

## КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ВИКОРИСТАННЯ ЦИФРОВОЇ ІНФОРМАЦІЇ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ ДОКАЗУВАННІ

### CONSTITUTIONAL ASPECTS OF USE OF DIGITAL EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEDURE

Скрипник А.В., аспірант кафедри кримінального процесу  
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Тітко І.А., д.ю.н., професор,  
завідувач кафедри кримінального права та кримінально-правових дисциплін  
Полтавський юридичний інститут  
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

У статті розглянуто особливості використання цифрової інформації у кримінальному процесуальному доказуванні крізь призму позиції, сформульованої Конституційним Судом України у рішенні від 20.10.2011, яку проаналізовано у нормативній та правозахисній площинах. Аргументовано доцільність відступу від «приватного» складника правила, що містить вказана позиція. Встановлено, що рішення Конституційного Суду України від 20.10.2011, будучи актом тлумачення конституційних норм, невинновданно обмежує права і свободи (звужує їхній зміст), закріплені у ч. 2 ст. 34 (право на вільну обробку інформації) та у ч. 6 ст. 55 (право на самозахист будь-якими не забороненими законом засобами) Конституції України. Для цього видається за можливе внести відповідні зміни до процесуального закону, закріпивши право на цифрову необхідну оборону (за аналогією з кримінальним правом) та визначивши допустимість цифрових доказів, отриманих внаслідок його реалізації.

Визначено, що цифрова необхідна оборона може полягати у: а) цифровому самозахисті – реалізації права будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань (ч. 6 ст. 55 Конституції України) у спосіб, нерозривно пов'язаний із реалізацією іншої конституційної правомочності (вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб – на свій вибір (ч. 2 ст. 34 Конституції України); б) цифровому захисті іншої особи – як не забороненому законом способі захисту від протиправного посягання особи, яка тим самим відмовилась від права на таємницю кореспонденції та невтручання в особисте і сімейне життя. Доведено потребу запровадження додаткових гарантій від можливих зловживань: а) нормативного закріплення підстав і алгоритму дій (аналогічно до затримання без ухвали слідчого судді); б) встановлення наступного судового контролю за наявністю підстав для втручання у право на таємницю кореспонденції. На підставі проведеного дослідження запропоновано внесення відповідних нормативних змін.

**Ключові слова:** цифрова інформація, цифрові докази, рішення Конституційного Суду України від 20.10.2011, допустимість доказів, цифрова необхідна оборона.

The article considers the peculiarities of the use of digital evidence in criminal procedure within the context of the position formulated by the Constitutional Court of Ukraine in the decision of October 20, 2011, which is analyzed in the regulatory and human rights areas. It is argued that the private component of the Constitutional Court's decision should be abandoned. The authors established that the Decision of the Constitutional Court of Ukraine No. 12-рп/2011 dated October 20, 2011, being an act of interpretation of constitutional norms, unjustifiably restricts the rights and freedoms (narrows their content) under Part 2 of Article 34 (right to free processing of information) and Part 6 of Article 55 (right to self-defense by any means not prohibited by law) of the Constitution of Ukraine. The necessity of an appropriate changes to the procedural law, consolidating the right to digital justifiable defense (by analogy with criminal law) and determining the admissibility of digital evidence obtained as a result of its implementation, is proved. It is determined that the digital justifiable defense may consist in: a) digital self-defense – the exercise of the right by any means not prohibited by law to protect own rights and freedoms from violations and unlawful invasion (Part 6 of Article 55 of the Constitution of Ukraine) in a way associated with the implementation of other constitutional powers (freely collect, store, use and disseminate information orally, in writing or otherwise – at its discretion) (Part 2 of Article 34 of the Constitution of Ukraine); b) digital defence of another person – as not prohibited by law protection against unlawful encroachment on a person who thereby renounced the right to secrecy of correspondence and non-interference in private and family life. The additional guarantees against possible abuses should be the following: a) normative consolidation of grounds and algorithm of actions (similar to detention without the decision of the investigating judge); b) establishment of subsequent judicial control over the existence of grounds for interference with the right to secrecy of correspondence. Based on the study, it is proposed to make the appropriate regulatory changes.

**Key words:** digital information, digital evidence, decision of the Constitutional Court of Ukraine of 20.10.2011, admissibility of evidence, digital justifiable defense.

Цифрова інформація, зміст якої має доказове значення для кримінального провадження, може бути отримана не лише особами, спеціально уповноваженими проводити відповідні заходи (оперативно-розшукові, процесуальні). Значний масив цифрової інформації утворюється в результаті фіксування, проведеного приватними особами (які спеціально на це не уповноважувались). Особливо гостро джерело походження доказової інформації постає під час оцінки її допустимості як доказу, що свого часу стало предметом тлумачення органу конституційної юрисдикції. До наукового осмислення конституційно-правових і процесуальних аспектів описаного способу отримання цифрової інформації і варто перейти далі.

У рішенні Конституційного Суду України від 20.10.2011 р. у справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 62 Конституції України (справа № 1-31/2011) (далі – рішення КСУ від 20.10.2011) було сформульовано загальне правило: обвинувачення у скоєнні злочину не може ґрунту-

ватися на фактичних даних, одержаних: 1) у результаті оперативно-розшукової діяльності уповноваженою на те особою без дотримання конституційних положень або з порушенням порядку, встановленого законом<sup>1</sup>; 2) шляхом вчинення цілеспрямованих дій щодо їх збирання і фіксації із застосуванням заходів, передбачених ЗУ «Про оперативно-розшукову діяльність», особою, не уповноваженою на здійснення такої діяльності (п. 1 резолютивної частини)<sup>2</sup> [1]. Невід'ємним атрибутом *приватного складника* правила стало виключення, яке з'явилось з огляду на можливість одержати фактичні дані про скоєння злочину чи підготовку до нього не тільки в результаті оперативно-розшукової діяльності уповноважених на це осіб, а й випадково в результаті фіксування фізичними особами, які *здійснювали власні (приватні)* фото-, кіно-, відео-, звукозаписи, або відеореєстрації спостереження, розташованими як

<sup>1</sup> Далі іменуватимемо цю частину правила *публічним складником*.

<sup>2</sup> Цю ж частину правила далі іменуватимемо *приватним складником*.

у приміщеннях, так і ззовні (абз. 2 п. 3.4 мотивувальної частини). Тому для визначення допустимості здобутих у такий спосіб фактичних даних було запропоновано враховувати: а) ініціативний або ситуативний (випадковий) характер дій фізичних або юридичних осіб; б) їх мету; в) цілеспрямованість у разі фіксування даних (абз. 3 п. 3.4 мотивувальної частини).

Запропонований Конституційним Судом України (далі – КСУ) підхід віднайшов здебільшого безапеляційну підтримку у судовій практиці<sup>3</sup>, яка додала до нього нові «відтинки». Недопустимою як доказ визнається цифрова інформація (аудіо-, відеозапис), отримана: а) внаслідок цілеспрямованих дій [2; 3; 4; 5; 6; 7; 8] або дій, що мали ініціативний, а не ситуативний (випадковий) характер<sup>4</sup> [12; 13; 14; 15; 16]; б) особою, не уповноваженою відповідно до Закону України «Про оперативно-розшукову діяльність» (далі – ЗУ «Про оперативно-розшукову діяльність») [17; 18; 19; 20]; в) внаслідок цілеспрямованих дій із застосуванням заходів, передбачених ЗУ «Про оперативно-розшукову діяльність», особою, не уповноваженою на здійснення такої діяльності [21; 22; 23; 24]; г) неуповноваженою особою з низкою процесуальних порушень (без дозволу суду тощо) [25; 26]. Допустимими ж у судовій практиці визнавалися фактичні дані, фіксація яких не мала цілеспрямованого характеру на застосування оперативно-розшукових заходів, а була ситуативною (випадковою) (наприклад, камерами відеоспостереження [27; 28], автомобільними відеореєстраторами [29; 30] чи нагрудними відеокамерами (відеореєстраторами) працівників поліції [31; 32]). Цікаво, що випадковими у судовій практиці також визнаються: а) ситуативний аудіозапис розмов [33; 34], здійснений спочатку з іншою метою [35]; б) фото- та відеоматеріали, зафіксовані великою кількістю громадян, журналістів, які випадково стали очевидцями подій<sup>5</sup> [36]; в) відеозапис з телефону, камера якого включилася самостійно<sup>6</sup> [37]. Найбільш цікавим є допуск як доказу цифрового аудіозапису, який очевидно не був ситуативним (випадковим). Йдеться про аудіозапис з диктофона, зроблений приватною особою «для особистого користування, зокрема, для захисту своїх інтересів від посягань посадових осіб працівників ГУ Міндоходів у Волинській області, які вимагали неправомірну вигоду за не перешкоджання у перетині державного кордону» [38]. Суд визнав такі дії: а) «самозахистом від злочинних посягань»; б) реалізацією конституційного права збирати ту чи іншу інформацію ситуативним чином з метою захистити свої інтереси, не порушуючи при цьому передбачених ст. 32 Конституції України прав посадовців [38].

Осмилення розробленого КСУ підходу та практики його застосування свідчить про те, що підставою недопустимості слугує сукупність властивостей: а) дій (цілеспрямованість, ініціативність, належність до заходів, передбачених ЗУ «Про оперативно-розшукову діяльність»); б) особи, яка їх вчинила (відсутність повноважень на проведення оперативно-розшукової діяльності) як в окремій ситуації (недоотримання конституційних положень чи порушення порядку), так і загалом (самоправне набуття повноважень). Про цілеспрямованість та ініціативний характер дій можуть свідчити підготовчі щодо фіксування дії (наприклад, завчасне придбання та пристосування технічних засобів). Варто зауважити, що за логікою рішення КСУ від 20.10.2011 ситуативність (випадковість): а) стосується фіксування, а не події, яку зафіксували; б) має місце тоді, коли активація технічних засобів відбулася перед та не у зв'язку з подією. Про це свідчать, зокрема: а) виділене курсивом формулювання, згадане на початку абз. 2 п. 3.4 мотивувальної частини рішення КСУ від 20.10.2011 («...здійснивали власні (приватні)...»); б) потреба враховувати мету фіксування. Інше тлумачення призводить до парадоксальних

ситуацій у практиці, коли допускалися свідомо зафіксовані фактичні дані: а) про випадкові події; б) випадковими свідками. Парадокс полягає в тому, що «випадковість події визначає ситуативний характер, а усвідомлене фіксування на камеру вказує на ініціативність» [39, с. 161]. Це, власне, і робить можливими маніпуляції під час застосування розробленого КСУ підходу.

Через це цілком послідовним виглядає визнання допустимою цифрової інформації, зафіксованої нецілеспрямовано активними камерами відеоспостереження, автомобільними відеореєстраторами чи нагрудними відеокамерами (відеореєстраторами) працівників поліції.

Утім, видається, що один критерій прямо не відображений у рішенні КСУ від 20.10.2011. Йдеться про спосіб фіксування (гласний чи негласний). Наприклад, значна кількість смартфонів має опцію автоматичного запису всіх телефонних розмов користувача [40]. Чи допустимо у контексті висвітленого підходу буде цифрова інформація з аудіофайлу, створеного у такий спосіб під час розмови з телефонним шахраєм або особою, яка погрожує вбивством? З одного боку, дії користувача не мали метою зафіксувати саме цю розмову (що певною мірою наближає їх до допустимого відеоспостереження). З іншого боку, «концентрація» негласності таких дій неабияк уподібнює запис до зняття інформації з транспортних телекомунікаційних мереж (оперативно-розшукового заходу (п. 9 ч. 1 ст. 8 ЗУ «Про оперативно-розшукову діяльність») або негласної слідчої (розшукової) дії (ст. 263 КПК)).

Наведені вище положення ґрунтуються на викладеному у рішенні КСУ від 20.10.2011 підході. Втім як будь-яке творіння розуму чи рук людських він далекий від ідеалу. Навіть більше, очевидний політичний підтекст цього рішення [41, с. 20–22; 42, с. 179] характеризує закріплений у ньому підхід як термінологією самого ж інтерпретаційного акта, ситуативний, знижуючи тим самим рівень його нормативності. Усвідомлення потреби в переосмисленні питання прослідковується як у науці [39, с. 161; 42, с. 179], так і у практиці (згадуване вище визнання цифрового запису самозахистом від злочинних посягань [38]). Тож спробуємо навести критичні міркування щодо відображеного у рішенні КСУ від 20.10.2011 підходу<sup>7</sup>.

На початку потрібно пояснити подальшу структуру викладу. Правова причина заборони «аматорських оперативно-розшукових заходів» [41, с. 21] двоелементна<sup>8</sup>. Відповідно, у двох площинах і має відбуватися критичне осмислення: 1) нормативній; 2) правозахисній.

**Нормативна площина.** Як зазначалося раніше, однією з особливостей «недопустимих дій» є їхня належність до заходів, передбачених ЗУ «Про оперативно-розшукову діяльність». Переліку оперативно-розшукових заходів як такого немає. Найбільш схожою на нього є сукупність прав підрозділів, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, що вичерпно закріплена у ст. 8 згаданого Закону. Загальне формулювання заборони їх здійснення, розробленої КСУ<sup>9</sup>, дозволяє поширювати її на всі правомочності (заходи). Однією з них є опитування осіб за їх згодою (п. 1 ч. 1 ст. 8 цього ж Закону). З цього випливає, що недопустимими варто визнавати фактичні дані, які потерпіла особа отримала про правопорушника та його місцезнаходження, опитавши очевидців за їхньою згодою. А це виглядає, щонайменше, нерационально. Про таку ситуацію свого часу зазначали автори-науковці Національного університету «Одеська юридична академія» у Висновку щодо конституційного подання Служби безпеки України про офіційне тлумачення положення частини третьої статті 62 Конституції України (щодо неможливості ґрунтоватися обвинувачення на

<sup>3</sup> Під час дослідження бралися до уваги також судові рішення, постановлені відповідно до положень Кримінально-процесуального кодексу України 1960 р., тому що правова основа осмислюваного підходу – ч. 3 ст. 62 Конституції України і Рішення КСУ від 20.10.2011, залишається незмінною.

<sup>4</sup> Підставою для такого висновку слугували завчасна підготовка технічних засобів (диктофона) [9], надання таких пристроїв працівниками Служби безпеки України [10] або «наявність суперечливих відомостей про дату та час, коли особа насправді звернулася до правоохоронних органів з приводу можливого факту вимагання у неї хабаря» [11].

<sup>5</sup> Як пояснив суд, «у такому разі фіксація ... окремими громадянами не мала цілеспрямованого характеру на застосування оперативно-розшукових заходів, а була випадковою» [36].

<sup>6</sup> Як не дивно, самостійне вмкнення камери відбулося в аптеці під час незаконного продажу кодеїновмісного препарату.

<sup>7</sup> Йдеться про приватний складник правила, тоді як публічний зауважень не викликає та має впроваджуватися у правозастосовних актах.

<sup>8</sup> Як пояснюється у рішенні КСУ від 20.10.2011: «Така заборона пов'язана з тим, що здійснення не уповноваженими фізичними або юридичними особами на власній розсуд будь-яких заходів, які віднесені до оперативно-розшукової діяльності (мають ознаки оперативно-розшукової діяльності), порушує не лише законодавчі положення, а й конституційні права і свободи людини і громадянина (курсив наш – А.С., І.Т.)» (абз. 1 п. 3.4 мотивувальної частини).

<sup>9</sup> Таке твердження пов'язане з тим, що ч. 2 ст. 5 ЗУ «Про оперативно-розшукову діяльність», на яку як на нормативне підґрунтя посилався КСУ, забороняє проведення неуповноваженими суб'єктами не оперативно-розшукових заходів, а оперативно-розшукової діяльності, яка, як відомо, є системою гласних і негласних пошукових, розвідувальних та контррозвідувальних заходів, що здійснюються із застосуванням оперативних та оперативно-технічних заходів (ст. 2 цього ж Закону). Таке зміщення акцентів, що явно виходить за межі інтерпретаційної діяльності та більш схоже на нормотворчість, призводить до абсурдних ситуацій, про які йтиметься далі.

доказів, одержаних незаконним шляхом) у взаємозв'язку зі статтею 65 Кримінально-процесуального кодексу України, статтею 2, частиною третьою статті 5 і статті 8 ЗУ «Про оперативно-розшукову діяльність» (від 09.09.2011 р. № 16/1994) (далі – Висновок від 09.09.2011). Визнавши, що хоча «такі дії можуть містити ознаки об'єктивної сторони оперативно-розшукової діяльності», все ж таки вони «ні за яких умов не можуть розглядатися як оперативно-розшукові дії». Учені зазначили, що «...для встановлення правомірності дій певної особи, яка законом не уповноважена на здійснення оперативно-розшукової діяльності, що містять формальні ознаки оперативно-розшукової діяльності, необхідно враховувати їх *ініціативний або ситуативний характер, систематичність*, і головне – *порушення* у разі їх вчинення *конституційних прав і свобод інших осіб* (курсив наш – А.С., І.Т.)» [43, с. 7]. Ключовими, на наш погляд, є останні два критерії – систематичність і порушення конституційних прав і свобод інших осіб, які, на відміну від першого, відображення у Рішенні КСУ від 20.10.2011 так і не віднайшли. Описану ж вище ситуацію з опитуванням науковці оцінили як таку, що «формально містить ознаки дії, передбаченої пунктом першим частини першої статті 8 ЗУ «Про оперативно-розшукову діяльність», але не виключає використання відповідних відомостей як доказів у кримінальній справі» [43, с. 7].

З огляду на викладене та цілком логічні доводи авторів Висновку від 09.09.2011 можна стверджувати, що недопустимість тягне проведення оперативно-розшукової діяльності (декількох оперативно-розшукових заходів), здійсненої: а) цілеспрямовано; б) систематично; в) із порушенням конституційних прав і свобод людини і громадянина.

Наступний аргумент пов'язаний із типом правового регулювання. Як відомо, для публічних і приватних суб'єктів він різниться: для перших – спеціально дозволений, для других – загальнодозволений. Попри те, що *публічний і приватний складники* правила відображають різні типи правового регулювання, розроблений КСУ підхід спільністю наслідків – недопустимістю доказів, фактично зрівняв обидві частини між собою. Потреба ж диференціювати наслідки впливає також і з практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), який у рішенні у справі «Шенк проти Швейцарії» (*Schenk v. Switzerland*) від 12.07.1988 р. не визнає порушення права, передбаченого п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав і основоположних свобод (далі – КЗПЛ), використання як доказу незаконно здійсненого приватною особою магнітофонного запису телефонної розмови [44, § 49]. Описана вище логіка щодо приватних суб'єктів корелюється з підходом суду касаційної інстанції, який, аналізуючи правило асиметрії доказів, вказав на таке: «Суд звертає увагу на асиметричний підхід законодавця до правил доведення в кримінальному процесі. Наприклад, Кодекс у частині 3 статті 17 КПК передбачає, що обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом, однак не містить подібної категоричної заборони щодо доказів, які надаються на спростування обвинувачення і свідчать на користь сторони захисту» [45]. Через це найбільш доцільним видається «загальнодозволений» критерій допустимості фактичних даних, отриманих приватними особами, зміст якого розкривається кризою призму встановлення заборон (а не дозволів), зокрема, і кримінально-правових (ст. 162, 163, 182 Кримінального кодексу України). Те, що отримано без їх порушення, варто вважати законним.

*Правозахисна площина.* Коли мовиться про порушення конституційних прав і свобод людини і громадянина, яке завжди супроводжує, згідно з рішенням КСУ від 20.10.2011, здійснення «аматорських оперативно-розшукових заходів» [41, с. 21], перш за все розуміються: а) право на таємницю кореспонденції (ст. 31 Конституції України, ст. 306 Цивільного кодексу України); б) право на невтручання в особисте і сімейне життя (ст. 32 Конституції України), яке у контексті аналізованого підходу найбільш яскраво проявляється у захисті інтересів фізичної особи у разі проведення фото-, кіно-, теле- та відеозйомок (ст. 307 Цивільного кодексу України). Не заперечуючи зв'язку приватного фіксування зі згаданими правами, все ж візьмемо на себе сміливість не погодитись із тим, що його варто позначати терміном порушення. Чому? Фіксування фактичних даних (потенційних доказів) завжди пов'язане як з подією кримінального правопорушення, так і з особою, яка його вчинила (тому про порушення прав саме цієї людини і йдеться). Цілком логічним наслідком кримінального право-

порушення як юридичного факту є обмеження або позбавлення певних прав особи, яка його вчинила. Наприклад, вчинення або замах на вчинення кримінального правопорушення є підставою для затримання особи без ухвали слідчого судді (п. 1 ч. 2 ст. 207, п. 1 ч. 1 ст. 208 КПК), тобто для обмеження її права на свободу та особисту недоторканність (ст. 29 Конституції України). Такий механізм: а) у доктрині іменується відмовою від суб'єктивного права шляхом вчинення протиправного діяння (*forfeiture by wrongdoing*) [46, с. 98–101]; б) застосовується і ЄСПЛ (§ 123 рішення Аль-Хавайя і Тахері проти Сполученого Королівства<sup>10</sup>).

Це дозволяє вважати правомірною цифрову необхідну оборону<sup>11</sup>, яка може полягати у: а) цифровому самозахисті – реалізації права будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань (ч. 6 ст. 55 Конституції України) у спосіб, нерозривно пов'язаний із реалізацією іншої конституційної правомочності (вільно збирати, зберігати, використовувати і поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб – на свій вибір (ч. 2 ст. 34 Конституції України); б) цифровому захисті іншої особи – як не забороненому законом способом захисту від протиправного посягання особи, яка тим самим відмовилась від права на таємницю кореспонденції та невтручання в особисте і сімейне життя. Такий механізм потребує додаткових гарантій від можливих зловживань: а) нормативного закріплення підстав і алгоритму дій (аналогічно до затримання без ухвали слідчого судді); б) встановлення наступного<sup>12</sup> судового контролю за наявністю підстав для втручання у право на таємницю кореспонденції<sup>13</sup>. Для цього потрібно внести зміни до низки положень КПК, якими передбачити закріплення:

а) визначення цифрової необхідної оборони – дій, вчинених з метою захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається, або іншої особи, а також суспільних інтересів та інтересів держави шляхом фіксування протиправного діяння з допомогою технічних засобів, вільний обіг яких не заборонений законом;

б) виключення із засад кримінального провадження, закріплених у статтях 14 (таємниця спілкування), 15 КПК (невтручання у приватне життя), якими передбачити можливість правомірного отримання відповідної інформації у разі реалізації права на цифрову необхідну оборону;

в) порядку розкриття таємниці спілкування, інформація про яку отримана під час реалізації права на цифрову необхідну оборону, із отриманням судового дозволу на це.

На завершення хотілося б повернутися до практичної площини. До внесення відповідних змін у процесуальний закон прямо передбачених нормативних підстав відступити від аналізованої вище позиції КСУ не можна, а саме рішення є обов'язковим, остаточним і таким, що не може бути оскаржене (пп. «в» п. 4 ч. 1 ст. 89 Закону України «Про Конституційний Суд України»). Наукове осмислення доцільності такого підходу до природи рішень єдиного органу конституційного контролю<sup>14</sup> виходить за межі предмета цього дослідження, тому його варто оминати. Авторам же цієї роботи видається за доцільне навести аргумент на користь можливості відступу від *приватного складника* правила, сформульованого у рішенні КСУ від 20.10.2011: останнє, будучи актом тлумачення конституційних норм, невідрізанно звужує, обмежує права і свободи (звужує їхній зміст), що закріплені: а) у ч. 2 ст. 34 (право на вільну обробку інформації, обмеження

<sup>10</sup> Суд визнав залякування свідка обвинуваченим або особами, що діяли на його користь, відмовою обвинуваченого від свого права, передбаченого підпунктом (д) пункту 3 статті 6 (права на перехресний допит) [47].

<sup>11</sup> Вжиття терміна зумовлене існуванням аналогічної за змістом конструкції у кримінальному праві (ст. 36 Кримінального кодексу України).

<sup>12</sup> Наступним судовий контроль буде щодо правомірності дій, пов'язаних із фіксуванням, тоді як щодо можливості використання отриманої інформації у доказуванні він буде попереднім.

<sup>13</sup> На відміну від ч. 2 ст. 32 Конституції України (право на невтручання в особисте та сімейне життя), яка передбачає можливість збирання конфіденційної інформації про особу без її згоди у випадках, визначених законом (в інтересах, зокрема, прав людини), ст. 31 Основного Закону уможливило встановлення винятків з таємниці кореспонденції у випадках, передбачених законом, лише судом (з метою запобігти злочини чи з'ясувати істину під час розслідування кримінальної справи, якщо іншими способами одержати інформацію неможливо). З цього випливає, окрім потреби встановити додаткові гарантії, також можливість пропонованої вище цифрової необхідної оборони.

<sup>14</sup> Особливо в контексті досить ефективного застосування ЄСПЛ динамічного тлумачення положень КЗПЛ.

якого можливе лише законом (ч. 3 ст. 34 Конституції України); б) у ч. 6 ст. 55 (право на самозахист будь-якими не забороненими законом засобами, обмеження якого Основним Законом взагалі не передбачено) Конституції України.

Хоча цитований вище вирок суду, що містить положення про самозахист шляхом фіксування, і було скасовано

судом апеляційної інстанції [48], мотивами для цього стали не аргументи суду щодо фактичного відступу від викладеного у рішенні КСУ від 20.10.2011 підходу, а процесуальні порушення. Це залишає надію на те, що суди вищих інстанцій не будуть перешкоджати прогресивним течіям у судовій практиці.

#### ЛІТЕРАТУРА

1. Рішення Конституційного Суду України від 20.10.2011 р. у справі за конституційним поданням Служби безпеки України щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 62 Конституції України (справа № 1-31/2011). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-11#Text>.
2. Вирок Святошинського районного суду м. Києва від 10 лютого 2020 року, судова справа № 759/18942/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87479213>.
3. Ухвала Апеляційного суду міста Києва від 13 грудня 2017 року, судова справа № 758/14532/13-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/71290684>.
4. Вирок Подільського районного суду міста Києва від 07 березня 2017 року, судова справа № 758/14532/13-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/65600900>.
5. Вирок Київського районного суду міста Одеси від 27 серпня 2019 року, судова справа № 520/12915/16-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/83859559>.
6. Ухвала Апеляційного суду Миколаївської області від 22 квітня 2014 року, судова справа № 490/2775/13-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/38370215>.
7. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 22 серпня 2013 року, судова справа № 5-2979км13. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/33242161>.
8. Ухвала Апеляційного суду Автономної Республіки Крим від 10 грудня 2013 року, судова справа № 104/2632/12. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/36307935>.
9. Вирок Долинського районного суду Івано-Франківської області від 29 травня 2018 року, судова справа № 343/1148/14-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74294016>.
10. Вирок Компаніївського районного суду Кіровоградської області від 21 грудня 2016 року, судова справа № 391/729/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/63540835>.
11. Постанова Касаційного кримінального суду від 16 грудня 2020 року, судова справа № 661/4683/13-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93780341>.
12. Вирок Березанського районного суду Миколаївської області від 07 жовтня 2015 року, судова справа № 469/569/13-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/52107498>.
13. Вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 04 квітня 2014 року, судова справа № 760/8438/13-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/38130738>.
14. Вирок Васильківського міськрайонного суду Київської області від 03 січня 2019 року, судова справа № 1008/2963/12. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/79068492>.
15. Ухвала Тернопільського апеляційного суду від 26 грудня 2018 року, судова справа № 607/20460/13-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/79110989>.
16. Ухвала Апеляційного суду Миколаївської області від 25 січня 2013 року, судова справа № 1490/5343/12. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/29070792>.
17. Вирок Генічеського районного суду Херсонської області від 27 грудня 2019 року, судова справа № 653/1188/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86662892>.
18. Вирок Здолбунівського районного суду Рівненської області від 05 грудня 2016 року, судова справа № 562/1750/13-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/63159344>.
19. Вирок Білогірського районного суду Автономної Республіки Крим від 17 травня 2013 року, судова справа № 104/16/13-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/31420496>.
20. Вирок Генічеського районного суду Херсонської області від 08 лютого 2017 року, судова справа № 653/1355/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/64570954>.
21. Вирок Цюрупинського районного суду Херсонської області від 15 лютого 2017 року, судова справа № 664/1179/13-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/64718658>.
22. Вирок Сихівського районного суду м. Львова від 08 вересня 2014 року, судова справа № 464/7718/13-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/40993106>.
23. Ухвала Апеляційного суду міста Києва від 04 листопада 2015 року, судова справа № 1/754/22301/13-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53434722>.
24. Вирок Вищого антикорупційного суду від 22 липня 2020 року, судова справа № 487/5684/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/90537916>.
25. Ухвала Жовтневого районного суду м. Запоріжжя від 16 грудня 2019 року, судова справа № 331/3640/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86640679>.
26. Ухвала Тернопільського апеляційного суду від 26 грудня 2018 року, судова справа № 607/20460/13-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/79110989>.
27. Вирок Святошинського районного суду м. Києва від 16 червня 2020 року, судова справа № 759/22448/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89844328>.
28. Вирок Святошинського районного суду м. Києва від 23 березня 2020 року, судова справа № 759/9588/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/88370574>.
29. Вирок Дергачівського районного суду Харківської області від 03 серпня 2020 року, судова справа № 619/111/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/90732899>.
30. Вирок Глухівського міськрайонного суду Сумської області від 03 червня 2020 року, судова справа № 576/883/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89612832>.
31. Вирок Святошинського районного суду м. Києва від 05 листопада 2019 року, судова справа № 759/15418/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85407743>.
32. Вирок Залізничного районного суду м. Львова від 19 червня 2020 року, судова справа № 462/7323/18. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89924282>.
33. Ухвала Галицького районного суду м. Львова від 28 липня 2014 року, судова справа № 461/8158/14-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/51242735>.
34. Ухвала Апеляційного суду Хмельницької області від 08 травня 2012 року, судова справа № 1/2218/157/12. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/26275247>.

35. Ухвала Франківського районного суду м. Львова від 25 грудня 2015 року, судова справа № 465/8251/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/54713484>.
36. Вирок Святошинського районного суду м. Києва від 18 березня 2019 року, судова справа № 759/16863/16-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/80519617>.
37. Ухвала Харківського апеляційного суду від 06 грудня 2018 року, судова справа № 644/2727/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78569399>.
38. Вирок Володимир-Волинського міського суду Волинської області від 30 грудня 2015 року, судова справа № 154/3292/14-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/54811162>.
39. Давидова Д.В. Деякі аспекти правової природи документа як джерела доказів у кримінальному провадженні України. *Правовий часопис Донбасу*. 2018. № 3. С. 158–163. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/pppd\\_2018\\_3\\_25](http://nbuv.gov.ua/UJRN/pppd_2018_3_25) (дата звернення: 27.02.2021).
40. Плотницький Е. Как записать телефонный разговор на Android-смартфоне: запись звонков на Samsung, Xiaomi, Huawei и Honor. URL: <https://4idroid.com/android-call-recording/> (дата звернення: 27.02.2021).
41. Права людини в Україні – 2011. Доповідь правозахисних організацій / за ред. Є.Ю. Захарова. Українська Гельсінська спілка з прав людини. Харків : Права людини, 2012. 352 с.
42. Валпярчук В.В. Допустимість доказів (доказування) в практиці Європейського Суду. *Публічне право*. 2015. № 2. С. 177–183. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/pp\\_2015\\_2\\_25](http://nbuv.gov.ua/UJRN/pp_2015_2_25) (дата звернення: 27.02.2021).
43. Висновок Національного університету «Одеська юридична академія» щодо конституційного подання Служби безпеки України про офіційне тлумачення положення частини третьої статті 62 Конституції України (щодо неможливості ґрунтування обвинувачення на доказах, одержаних незаконним шляхом) у взаємозв'язку зі статтею 65 Кримінально-процесуального кодексу України, статтею 2, частиною третьою статті 5 і статті 8 ЗУ «Про оперативно-розшукову діяльність» (від 09.09.2011 р. № 16/1994). URL: [http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/m\\_s\\_12\\_rp\\_2011.rar](http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/m_s_12_rp_2011.rar).
44. Case of Schenk v. Switzerland, European Court of Human Rights. Judgement 12 July 1988. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57572>.
45. Постанова Касаційного кримінального суду від 29 вересня 2020 року, судова справа № 601/1143/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92335214>.
46. Гамбарян А.С. Отказ от права и вопросы уголовно-процессуального вмешательства. Москва : Юрлитинформ, 2018. 352 с.
47. Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom, заява 26766/05, 22228/06. 15 December 2011. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108072>.
48. Ухвала Апеляційного суду Волинської області від 22 березня 2016 року, судова справа № 154/3292/14-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/56789519>.