



## Неймережа проти електронних доказів, одержаних під час НС(Р)Д.

Сформована останнім часом судова практика оцінки як доказів аудіо-, відеозаписів ґрунтується на таких ключових моментах як: відеозаписи визнаються документом (електронним документом); 2) такі записи можуть існувати на різних носіях і навіть за різної дати створення, всі їх копії визнаються оригіналами електронного документу; 3) електронний документ не має жорсткої прив'язки до конкретного матеріального носія. Надання не оригінальних носіїв інформації,

відсутність в протоколах відомостей про застосовані спеціальні технічні засоби, відсутність даних про час, спосіб створення аудіо-, відеозаписів, особи, яка фактично виконувала слідчу дію, недотримання вимог щодо оформлення таких носіїв як додатку до протоколу тощо, не розглядаються як істотні порушення вимог КПК України та не впливають на оцінку доказу як допустимого.

При цьому мають випадки, коли суди звертають увагу на те, що «Обґрунтовані сумніви в достовірності інформації мають бути об'єктивними та аргументованими, з огляду на обставини конкретного кримінального провадження. Твердження сторони захисту щодо можливого здійснення технічного втручання і редагування аудіо-, відеозаписів, недостовірності відображеної на них інформації, мають спиратися на об'єктивні дані безсумнівного сприйняття таких фактів чи переконливо підтверджуватися іншими доказами у справі або обґрунтовуватися відповідними технічними висновками спеціалістів на засадах змагальності в кримінальному процесі.»

Отже, за такого підходу фактично будь-які аудіо-відеозаписи, надані стороною обвинувачення повинні сприйматися як справжні, а відомості, що зазначені в них – достовірними. При цьому на сторону захисту, яка не має доступ до оригінальних носіїв та технічних засобів, що використовувалися під час здійснення фіксації (їх надання експерту є обов'язковою для проведення експертизи на предмет ознак монтажу чи інших підрбок) зобов'язана довести відповідним експертним дослідженням наявність ознак такої підробки.

Нажаль, під час розгляду кримінальних проваджень судами все частіше ігнорується необхідність дослідження саме процедури одержання аудіо-, відеозаписів, дотримання вимог щодо умов фіксації, забезпечення неможливості стороннього втручання в такі записи.

До чого це призводить. Як приклад, до цього посту долучено електронний файл із записом коментаря Є. Пригожина щодо причин авіакатастрофи, в якій він загинув. Які висновки з дослідження цього аудіозапису можна зробити? 1) голос дуже схожий на Є. Пригожина, з особливостями його мовлення; 2) зміст інформації вказує на те, що цей аудіозапис з'явився вже після його смерті, оскільки в ньому він кепкує з тез, озвучених на прес-конференції щодо його смерті; 3) інформація зазначеного аудіозапису зафіксована у вигляді електронних даних як аудіофайл. Цей аудіозапис підробка. Неймережа з використанням його прижиттєвих розмов згенерувала промову вже після його смерті. Нескладно надати і нову назву з датою нібито його створення – 01.01.2024 року.

Отже, створення підроблених аудіо-відеозаписів або із спотворенням їх змісту не лише технічно можливе, а й не вимагає особливого обладнання і відповідно, в подальшому буде лише поширюватися.

З урахуванням основних засад до оцінки аудіо-, відеозаписів, одержаних під час проведення НС(Р)Д, у разі надання такого запису правоохоронним органом, суд має дійти висновку, що йому надано оригінальний запис, - електронний документ чи доказ, який може бути покладено в основу вироку. Особливо якщо до запису буде надано відповідний протокол, який не містить відомостей про те коли фактично проводився запис, ким, на які технічні засоби тощо.

Отже виникає низка питань. Які аудіо-, відеофайли можуть розглядатися у кримінальному провадженні як належні та допустимі докази для встановлення фактичних обставин? Чи будь-який файл із записом зафіксованих розмов, зустрічей, може розглядатися як електронний доказ чи електронний документ, у чому саме полягає відмінність електронного доказу від електронного документу, оригінал від копії чи дублікату? Чи є аудіо-, відеозаписи, одержані під час проведення НС(Р)Д електронними доказами чи електронними документами? Дотримання яких вимог при створенні, копіюванні електронного доказу чи документу є ключовими, щоб уникнути або розпізнати підробку?

Розглянемо вимоги законодавства щодо фіксації аудіо-, відеодоказів одержаних під час проведення НС(Р)Д, що розглядаються як додаток до протоколу.

Під час проведення НС(Р)Д основні питання фіксації інформації регламентовано ст. ст. 104, 105, 106 КПК України та Розділом IV Інструкції про організацію проведення негласних слідчих (розшукових) дій та використання їх результатів у кримінальному провадженні. Основними вимогами до фіксації є наступні: 1) складання протоколу з відображенням відомостей про використані технічні засоби (ч.ч. 1, 2 ст. 104 КПК, п. 4.1 Інструкції); 2) відображення ходу слідчої дії (послідовність дій) отримані речі/документи (ч. 3 ст. 104 КПК, п. 4.1 Інструкції ) 3) аудіо-відеозаписи, інші комп'ютерні дані є додатками до протоколу (ч. 2 ст. 105 КПК, п. 4.7 Інструкції); 4) носії інформації, що містять зафіксовану на них інформацію про результати слідчої дії підлягають упаковуванню з підписанням учасниками, що робиться під час або одразу після її завершення (ч. 3 ст. 105, ст. 106 КПК. П. 4.7.1 Інструкції); 5) належне упакування додатку до протоколу з метою його надійного збереження, розглядається як засіб для перевірки процесуальної дії, у тому числі експертним шляхом (ч. 3 ст. 105, ч. 2 ст. 106 КПК, п.п. 4.7, 4.7.1, 4.8, 4.9 Інструкції), забезпечення їх цілісності та захисту від несанкціонованого втручання.

Чому дотримання цих вимог може істотно впливати на допустимість доказів, а ігнорування надасть можливість використовувати записи, аналогічні промові Є. Пригожина для доведення винуватості особи у кримінальному судочинстві.

Головним підґрунтям для зловживань з боку сторони обвинувачення є ігнорування вимог щодо відображення ходу/етапів слідчої дії, внесення відомостей про застосовані технічні засоби, формування та забезпечення збереження носіїв інформації, на які здійснено аудіо-, відеозаписи створення додатків до них, доволі часто стороною обвинувачення ігноруються.

Замість цього доволі часто у протоколах фіксується лише номер носія інформації, відомості про його надходження з технічного підрозділу, час та місце зафіксованої розмови (не завжди), про додаток до протоколу без відомостей про його упакування. Нажаль, суди при оцінці таких порушень вважають їх не істотними, і такими, що не вплинули на результати слідчої дії та допустимість одержаних доказів.

Невідображення у протоколі ходу проведення слідчої дії пояснюють особливою методикою, таємністю НС(Р)Д, відсутність даних про застосоване технічне обладнання

тим, що воно таємне і відомості про нього становлять державну таємницю, надані неоригінальні носії інформації розцінюються як електронний документ, а відтак копію запису визнають оригіналом, відсутність відомостей про належне упакування, що виключає несанкціоноване втручання у зміст інформації ігнорується як несуттєве.

Чому ці питання для визнання доказу допустимим є надзвичайно важливі? Відображення ходу процесуальної дії, зокрема ключових моментів: її початку та завершення, місця проведення, залученого спеціаліста, який застосовував спеціальні технічні засоби, відомості про такі засоби в форматі інвентарного номеру, відображення унікального номеру використаного цифрового носія інформації, не буде порушенням державної таємниці, проте надасть можливість встановити, чи є наданий носій інформації оригінальним, у разі потреби надати експертам саме той комплект спеціальних технічних засобів, а знання про особу, яка надавала технічну допомогу – з'ясувати інші технічні питання, що можуть виникнути під час дослідження записів.

Відсутність у протоколі відомостей про унікальний номер цифрового носія, тим більше, коли він не упаковується з участю осіб, які провели негласну слідчу дію, надають можливість здійснити його підміну на копію, по якій у експертів можуть виникнути труднощі щодо виявлення ознак монтажу, визначення приналежності голосу осіб, які приймали участь в розмові. Отже, такий доказ втрачає таку важливу ознаку як перевіряємість, - можливість перевірити дотримання умов одержання та фіксації доказу. Невірною на нашу думку є й позиція, коли електронний доказ ототожнюють з електронним документом. При цьому, копію електронного запису вважають рівнозначною оригінальному запису і уникають обов'язку надати суду для дослідження оригінал. І якщо в попередній редакції ст. 266 КПК України прямо передбачала обов'язок забезпечити збереженість оригінального носія інформації, зміни, прийняті 15.03.2022 замість «оригінальні носії інформації» взагалі передбачають зберігання «носія інформації на який зафіксовано...».

Але, наскільки вірна позиція що аудіо-, відеозапис є електронним документом? Саме така теза надає можливість маніпулювати поняттям «оригінальності» носія інформації і замість носія інформації на який фактично здійснювався запис надати його копії, що могли зазнати монтажу чи іншого спотворення. Використовуючи положення Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» суди ототожнюють аудіо-,відеозаписи, що є додатками до протоколів НС(Р)Д з електронним документом, посилаючись також на ст.99 КПК України. Але, оригіналом електронного документа згідно зі статтею 7 вказаного Закону України вважається електронний примірник документа з обов'язковими реквізитами, у тому числі з електронним підписом автора або підписом, прирівняним до власноручного підпису відповідно до цього Закону. Отже, файл аудіо-, відеозапису може бути визнано електронним документом лише за наявності електронного підпису особи, яка його створила. І це логічно, бо за інших обставин промова Є. Пригожина, як і будь- який інший файл виготовлений із застосуванням нейромережі необхідно розцінювати як документ/доказ, що в свою чергу доведе ситуацію до абсурду.

Але ми не зустрічали на носіях інформації, доданих до протоколів НС(Р)Д електронний цифровий підпис особи, яка його створила. Такі аудіо-відеозаписи не містять обов'язкових реквізитів електронного документа, а відтак і не можуть розглядатися як електронні документи в розумінні Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг». В свою чергу, його копії не можуть визнаватися оригіналами тому, що лише оригінальний носій інформації містить в собі необхідні метадані про фактичний час створення файлів, відомості про застосоване технічне обладнання (без розкриття відомостей, що становлять державну таємницю) і є єдиним

можливим засобом для проведення експертного дослідження на предмет монтажу, ототожнення голосу дикторів.

Поняття електронного доказу є значно ширшим за поняття електронного документа. Електронний документ — документ, інформація в якому зафіксована у вигляді електронних даних, включаючи обов'язкові реквізити документа. Для ідентифікації автора електронного документа може використовуватися електронний підпис (стст. 5, 6 Закону «Про електронні документи та електронний документообіг»). Натомість електронний доказ — це будь-яка інформація в цифровій формі, що має значення для справи, і наявність цифрового підпису не вимагається.

Первинний носій інформації є матеріальним об'єктом, який містить відомості про вчинення злочину, що можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження, а отже відповідає ознакам саме речового доказу, визначеним у ст. 98 КПК України. І за таких умов оригінальним доказом може бути лише первинний носій інформації, за наявності відомостей про умови та обставини його створення, упакування та зберігання, що унеможливають несанкціоноване втручання в його зміст.

Слід відзначити, що можливість існування кількох оригіналів документів як доказу, передбачена у ч. 4 ст. 99 КПК України. Може визнаватися як оригінал документа його дублікат, але знову ж таки з дотриманням певних вимог. Не будь-яка копія електронного файлу, а лише та, що виготовлена слідчим, прокурором із залученням спеціаліста. Тобто створення дублікату/копії цифрового запису також вимагає ідентифікації особи, яка його створила та умов, за яких було проведено копіювання.

Для повноти сприйняття підходів до визначення доказового значення електронних доказів/документів доцільно проаналізувати підходи вищої судової інстанції в інших формах судочинства.

В господарському судочинстві (№910/17662/12ВС) сформувано позицію, що оригінал електронного доказу – це первинна інформація в електронній (цифровій) формі, яка містить дані про обставини, що мають значення для справи, та яка є основою для відтворення і копіювання. Чинним законодавством визначено поняття оригіналу електронного документа. Оригіналом електронного документа згідно зі статтею 7 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» (положення якого, як встановив суд апеляційної інстанції, підлягають застосуванню до спірних правовідносин) вважається електронний примірник документа з обов'язковими реквізитами, у тому числі з електронним підписом автора або підписом, прирівняним до власноручного підпису відповідно до цього Закону.

У цивільному судочинстві визначено, що Електронними доказами є інформація в електронній (цифровій) формі, що містить дані про обставини, що мають значення для справи, зокрема, електронні документи (в тому числі текстові документи, графічні зображення, плани, фотографії, відео- та звукозаписи тощо), веб-сайти (сторінки), текстові, мультимедійні та голосові повідомлення, метадані, бази даних та інші дані в електронній формі. Такі дані можуть зберігатися, зокрема, на портативних пристроях (картах пам'яті, мобільних телефонах тощо), серверах, системах резервного копіювання, інших місцях збереження даних в електронній формі (в тому числі в мережі інтернет) (частина перша статті 100 ЦПК України). Електронні докази подаються в оригіналі або в електронній копії, засвідченій електронним цифровим підписом, прирівняним до власноручного підпису відповідно до Закону України «Про електронний цифровий підпис». Законом може бути передбачено інший порядок засвідчення електронної копії електронного доказу.

На вказаних прикладах також можемо спостерігати загальну тенденцію, що не будь-який електронний файл - документ чи електронний доказ може використовуватися у

судочинстві як допустимий, а лише той, що одержаний та зафіксований у спосіб, передбачений законодавством і містить відомості про особу, яка здійснила фактично таку фіксацію, засвідчила своїм електронним підписом такий доказ.

На нашу думку, допустимий доказ, це в першу чергу той, що може бути перевірений щодо додержання процедури його отримання, фіксації, наявності повноважень у особи на проведення процесуальної дії, забезпечення його збереженості, що унеможливорює його спотворення. В іншому випадку, якщо беззастережно сприймати «на віру» такі записи та відомості, що зафіксовані в них, спрямованість кримінального судочинства будуть визначати творчі особистості, які набули навичок використання штучного інтелекту.