчі програми цифрової трансформації державних органів. Електронна інформація активно використовується у кримінально-процесуальному доказуванні, що супроводжується низкою теоретичних, правових і правозастосовних проблем. Указаний факт обумовлений рядом обставин. На відміну від інших форм подання інформації (вербальної, письмової та інших), електронна інформація має специфічні властивості внаслідок особливостей виникнення, формування, виявлення, обробки, копіювання на електронні носії та зберігання, обумовлених взаємодією спеціальних засобів обчислювальної техніки.

Мета дослідження – визначити критерії віднесення електронної інформації до видів доказів.

Стан опрацювання проблематики. До теми електронних документів у кримінальному процесі та криміналістиці звертались вчені: Ахтирська Н.М., Гонгало С.Й., Демура М.І., Клепка Д.І., Коваленко А.В., Ковальчук С.О., Крицька І.О., Кукарникова Т.Е., Метелев О.П., Мурадов В.В., Просняк А.О., Салтевський М.В., Скрипник А.В., Стахівський С.М., Столітній А.В., Хижняк Є.С., Цехан Д.М., Чигрина Г.Л., Шведова О.В., Шило А.В. і інші. Розвиток інформаційних технологій ставить питання про необхідність дослідження критеріїв віднесення електронної інформації до видів доказів.

Виклад основного матеріалу. Сформульовані положення щодо місця електронної інформації в системі доказів, визначеної частиною 2 статті 99 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) [1], внаслідок провадження слідчих дій можуть бути отримані докази, що містять електронну інформацію, з інших питань, тісно пов'язаних з темою дослідження.

Взаємопов'язаний аналіз змістовної сторони доказів, перелічених у частині 2 статті 99 КПК України, та процесуальної форми їх збирання, свідчить про те, що електронна інформація, що має самостійне доказове значення, може бути отримана у кримінально-процесуальному доказуванні лише двома способами: шляхом вилучення електронного носія інформації або шляхом копіювання зазначеної інформації. Виникнення доказу, що містить електронну інформацію, походить від слідчої дії, під час якої можливе проведення вилучення предметів та документів чи копіювання електронної інформації.

Тоді вилучена чи скопійована електронна інформація, будучи надалі перевіреною та оціненою щодо відносності, достовірності та допустимості, набуває характеру кримінально-процесуального доказу. Доказ буде належати до одного з таких видів: речовий доказ або документ. Розгорнуте правове визначення поняття речового доказу наведено у частині 1 статті 98 КПК України.

У даній правовій нормі відсутня пряма вказівка на те, що носії, на яких міститься електронна інформація, не віднесені до речових доказів, але з теоретичної точки зору як такі носії, та сама інформація можуть розглядатися як речові докази. Частини 1 статті 98 КПК України називає речовим доказом предмети, які служили знаряддям, обладнанням чи іншими засобами скоєння злочину чи зберегли сліди злочину.

Носій, на якому записана шкідлива програма, формально підпадає під цю нормативну ознаку. Насправді знаряддям злочину у цьому випадку виступає не носій, а записана у ньому програма, тобто власне електронна інформація. Частина 1 тієї правової норми вважає речовими доказами будь-які предмети, на які були спрямовані злочинні дії. Однак, якщо злочинні дії були спрямовані на електронний документ або на програмне забезпечення, чи можна їх вважати речовими доказами, виходячи з їхньої нематеріальної форми

У широкому значенні предметом злочинів у сфері комп'ютерної інформації може бути визнано все те, що утворює інформаційну інфраструктуру та щодо цього кримінального правопорушення кримінально-правова теорія вважає предметом злочину інформацію [2, с. 382].

Речовими доказами визнаються інші предмети та документи, які можуть бути засобами для виявлення злочину та встановлення обставин кримінальної справи (пункт 1 частини 2 статті 99 КПК України). Тут виникає проблема, щодо частини 1 статті 98 КПК України електронна інформація є засобом виявлення злочину та встановлення обставин кримінальної справи є, а не носій, на якому вона міститься.

Однак електронну інформацію в контексті частини 1 статті 98 КПК України навряд чи можна вважати «предметом», оскільки вона існує в нематеріальній формі і її перетворення можливе лише в таку

форму, в якій вона може бути сприйнята органами почуттів людини. Слідчий або дізнавач і суд, мають справу не з вихідною електронною інформацією, а з її відображенням: візуальним зображенням на моніторі комп'ютера, графічним – на папері, звуковим – аудіозапису.

Існує ще одна дискусійна обставина. Характеризуючи речовий доказ, кримінально-процесуальна теорія наділяє його властивістю унікальності, але це призводить до висновку, що копії чи відображення предмета з допомогою технічних засобів неспроможні вважатися речовим доказом.

Поширюючи цей висновок на електронну інформацію, слід вважати, що електронний носій інформації з електронною інформацією, що міститься, скопійованої з оригінального носія, не можна відносити до речового доказу. Із цього приводу В. Романюк і С. Абламський висловили думку про те, що речовий доказ незамінний, тоді як електронна інформація може бути скопійована неодноразово [3, с. 143]. Якщо електронна інформація копіюється на CD-R диск, такий спосіб не дозволяє вносити зміни в подану інформацію.

На думку зарубіжних дослідників, оскільки електронна інформація нематеріальна – вона є нічим іншим, як оброблюваної послідовністю нулів і одиниць – вона містить характеристики, які не можна порівняти з характеристиками інших речових доказів [4, с. 103]. Такі обставини породжують закономірну дискусію у питанні, чи може електронний носій інформації, і записана електронна інформація, що становлять нерозривну єдність, розглядатися як речовий доказ.

Кримінально-процесуальне законодавство і правозастосовна практика вказують, що речовим доказом є фізичний носій доказової інформації, коли цей носій і вказана інформація, що міститься на ньому, утворюють діалектичну єдність, при цьому електронний носій інформації, що є фізичним предметом, може існувати без записаної на ньому електронної інформації, але остання не може використовуватися інакше як будучи зафіксованою на такому носії.

Тут можна провести процесуально-криміналістичну аналогію: наприклад, носій (предмет), на якому відобразився слід відбитків пальців або носій, на який перенесені (скопійовані) сліди біологічних виділень людини мають єдність, оскільки зазначені сліди, за своєю сутністю це інформація: у першому випадку йдеться про унікальний дактилоскопічний малюнок, у другому – про профіль ДНК конкретної людини. Ці відображення не можуть бути використані у доказуванні окремо від носія. Точно така ситуація має місце у разі вилучення або копіювання електронної інформації. Вона фізично не може бути використана у доказуванні окремо від її носія внаслідок неможливості відокремлення одного з цих об'єктів від іншого.

Саме фізична специфіка електронної інформації, можливість її сприйняття тільки шляхом перетворення у форму, пізнавану органами почуттів людини та об'єктивної необхідності фіксації цієї перетвореної форми на речовинному носії, з неминучістю обумовлює допустимість визнання такого носія з електронною інформацією, що міститься на ньому речовим доказом при умови, що така інформація задовольняє хоча б одне з положень, зазначених у частині 1 статті 98 КПК України. При копіюванні електронної інформації можливе неодноразове копіювання та внесення до неї змін, не можна визнати таким, що має значення, оскільки навмисне або з необережності зміна може бути внесена при копіюванні слідів, які не є електронною інформацією.

Ідентичність оригіналу та копії є однією з обставин перевірки та оцінки доказів тому не може бути визначальним фактором у питанні про те, чи може копія вихідного матеріального чи нематеріального об'єкта виступати як речовий доказ. Досліджуючи питання щодо поняття «інші документи», звертаємося до положення статті 99 КПК України про те, що даний вид доказів може містити відомості, зафіксовані у письмовому, та в іншому вигляді. Звертає увагу зміст умов, що випливають із формулювання правової норми: інші документи можуть бути доказами, якщо вони не мають ознак речового доказу; відомості, викладені у документі, мають значення для встановлення обставин, що підлягають доказуванню у кримінальній справі.

Положення даної правової норми формулює загалом зрозумілий критерій розмежування документа як речового доказу чи іншого документа, однак у слідчій та судовій практиці є різні поглядів на розмежування. Якщо доказ, що містить електронну інформацію, не підпадає під загальні ознаки поняття документа, зазначені в Законі «Про обов'язковий примірник документів», то питання про розмежування, що розглядається, не виникає взагалі [5].

З практичної точки зору, для слідчого та суду відсутня різниця в тому, що вважається доказом, що містить електронну інформацію, визнаним речовим доказом чи іншим документом, оскільки для зазначених учасників кримінального судочинства важливим є її зміст, що впливає із встановленого частиною 1 статті 84 КПК України визначення поняття доказу.

Проблема виникає тоді, коли сторона захисту порушує питання про неприпустимість доказу, що містить електронну інформацію, за мотивом неправильного визначення виду доказу, оскільки процесуальні форми збирання цих видів доказів різняться.

Наприклад, предмети, у тому числі документи, які передбачається використовувати у доказуванні як речові докази, підлягають, щодо прямої вказівки КПК України, обов'язковому огляду зі складанням

відповідного протоколу та визнання цих предметів речовими доказами, потім слідує винесення процесуального рішення, а щодо інших документів КПК України такої процедура не передбачає.

Зберігання таких речових доказів, як електронні носії інформації, регулюється спеціальними правилами, встановленими статтею 100 КПК України, порушення яких, залежно від його характеру, може спричинити визнання речового доказу неприпустимим, щодо зберігання інших документів аналогічні вимоги відсутні.

Важливість правильного визначення виду доказу полягає у наступних аспектах. По-перше, первісне визначення виду доказу дозволить мінімізувати факт повторного визнання цього доказу іншим видом доказу. Наприклад, у разі передачі кримінальної справи від одного слідчого іншому їхня думка щодо виду доказу може не збігатися, що згодом може спричинити правову невизначеність у ході судового розгляду.

Кожному виду доказу відповідає певний спосіб збирання, оформлення та закріплення інформації у відповідній процесуальній формі. Помилкове застосування неналежної форми збирання доказів може спричинити визнання їх неприпустимими. Слід зазначити існування погляду, що ставить під сумнів можливість визнання доказу, що містить електронну інформацію, документом.

На думку С. Ханіна, єдиною розмежувальною ознакою між електронною інформацією та іншими документами є законодавче поняття документа, де однією з ознак є наявність реквізитів, що дозволяють ідентифікувати документ [6]. Електронний документ не завжди має ідентифікуючі реквізити [7].

Однак така позиція не є безперечною, оскільки згідно Закону «Про обов'язковий примірник документів», документ має реквізити, що дозволяють його ідентифікувати, призначений для передачі в часі та у просторі, з метою громадського використання та зберігання. Такими ідентифікаторами виступають метадані, для електронного документа як виду документа, виготовленого в електронній формі, ще одним ідентифікатором є електронний підпис.

Отже, відсутні теоретичні та правові передумови, які перешкоджають допустимості віднесення електронної інформації до виду доказів «документи», якщо ця інформація не суперечить положенням статті 98 КПК України. Об'єктивно виникає необхідність точного визначення критеріїв розмежування обставин, за яких доказ, що містить електронну інформацію, слід відносити до речового доказу чи документа.

На думку Н. Марчук, враховуючи дуалістичну природу електронної інформації з властивими їй ознаками речових доказів та документів, а відсутність самостійного законодавчого регулювання порядку поводження з нею, до електронних носіїв інформації, що містять сліди злочину, слід ставитися як до речових доказів. Коли потрібна інформація довідкового характеру, необхідно застосовувати правовий режим документа. Питання щодо ідентифікації електронного документа як оригіналу можуть бути вирішені уповноваженою особою, яка його створила (за допомогою спеціальних програм порахувати контрольну суму файлу або каталогу з файлами CRC-сума, hash-сума), або за наявності відповідних підстав шляхом проведення спеціальних досліджень [8].

Необхідність розробок згаданих вище критеріїв розмежування затребувана особами, які застосовують право. За основу критеріїв віднесення електронної інформації, що має доказове значення, до конкретного виду доказів з числа встановлених законом (речовий доказ чи документ) взято результати доступної слідчої та судової практики, теоретичні розробки процесуалістів.

Перший критерій заснований на властивості електронної інформації як наявності двох компонентів, тобто електронну інформацію представляють два основні елементи – зміст (контент) та метадані. Електронна інформація, подана одним елементом, що має доказове значення, є доказом іншого документа. Якщо вилучені електронні носії інформації, що містять електронну інформацію або скопійовану інформацію, не встановлюють обставини, що підлягають доказуванню, подана електронна інформація не має значення для кримінального провадження.

Другий критерій ґрунтується на документованому вигляді електронної інформації: зміст (контент) електронної інформації представлений електронним документом, дозволяє визнати такий доказ як документ. У разі метадані присутні. Як пояснення до другого критерію зазначимо, що речове не розглядається як «предмет», тому утворюється доказ «документ». У зв'язку з тим, що змістовна частина (контент) за своєю основною суттю залишається незмінною і не залежить від форми подання – письмовий чи електронний документ, тому електронний документ може бути «документом».

Третій критерій полягає у характері отриманих матеріалів електронної інформації, що містить контент, що має значення для кримінального провадження. Така електронна інформація стосується доказу як документ.

Четвертий критерій полягає у наявності ознак, властивих електронній інформації, відповідно до КПК України: засіб скоєння злочину; несе його сліди; предмет злочинного посягання; отримана внаслідок скоєння злочину; засіб виявлення злочину чи засобом встановлення обставин кримінального провадження, що, дозволяє визнати та долучити до справи як речовий доказ [9].

Повна відсутність перелічених ознак електронної інформації відносить її до доказу як документ. Запропоновані критерії розташовані у певній послідовності, необхідно керуватися нею, що дозволяє уникнути можливої правової колізії. Прикладом такої правової колізії є здійснення несанкціонованої модифікації електронної інформації, наприклад, програмного забезпечення. Зазіхання спрямовано комп'ютерну програму, у разі електронна інформація – предмет злочинного посягання, але програма – не предмет матеріального світу.

Сліди модифікації залишаються в електронному середовищі, ці сліди відбивають факт впливу шкідливої програми. Суперечливим є питання про віднесення метаданих, які зафіксували сліди незаконного вторгнення у комп'ютерну програму, до речових доказів.

Відповідно до першого пункту запропонованих критеріїв, за наявності метаданих, така електронна інформація визнається доказом чи документом.

Мета теорії доказів як науки полягає не тільки у виробленні адекватних уявлень про сутність процесів, що відбуваються в доказуванні, а й у створенні певних алгоритмів кримінально-процесуальної діяльності, що підвищують її ефективність. Пропоновані критерії віднесення електронної інформації, що має доказове значення, до конкретного виду доказів з числа встановлених законом, речові докази або документи, мають відправні теоретико-правові позиції.

О. Музиченко та М. Карandasь зазначають, що слід розробити єдиний підхід щодо можливості використання такого поняття як копії електронного доказу [10, с. 173]. Критерії можуть бути використані особами, які застосовують право, як алгоритм співвідношення електронної інформації та видів доказів. На його основі слідчий або дізнавач може з достатнім ступенем обґрунтованості ухвалити рішення про віднесення доказу до документа або до речового доказу. Виділені пункти представленого алгоритму є вичерпним переліком. Даний алгоритм сприятиме ухваленню швидкого та юридично правильного рішення особою, яка застосовує право у співвідношенні електронної інформації з видами доказів у кримінальному процесі.

Висновки. Критерії віднесення електронної інформації до видів доказів дозволяють особі, яка застосовує право, відносити електронну інформацію, що має доказове значення, до конкретного виду доказів з числа встановлених законом. До критеріїв належать:

1. Критерій, побудований на властивості електронної інформації мати два елемента. Існування одного елемента електронної інформації має доказове значення, другий – утворює доказ «інший документ».

2. Документований вид електронної інформації, а саме, зміст (контент) електронної інформації, поданий електронним документом, дозволяє визнати такий доказ «іншим документом».

3. За характером одержаних матеріалів електронна інформація, що містить довідковий контент для кримінального провадження, відноситься до доказу «інший документ».

4. Наявність, хоча б однієї з ознак, визначених у статті 84 «Докази» КПК України, властивих електронної інформації, дозволяє визнати та залучити її до кримінального провадження як речовий доказ: засіб скоєння кримінального правопорушення; несе у собі його сліди; є предметом злочинного посягання; отримана внаслідок скоєння кримінального правопорушення; служила засобом виявлення кримінального правопорушення. Відсутність зазначених ознак відносить електронну інформацію до доказу «інший документ».

Виділені критерії є вичерпними. Вони сприятимуть прийняттю юридично правильного рішення особою, яка застосовує право, у співвідношенні електронної інформації з видами доказів у кримінальному процесі.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2013 р. № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/4651-17/conv>.
2. Ковалів М.В., Єсімов С.С., Ярема О.Г. Інформаційне право України: навчальний посібник. Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2022. 416 с.
3. Романюк В.В., Абламський С.Є. Критерії допустимості цифрових (електронних) доказів у кримінальному процесі. *Право і безпека*. 2024. № 2 (93) С. 140–150.
4. Węgrecka-Chudzik K., Duda J. Contemporary perspective on intangible benefits of IT projects in organization. *Central European review of economics & finance*. 2023. Vol. 45. № 4a. P. 101–114.
5. Про обов'язковий примірник документів: Закон України від 09.04.1999 р. № 595-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/595-14/conv>.
6. Ханін С.В. Електронно-цифрові докази під час виконання вимог ст. 290 КПК України. *Юридична газета Online*. 26.06.2024. URL: <https://yur-gazeta.com/dumka-eksperta/elektronnocifroviodokazi-pid-chas-vikonannya-vimog-st-290-kpk-ukrayini.html>.
7. Про електронні документи та електронний документообіг: Закон України від 22.05.2003 р. № 851-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/851-15>.

8. Марчук Р. Кіберзлочинність та електронні докази: суддя ВС розповіла про оцінку електронних доказів у кримінальному провадженні. Верховний Суд. 24 квітня 2024 року. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1594957>.
9. ВС роз'яснив характерні риси електронного документа. 29 жовтня 2021. Судово-юридична газета. URL: <https://sud.ua/ru/news/publication/218329-vs-rozjasniv-kharakterni-risi-elektronnogo-dokumenta>.
10. Музиченко О.В., Карандась М.В. Електронні докази як джерела доказів у межах кримінального провадження: судова практика та нормативне регулювання інших процесуальних кодексів України.