



### **Чому питання псевдоНСР)Д, на нашу думку, надзвичайно важливе?**

Аналіз судової практики вказує на те, що в цивільному обігу з'явилася достатньо велика кількість різноманітного обладнання для негласного зняття інформації. Поширення таких засобів спостерігається у бізнесовій діяльності, проте, у першу чергу, свідчить про доступність таких технічних засобів, а відтак, і можливість

використання аналогічного обладнання співробітниками правоохоронних органів без залучення технічних підрозділів, одержання відповідних погоджень прокурорів та дозволів слідчих суддів.

Негласна фіксація інформації за відсутності правових підстав на «ліве» обладнання (або з застосуванням програмного забезпечення) надає можливість «напрацювати» необхідну інформацію, уникнути при цьому відповідальності за протиправне втручання у приватне спілкування, а у разі значущості одержаної інформації - легалізувати її шляхом одержання в подальшому дозволу слідчого судді, здійснити перезапис на носій інформації, зареєстрований в режимно-секретній частині та надати як результат проведення НС(Р)Д.

Найскладнішим є питання доведення самого факту проведення заходу негласного одержання інформації всупереч встановленого КПК порядку. Прикриваючись таємністю методів проведення НС(Р)Д, сторона обвинувачення у протоколах свідомо не фіксує відомості про «хід» слідчої дії (обов'язок прямо передбачено у ст. 252 КПК) та відомості про застосовані технічні засоби (п. 1 ч. 3 ст. 104). Інформація про: 1) хід та 2) застосоване спеціальне технічне обладнання є ключовим у цьому питанні.

Для обґрунтування недоцільності відображення зазначених даних застосовується правова «еквілібристика», коли хід/перебіг НС(Р)Д ототожнюють з результатами, а невиконання вимоги щодо фіксації даних про застосовані технічні засоби посиленням на те, що така інформація є таємною, що, у свою чергу, є особливістю проведення НС(Р)Д.

Судова практика останніх років, особливо за рахунок позицій ВАКС, схиляється до того, що інформація про застосовані технічні засоби становить державну таємницю і тому відомості про них не підлягають фіксації у протоколі, а питання ходу/перебігу залишають поза увагою, оскільки таке порушення не є істотним і не впливає на допустимість доказів

у кримінальному провадженні. Більш того, копії одержаної інформації, навіть за відсутності обов'язкових ознак електронного документу, визнаються належними та допустимими доказами.

На нашу думку, виконання вимог щодо відображення ходу слідчої дії та застосоване обладнання не є формальністю, особливо враховуючи те, що самим фактом проведення НС(Р)Д відбувається обмеження прав і свобод людини (конвенційних прав, гарантованих Європейською Конвенцією). Тому порядок такого втручання, наявність дозволу на його здійснення, наявність відповідних повноважень у осіб, які одержують доступ до приватного життя, повинно розглядатися не суто з формальної точки зору (наявності судового рішення, долучення його до матеріалів провадження, ознайомлення сторони захисту), а з урахуванням фактичних обставин його проведення: 1) наявність дозволу суду на час проведення; 2) проведення заходу уповноваженою особою; 3) захищеність інформації від можливих маніпуляцій; 4) перевіряємість одержаних доказів (можливість провести відповідне експертне дослідження у разі сумнівів щодо достовірності та повноти записів).

Перевірка обставин проведення НС(Р)Д може бути здійсненна за такими напрямками: 1) дослідження факту проведення розмов у певні проміжки часу, за певних обставин; 2) дослідження повноти їх фіксації; 3) застосоване обладнання та носій інформації.

В першому випадку, після чисельних зустрічей агента з особою, щодо якої проводяться негласні заходи, на носії інформації та до протоколу можуть бути включені лише розмови, в яких ознаки провокації відсутні, натомість інші, де агент впливу активно переконував особу у вчиненні злочину – видалені. Саме такі факти можуть приховуватися за небажанням відображати у протоколах «хід» проведення НС(Р)Д. І спростувати таку вибірккову фіксацію доказів складно. Але все ж таки значна кількість зустрічей у період дозволу на проведення аудіо-, відеоконтролю, без відображення їх змісту у протоколі, з урахуванням «внутрішнього переконання суду», може бути одним з чинників для визнання одержаних результатів недопустимими або піддати їх обґрунтованим сумнівам.

Проте, якщо мова йде про оформлення спілкування як НС(Р)Д, передбачене ст. 263 КПК України, важливим є одержання доступу та аналіз інформації про телефонні з'єднання абонента (трафік). Невідповідність кількості та у часі інформації про розмови, дає підстави вимагати від сторони обвинувачення виконати вимоги ст. ст. 259, 265 КПК України щодо забезпечення повноти фіксації на носіях одержаної інформації усього змісту розмов, за період проведення заходу. Відсутність на носіїві інформації змісту усіх розмов, протягом якого проводилося НС(Р)Д, і в першу чергу між розмовами, що знайшли своє відображення у протоколі, може бути підставою для правової позиції про вибіркковість фіксації розмов особи, видалення фрагментів, що виправдовують особу. Недотримання

вищезазначених вимог щодо забезпечення повноти фіксації інформації може бути підставою для визнання доказів недопустимим.

Щодо наведення у протоколі інформації про використання спеціальних технічних засобів, необхідно виходити з того, що:

1) відображення у протоколах НС(Р)Д назв видів використаних спеціальних технічних засобів зняття інформації не може бути порушенням засад секретності, оскільки назви видів такого обладнання містяться у нормативних актах без обмеження доступу, зокрема, щодо ліцензування діяльності у сфері захисту інформації, постачання спеціальних засобів, їх обігу;

2) інформація не про все обладнання, що використовується, його компоненти, визнається такою, що є з обмеженим доступом;

3) технічні засоби контролю, носії інформації підлягають інвентаризації з присвоєнням інвентарних номерів, а таємним засобам контролю та матеріальним носіям інформації також присвоюються індивідуальні номери в режимно-секретній частині (якщо вони використовуються легально), що надає можливість відображати такі унікальні дані в протоколі.

Тобто, навіть за умови дотримання вимог ЗУ «Про державну таємницю», особливостей НС(Р)Д та Інструкції про організацію їх проведення, допускається можливість відображення у протоколах НС(Р)Д відомостей про застосовані технічні засоби. А у випадках, коли обладнання чи його назва таємна – обмежуватися даними про їх інвентарний номер чи реєстраційний номер РСЧ, який в подальшому надасть можливість унікально ідентифікувати його, відрізнивши від інших аналогічних засобів. А це є необхідним для призначення та належного проведення комп'ютерних/фоноскопичних експертиз. Інструкція про призначення таких експертиз передбачає обов'язковість надання усього використаного обладнання, а відтак, і необхідність його ідентифікації.

Відповідно, одним з головних засобів захисту, спрямованих на встановлення факту чи спростування проведення псевдоНС(Р)Д, є призначення відповідних експертиз, проведення яких є необхідним в контексті стандарту доведення, поза розумним сумнівом, винуватості особи.

Детально для обґрунтування правової позиції щодо проведення експертних досліджень з цих питань рекомендую Постанову ВС від 02.12.2022 у справі № 758/1780/17 (провадження № 51-4254 км 21 за посиланням:

<https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/107805025?from=%20%22НСРД%22%20>

Олександр Бабіков

для Науково-дослідного інституту проблем досудового розслідування