



О ДОКАЗАТЕЛЬСТВЕННОМ ЗНАЧЕНИИ РЕЗУЛЬТАТОВ СКРЫТОЙ ЗАПИСИ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

Руслан ТАРАСЕНКО,

доктор юридических наук, старший научный сотрудник,
профессор кафедры криминалистики, судебной медицины и психиатрии
Одесского государственного университета внутренних дел

Summary

The article deals with the legal and theoretical problems of the use in criminal proceedings the application of the results of individuals hidden audio and video recording for the purpose of fixing evidence of illegal activity. It focuses on the theoretical importance of rethinking of the procedural significance and admissibility of hidden audio and video recording in criminal proceedings. The author proves the necessity of correct interpretation of the main provisions of the law of evidence relating to the admissibility of evidence in criminal proceedings. It is proposed at the level of the legislation to provide for the possibility of initiation of application of the results of hidden recording the materials of the criminal proceedings, to determine the conditions under which these results can be regarded as inadmissible evidence.

Key words: criminal proceeding, criminal case, evidence, hidden recording, witness, crime.

Аннотация

В статье рассматриваются правовые и теоретические проблемы использования в уголовном процессе результатов скрытой аудио- и видеозаписи, осуществляемой отдельными лицами с целью фиксации фактических данных о противоправной деятельности. Сконцентрировано внимание на теоретическом переосмыслении процессуальной значимости и допустимости результатов скрытой аудио- и видеозаписи в уголовном процессе. Доказывается необходимость надлежащего толкования основополагающих положений доказательственного права, которые касаются допустимости доказательств в уголовном процессе. Предложено на законодательном уровне предусмотреть возможность приобщения результатов применения скрытой записи к материалам уголовного производства, определить условия, при которых такие результаты могут быть признаны недопустимыми доказательствами.

Ключевые слова: уголовный процесс, материалы уголовного производства, доказательство, скрытая запись, свидетель, преступление.

Постановка проблемы. В современных условиях объективная оценка доказательств по уголовным производствам во многих случаях является весьма затруднительной. Нередко общепринятым положениям теории доказательств искусственно прививается дискуссионный характер, а нормы доказательственного права искаженно толкуются заинтересованными субъектами в угоду интересам определённого круга лиц. Ярким примером подобного софизма является «учение» о якобы сомнительной доказательственной ценности результатов скрытой аудио- и видеозаписи, осуществляемой гражданами с целью фиксации преступлений. И это неудивительно, ведь официальное признание весомого доказательственного значения результатов скрытой записи является именно тем камнем преткновения, который может поставить под угрозу целую прослойку лиц, причастных к коррупционной и иной противоправной деятельности.

Актуальность темы исследования подтверждается существенной степенью неизученности вопроса

о доказательственной ценности результатов скрытой записи, осуществляемой отдельными лицами, а также системным уклонением ведущих украинских учёных-процессуалистов от чёткого ответа на весьма злободневный вопрос: являются ли результаты скрытой записи доказательством в уголовном процессе?

Состояние исследования. Разнородные вопросы использования в уголовном процессе результатов негласной аудио- и видеозаписи рассматривались в трудах ведущих отечественных ученых: В.И. Галагана, Ю.М. Грошевого, В.П. Захарова, Я.Ю. Кондратьева, Д.Й. Никифорчука, Ю.Ю. Орлова, М.А. Погорецкого, Б.Г. Розовского, С.Н. Стахивского. Проблемы допустимости доказательств, полученных частными лицами с использованием технических средств, поверхностно затрагивали О.В. Каплина, В.И. Марынив. В отдельных работах указанных авторов изложены вопросы приобщения к материалам уголовного производства материальных носителей, предоставляемых гражданами после осуществления ими скрытой записи (при вы-

могательстве взятки, при высказывании угроз и т. п.). Работы указанных авторов являются фундаментальной базой для исследования процессуальной допустимости и доказательственного значения результатов скрытой записи.

Целью и задачей статьи является исследование доказательственного значения результатов скрытой записи, осуществляемой отдельными лицами, в уголовном процессе.

Изложение основного материала. Скрытую (аудио-, видео-) запись можно определить как процесс негласной (в тайне от окружающих) фиксации звуковой или визуальной информации с целью её сохранения, дальнейшего воспроизведения и использования. В учебно-научных изданиях по оперативной/специальной технике под скрытой записью также понимается сама записанная звуковая или визуальная информация (т.е. результат) либо её технический носитель (магнитная плёнка, лазерный диск, цифровой файл и т.п.).

Следует констатировать, что в национальном уголовном процессе доказательственное значение результа-



тов скрытой записи, осуществляемой гражданами, поставлено под сомнение. В частности, большинство опрошенных нами работников следственных и оперативных подразделений Национальной полиции, (всего 116 респондентов), воспринимают такие результаты не как доказательную, а как ориентирующую информацию. Данные экспертного опроса 23 работников прокуратуры Одесской области свидетельствуют о том, что результаты скрытой записи преимущественно воспринимаются ими как недопустимое доказательство, которое не может быть использовано при принятии процессуальных решений, на которое не может ссылаться суд при принятии судебного решения.

Обобщив результаты экспертного опроса следователей, мы можем выделить ряд аргументов, которые приводят респонденты в поддержку версии о недопустимости результатов скрытой записи:

1) такие результаты являются недопустимыми доказательствами, так как на этом настаивают работники прокуратуры, в т.ч. процессуальные руководители;

2) такие результаты являются недопустимыми в соответствии со ст. 87 УПК Украины, так как они получены в результате существенного нарушения прав человека, в частности осуществления аудио-, видеоконтроля без предварительного разрешения суда;

3) такие результаты являются недопустимыми, так как существует некое решение Конституционного Суда, предусматривающее это положение;

4) такие результаты являются недопустимыми, так как преимущественно получены с применением технических средств, которые запрещены в обороте и т.п.

По нашему мнению, сомнения практических работников относительно доказательственного значения скрытой записи обусловлены следующим:

1) недостатками официального толкования положений Конституции Украины (ст. 62) касательно доказательств, полученных незаконным путем;

2) отсутствием в УПК Украины прямого указания на возможность

приобщения к материалам уголовного производства результатов применения скрытой записи;

3) внушением со стороны официальных представителей правоохранительных органов ошибочного мнения о якобы незаконном характере применения скрытой записи;

4) имеющейся негативной практикой применения статьи 359 УК Украины.

Целесообразно более детально раскрыть вышеперечисленные положения.

К примеру, недостатки толкования положений Конституции содержатся в решении Конституционного Суда Украины № 12-рп / 2011 от 20 октября 2011 года (далее – Решение) относительно официального толкования положения части третьей статьи 62 Конституции Украины [1]. Согласно этой норме обвинение не может основываться на доказательствах, полученных незаконным путем. В соответствии с Решением это положение следует понимать следующим образом: «Обвинение в совершении преступления не может основываться на фактических данных, полученных ... путем совершения целенаправленных действий по их сбору и фиксации с применением мероприятий, предусмотренных Законом Украины «Об оперативно-розыскной деятельности», лицом, не уполномоченным на осуществление такой деятельности».

Указанное Решение с момента принятия получило широкую огласку в СМИ в контексте информации о том, что скрытая запись не является доказательством. Из Решения следует, что рядовой гражданин, который не уполномочен на осуществление ОРД, лишен возможности приобщать результаты собственных целенаправленных аудио- и видеонаблюдений в качестве доказательств по уголовным производствам. Напрашивается ложный вывод: если гражданин скрыто фиксирует противоправные действия, то результаты такой фиксации доказательного значения иметь не будут.

Отметим, что подобная поверхностная логика нивелирует результаты мировой практики общественных и журналистских расследований, проводимых с применением скрытой аудио- или видеозаписи. По нашему

убеждению, в указанном Решении допущены грубые логические ошибки. В частности, совершение лицом целенаправленных действий по сбору и фиксации соответствующих фактических данных соотносится не с реализацией права человека и гражданина на информацию (ст. 34 Конституции Украины), а с применением мероприятий, предусмотренных Законом «Об оперативно-розыскной деятельности»! Обращаем особое внимание на то, что согласно ст. 34 Конституции Украины и положений целого ряда основополагающих международных нормативно-правовых актов каждый человек имеет право свободно собирать, в т.ч. скрыто от окружающих, хранить, использовать и распространять информацию устно, письменно либо иным способом, по своему выбору. Общедоступная акустическая (звуковая) либо же оптическая (визуальная) информация, которая обращается вне сферы приватности, в этом плане не является исключением. То есть возможность скрыто фиксировать что-либо с применением технических средств является естественным правом человека, которое не имеет ничего общего с оперативно-розыскными мероприятиями.

Складывается впечатление, что Конституционный Суд в свете принятого Решения преследовал не цель качественной оценки допустимости доказательств по уголовным производствам, а цель создания правовой почвы для непривлечения к ответственности тех лиц, преступную деятельность которых можно изобличить путём применения скрытой записи. Не будем сглаживать краевольные поверхности и чётко отметим, что данное Решение является одним из главных факторов имеющейся системной коррупции в Украине. Иностранные эксперты и работники вновь созданного Национального антикоррупционного бюро Украины прямо отмечают [2] отличие украинского расследования от зарубежного, где скрытая запись, предоставляемая гражданами правоохранительным органам, является легитимным доказательством.

Прискорбно осознавать, что некоторые учёные-процессуалисты (из этических соображений не будем ука-



зывать их фамилии) стараются «держать нос по ветру» и категорично обосновывать недопустимость скрытой записи, прикрываясь благородной целью защиты прав участников уголовного процесса. Подобное рвение и перегибы в отстаивании процессуальных прав можем охарактеризовать крылатой фразой «головокружение от успехов», демонстрируя неспособность отдельных специалистов правильно выбирать приоритеты и трезво воспринимать действительность.

Отметим неприемлемый характер излишней категоричности в теории уголовного процесса и необходимость соблюдения дифференцированного подхода к вопросу допустимости доказательств, даже при наличии определенных нарушений при их получении. Известный советский процессуалист М.Л. Якуб [3, с. 20] высказывался по этому поводу следующим образом: «... никакие нарушения не дают оснований оставить без оценки по существу то или иное из рассмотренных доказательств, отвергнув его за недопустимостью». Профессор Ю.М. Грошевой [4, с. 115] также допускал использование доказательств, полученных с определенными отступлениями от положений законодательства, обосновывая это иерархией обязательных процессуальных требований, что позволяет разграничить существенные и несущественные нарушения процессуального закона. Кстати, действующий УПК Украины учитывает указанное положение, определяя недопустимость лишь тех доказательств, которые получены в результате существенного нарушения прав и свобод человека (ст. 87 УПК Украины).

В этой связи укажем, что в большинстве случаев применение скрытой записи частными лицами не сопряжено с нарушением прав и свобод человека. Мы полностью солидарны с мнением профессора Ю.Ю. Орлова [5, с. 183–185], которое основано на анализе практики Европейского суда по правам человека, о том, что конституционные права лица не претерпевают ограничения в случае, когда разговор негласно фиксируется (на диктофон или иным способом) одним из его участников. «В этом случае лица в ходе разговора предоставляют

собеседнику информацию, рассчитанную на то, чтобы он её услышал и зафиксировал в памяти... Они осознают, что в дальнейшем собеседник может воспользоваться ею так, как заблагорассудится, а также зафиксировать её на технических носителях. Тем не менее, они сознательно эту информацию ему предоставляют» [5, с. 185]. Также не является вмешательством в частную сферу осуществление скрытой видеозаписи в общественных местах и т.п.

В таком свете абсолютно нелепыми выглядят многочисленные пресс-конференции компетентных должностных лиц, направленные на предупреждение журналистов и отдельных граждан об ответственности за якобы незаконное применение ими скрытой аудио- и видеозаписи. Показательно экс-заместитель Главного следственного управления СБУ Василий Климук в 2012 году напомнил журналистам, что любое применение скрытой съемки влечет за собой уголовную ответственность [6]. Учитывая зарубежную практику легального использования журналистами скрытой записи, такие заявления настораживают. На седьмой ежегодной конференции «Журналистские расследования в Украине и Европе: достижения, проблемы и перспективы развития» [7] журналисты из Великобритании и Польши рассказали о своем положительном опыте применения скрытых камер и приобщения результатов их применения к уголовным делам. В то же время украинские журналисты указали на уголовную ответственность за приобретение и использование скрытых камер и других технических средств в Украине, а также на проблематичность использования полученных данных в суде.

Вызывает беспокойство и существующая практика применения ст. 359 УК Украины (незаконное приобретение, сбыт или использование специальных технических средств получения информации) относительно тех технических средств, которые по своим характеристикам не являются специальными. Проблема состоит в том, что признание отдельного факта фиксации аудиовизуальной информации незаконным, а соответствующего технического средства – специаль-

ным влечёт за собой недопустимость использования результатов такой фиксации в уголовном процессе. Выскажем по этому поводу следующие соображения.

Во-первых, учитывая выбранный Европейский вектор развития Украины, уместна декриминализация указанного выше деяния. Как справедливо отмечают Народные депутаты из Комитета по вопросам законодательного обеспечения правоохранительной деятельности, «...сегодня уголовная ответственность за незаконный оборот (производство, приобретение, сбыт и т.п.) специальных технических средств негласного получения информации предусмотрена только в уголовных кодексах некоторых стран СНГ, а именно Российской Федерации, Республики Беларусь, Казахстана, Киргизии, Молдовы и Таджикистана, в европейских странах – в УК Литовской Республики, азиатских – в УК КНР» [8]. В других странах уголовная ответственность за такие действия отсутствует, а соответствующие технические средства находятся в свободном обращении.

Акцентируем внимание, что общественная опасность незаконного использования гражданами специальных технических средств заключается не в нарушении порядка их использования, приобретения или сбыта, а в нарушении прав, свобод и интересов физических и юридических лиц, а также интересов государства (если оно имеет место). Вместе с тем в теории распространено мнение о том, что «...социальная опасность последствий незаконного негласного получения информации выводит за рамки закона именно приобретение и сбыт, а не только использование специальных технических средств негласного получения информации» [9, с. 48, 72]. Это утверждение не выдерживает критики и аргумента «топора»: топор также может быть использован в противоправных целях (для причинения телесных повреждений, совершения убийства), однако обычно он применяется с социально полезной целью (для обработки древесины, при строительных работах, в хозяйстве и т.д.).

Во-вторых, на сегодня отсутствует законодательное определение специальных технических средств и их



признаков, что создаёт условия для привлечения к уголовной ответственности невиновных. Этимологическое толкование слова «специальный» предполагает наличие особого назначения; назначения исключительно для кого, чего-нибудь [10]. Поэтому специальными средствами являются только те, которые изготовлены для нужд деятельности «специальных» субъектов и имеют сугубо специальное назначение. Принципы филологического (лексического) толкования уголовно-правовой теории не позволяют применять термин «специальный» к каким-то распространенным средствам, которые изготовлены для широкого круга потребителей и имеют общее назначение. Общее назначение того или иного средства оказывается в технической возможности реализовывать общие функции:

1) осуществление аудио- и видеозаписи, что является распространенной функцией;

2) передача речевой и иной информации на расстоянии также распространена и применяется в журналистской деятельности, при проведении концертов и выступлений, при уходе за ребенком или престарелыми людьми, в комедийных целях и т.п.;

3) иные технические возможности, заявленные производителем для широкого круга потребителей.

Следует отметить, что в базе Единого государственного реестра судебных решений [11] за 2015 год содержится ни одного приговора (по ст. 359 КК), касающегося специальных технических средств (например, аппаратно-программных комплексов для перехвата и регистрации сеансов связи с телекоммуникационных сетей, устройств для снятия речевой информации с окон при помощи инфракрасного лазера и т. п.). Абсолютное большинство приговоров касается действий, связанных с приобретением или сбытом таких технических средств, стоимость которых не превышает несколько сотен гривен (96 грн., 140 грн., 145 грн., 250 грн. и т. д.). В частности, это дешевые аудио- и видеозаписывающие устройства, закамуфлированные под канцелярские ручки, брелоки, часы и тому подобное. Понятно, что признание в рамках уголовных производств

подобных предметов специальными техническими средствами весьма сомнительно.

Подобная практика часто вызывает трудности и в следственной работе, в связи с чем ранее нами [12, с. 337–338] упоминался следующий случай. В 2012 году к одному из старших следователей Луганского городского управления УМВД Украины в Луганской области обратился свидетель по уголовному делу и представил запись разговора с представителями подозреваемого. Запись была осуществлена свидетелем с помощью диктофона-видеокамеры в виде ручки и содержала разговор с недвусмысленными угрозами в адрес самого свидетеля. В итоге указанная запись не была приобщена к материалам уголовного дела в силу того, что следователь не мог утвердительно ответить на вопрос, является ли указанное техническое средство специальным средством получения информации. Опасения следователя были вполне оправданы, ведь если бы это средство оказалось специальным, то непременно бы стал вопрос о привлечении свидетеля к ответственности (за приобретение и использование такого средства), а сама запись была бы признана полученной незаконным путем.

Отметим, что такого рода опасения идут вразрез с позитивной зарубежной практикой использования результатов скрытой записи в уголовном процессе. Аналитический обзор зарубежного опыта позволяет выделить основные разновидности (формы) скрытой фиксации противоправных действий со стороны граждан:

1) применение журналистами скрытой записи с последующим обнародованием полученных результатов в СМИ, их предоставление судебным и правоохранительным органам в качестве доказательств;

2) инициативное применение гражданами скрытой записи относительно противоправных действий с последующим предоставлением полученных результатов представителям СМИ, судебным и правоохранительным органам.

К примеру, Редакционные представления британской телерадиовещательной корпорации Би-Би-Си

(BBC) предусматривают необходимость применения корреспондентами и журналистами скрытой записи, приобщения её результатов в качестве доказательств в суде или во время расследования, а также участие таких лиц в процессе как свидетелей обвинения [13, с. 44–45, 59, 62–63]. Следует обратить внимание на спектр тех методов и средств, которые применяются работниками Би-Би-Си (BBC) [13, с. 44–45]: использование скрытых камер и микрофонов, аудио- и видеотехники, включая длиннофокусные объективы, микровидеокамеры, камеры мобильных телефонов, веб-камеры, радиомикрофоны с целью сокрытия оборудования от соответствующих лиц или для создания впечатления, что запись ведется не для передачи, а, например, для создания видеofilма об отдыхе; использование указанных технических средств тогда, когда люди не знают о том, что их записывают; запись телефонных разговоров для трансляции без получения разрешения; умышленное продолжение записи в то время, когда вторая сторона считает, что запись закончена и т.п.

Выводы.

1. Результаты скрытой записи, осуществляемой отдельными лицами, без сомнений, являются доказательствами в уголовном процессе, на которых может основываться обвинение. Такие результаты могут быть признаны недопустимыми доказательствами в том случае, когда они получены вследствие существенного нарушения прав и свобод человека (незаконное проникновение в жилище, установка в нём средств аудио-, видеозаписи, прослушивание телефонных переговоров и т.п.).

2. С целью утверждения доказательственного значения результатов скрытой записи и обеспечения объективного толкования основополагающих положений доказательственного права (ч. 3 ст. 62 Конституции) целесообразно:

1) в ст. 8 Закона Украины «Об оперативно-розыскной деятельности» размежевать права оперативных подразделений от самостоятельных действий граждан по скрытой фиксации фактов противоправной деятельно-



сти, к которым требования указанного закона применяться не могут;

2) дополнить ст. 87 УПК Украины пунктом 5 следующего содержания:

«Доказательства, полученные гражданами с использованием скрытой аудио- и видеозаписи, могут быть признаны недопустимыми только при условии, если они получены в результате существенного нарушения прав и свобод человека»;

3) прекратить негативную практику применения статьи 359 УК Украины относительно тех технических средств, которые не являются специальными, путем дополнения указанной статьи примечанием: «Под специальными техническими средствами негласного получения информации следует понимать только те технические средства, которые изготовлены для нужд субъектов оперативно-розыскной деятельности и имеют сугубо специальное назначение, что характерно исключительно для негласного получения информации: перехват речевой информации с мобильных телефонов, дистанционное снятие речевой информации с окон, снятие речевой информации путем анализа побочного электромагнитного излучения от электротехники и т.п.».

Список использованной литературы:

1. 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>.
2. Мисливці за хабарниками вже на низькому старті: хто увійшов до складу Антикорупційного бюро [Електронний ресурс] // Офіційний сайт Національного антикорупційного бюро України / 29 жовтня 2015 року. – Режим доступу : <https://nabu.gov.ua>.
3. Якуб М.Л. Проблема оценки доказательств в советском уголовном процессе [Текст] / М.Л. Якуб // Вестник МГУ. Серия 11 «Право». – 1974. – № 6. – С. 12–21.
4. Грошевий Ю.М. Проблеми диференціювання порушень кримінально-процесуальних норм в доказуванні [Текст] / Ю.М. Грошевий // Вісник Академії правових наук України. – 1997. – № 2(9). – С. 112–121.
5. Орлов Ю.Ю. Застосування оперативної техніки в оперативно-розшуковій діяльності міліції (теорія і практика) [Текст] / Ю.Ю. Орлов. – К. : Київський нац. ун-т внутрішніх справ, 2007. – 559 с.
6. СБУ напонила журналістам, що скрита 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. Швадчак Н. Як розслідувати з прихованою камерою – історія з трьох країн [Електронний ресурс] // Сайт журналу «Телекритика» / 30 листопада 2015 року. – Режим доступу : <http://www.telekritika.ua/media-osvita/2015-11-30/112686>.
8. 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.
9. Мазурков Д.Д. Розслідування незаконних придбання, збуту або використання спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації [Текст] : автореф. дис... кандидата юрид. наук : спец. 12.00.09 – кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність / Д.Д. Мазурков / Національна академія Служби безпеки України. – Київ, 2015. – 235 с.
10. 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>.
11. 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>.
12. Тарасенко Р.В. Безпека учасників кримінального судочинства : кримінальні процесуальні та оперативно-розшукові основи [Текст] : монографія / Р.В. Тарасенко. – Одеса : ОДУВС, 2015. – 510 с.
13. Редакційні настанови Бі-Бі-Сі [Електронний ресурс] // Сайт електронної бібліотеки Інституту журналістики / 08 січня 2016 року. – Режим доступу : http://journalib.univ.kiev.ua/BBC_Guidelines_Ukr.pdf.