

УДК 343.5

О.В. Мазур
кандидат юридичних наук, доцент,
доцент кафедри державно-правових дисциплін,
Університет економіки та права «КРОК»,
адвокат

Відповідальність за придбання, збут або використання спеціальних технічних засобів: кримінально-правовий аспект

У статті досліджуються проблемні питання кримінальної відповідальності за незаконні дії зі спеціальними технічними засобами. Запропоновано внесення змін до чинного Кримінального кодексу України в частині декриміналізації придбання та збуту спеціальних технічних засобів.

Ключові слова: кримінальна відповідальність, спеціальний технічний засіб, захист інформації, висновок експерта.

А.В. Мазур
кандидат юридических наук, доцент,
доцент кафедри державно-правових дисциплін,
Університет економіки та права «КРОК»,
адвокат

Ответственность за приобретение, сбыт или использование специальных технических средств: уголовно-правовой аспект

В статье исследуются проблемные вопросы уголовной ответственности за незаконные действия со специальными техническими средствами. Предложено внесение изменений в действующий Уголовный кодекс Украины в части декриминализации приобретения и сбыта специальных технических средств.

Ключевые слова: уголовная ответственность, специальное техническое средство, защита информации, вывод эксперта.

O. Mazur
PhD in Law, Docent,
Docent of Department of State and Legal Disciplines
“KROK” University,
lawyer

Responsibility for the purchase, sale or use of special hardware: the criminal legal aspect

The problem questions of criminal responsibility for illegal actions with the special hardware are

probed in the article. An author offered making alteration in the operating Criminal code of Ukraine in part of decriminalization of acquisition and sale of the special hardware.

Keywords: *criminal responsibility, special hardware, data protection, conclusion of expert.*

Постановка проблеми

На момент прийняття Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 [1] у ст. 359 передбачав кримінальну відповідальність лише за незаконне використання спеціальних технічних засобів (далі – СТЗ) негласного отримання інформації. Однак 15.06.2010 Верховна Рада України прийняла Закон № 2338-VI [2], яким під кримінально-правову заборону було додатково поставлено також придбання та збут СТЗ негласного отримання інформації. Ініціатором прийняття вищевказаного законопроекту виступила Служба безпеки України, яка в пояснювальній записці зазначала, що метою його прийняття є «створення додаткових умов для підвищення ефективності забезпечення особистих прав і свобод людини» [3]. З цього часу СБ України вправно звітує про успішне розкриття злочинів у сфері використання СТЗ. Зокрема, як повідомив на тематичному круглому столі представник Адміністрації Президента України, за офіційними даними СБ України, в Україні щороку притягають до відповідальності за подібні дії близько 1500 осіб [4].

Але поглиблене дослідження такої феноменально високої статистики розкриття злочинів свідчить, що причини її криються у відсутності законодавчого регулювання самого поняття та ознак СТЗ. Завдяки цьому, на практиці різноманітні товари побутового призначення нерідко визнаються СТЗ негласного отримання інформації, що призводить до безпідставного притягнення осіб до кримінальної відповідальності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій

Дослідженню окремих кримінально-правових ознак СТЗ негласного отримання інформації присвятили праці такі вітчизняні науковці, як В. Возьний [5], Я. Зейкан, Н. Карпов, С. Ковальчук, В. Фаринник, С. Фомін, М. Хавронюк [6] та інші. Водночас практичні аспекти кримі-

нальної відповідальності за незаконні дії у сфері обігу спеціальних технічних засобів залишаються й досі малодослідженими.

Не вирішені раніше частини загальної проблеми

Правова невизначеність поняття «спеціальний технічний засіб» призводить до того, що експертні установи правоохоронних органів самостійно визначають їх наявність/відсутність у кожному конкретному випадку, на підставі власно розроблених експертних методик. Обмежений режим доступу до таких методик, монополне право СБУ на проведення експертиз щодо СТЗ, а також слабкий прокурорський нагляд – все це на практиці призводить до провокацій з боку правоохоронних органів, створення уявної статистики протидії злочинам та засудження невинуватих осіб.

Формулювання цілей статті

Метою статті є дослідження кримінально-правових ознак СТЗ негласного отримання інформації та внесення пропозицій, які стосуватимуться вдосконалення норм КК України щодо кримінальної відповідальності за незаконну діяльність у сфері СТЗ.

Виклад основного матеріалу дослідження

Відповідно до ст. 2 КК України підставою для кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад злочину, передбаченого цим Кодексом [1]. Серед усіх елементів складу злочину, об'єкт злочину посідає вирішальне місце, оскільки саме ним зумовлена кримінально-правова заборона, ним визначається й ступінь тяжкості злочину та можливість відмежувати його від інших, суміжних злочинів.

Про передбачений ст. 359 КК України злочин ідеться у XV розділі Особливої частини чинного КК України, що має назву «Злочини проти авторитету органів дер-

жавної влади, органів місцевого самоврядування, об'єднань громадян та злочини проти журналістів». Але навряд чи можна погодитися з тим, що об'єктом вищевказаного злочину є авторитет державних органів тощо. І справді, якої шкоди завдає авторитетові державних органів особа, яка лише придбала брелок-відеокамеру? А якщо цей прилад був придбаний для викриття факту вимагання, то говорити про суспільну небезпечність такого діяння взагалі складно, адже припинення злочину вимагання є цілком суспільно корисним явищем.

Визначити об'єкт злочину щодо придбання СТЗ допоможе з'ясування мети його вчинення – це негласне отримання певної інформації. Вбачається, що в передбаченому ст. 359 КК України злочині СТЗ є лише засобом негласного отримання інформації, а тому об'єктом даного злочинного посягання слід визначати охоронювані законом права, свободи чи інтереси держави, фізичних або юридичних осіб. З огляду на це, даний злочин має бути переміщений (зі зміною нумерації) до Розділу V КПК України, що має назву «Злочини проти виборчих, трудових та інших особистих прав і свобод людини і громадянина».

Вважаю, що безпосереднім об'єктом незаконного використання СТЗ є інформація, яка не підлягає вільному поширенню (інформація про особу, конфіденційна, таємна, службова тощо). Але кримінально-правовому захисту інформації від незаконного втручання присвячені й інші статті КК України: ст. 114 «Шпигунство», ст. 163 «Порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної чи іншої кореспонденції, що передаються засобами зв'язку або через комп'ютер», ст. 182 «Порушення недоторканності приватного життя», ст. 330 «Передача або збирання відомостей, що становлять службову інформацію, зібрану у процесі оперативно-розшукової, контррозвідувальної діяльності, у сфері оборони країни» та інші. Вказані злочини також можуть вчинятися за допомогою СТЗ, які виступатимуть знаряддями вчинення злочину.

З вищевикладених міркувань випливає важливий висновок: спричиняють шкоду або створюють загрозу її спричинення не самі СТЗ, а вчинювані за допомогою СТЗ дії, спрямовані на несанкціонований збір охоронюваної законом інформації. З огляду на це, кримінально караним має бути лише використання СТЗ, а не придбання чи збут СТЗ негласного отримання інформації, які й досі залишаються необґрунтованими, репресивними заходами кримінальної юстиції. Тому вбачається за доцільне внести зміни до ст. 359 КК України, спрямовані на декриміналізацію придбання чи збуту СТЗ, залишивши кримінально караним лише використання СТЗ негласного отримання інформації.

Слід зазначити, що саме такий вигляд і мала ст. 359 в момент прийняття 5 квітня 2001 року нового КК України, встановлюючи кримінальну відповідальність лише за використання СТЗ негласного отримання інформації. Однак 15 червня 2010 року Законом України від № 2338-VI [2] вказану норму було доповнено новими формами об'єктивної сторони складу злочину: незаконне придбання та збут СТЗ негласного отримання інформації, з одночасним збільшенням санкцій за його вчинення. Як вплинули ці законодавчі зміни на показники «підвищення роботи» СБ України, свідчать дані статистики.

Так, у період з 2008 р. по серпень 2010 року (до внесення Законом № 2338-VI від 15.06.2010 р. змін до КК України, яким встановлено відповідальність за придбання та збут СТЗ) було прийняте одне судове рішення та вилучено два СТЗ, які були знищені. З серпня 2010 р. по травень 2012 року прийнято: 54 рішення суду; вилучено: 389 СТЗ; з яких: знищено 279, залишено при справах 23; конфісковано та передано в Службу безпеки України – 86 [7]. Отже, переважна більшість вилучених СТЗ (279 із 389!) виявилися взагалі непридатними для використання їх в оперативно-розшуковій діяльності, а тому були просто знищені. Але уявіть собі, що за кожним цим фактом придбання-збуту СТЗ слідчими проведені розслідування, задіяні оперативні сили та засоби, при-

значені експертизи, що безумовно відволікало СБ України від виконання завдань спецслужби та чимало коштувало платникам податків.

Наведу ще один додатковий аргумент на користь декриміналізації придбання чи збуту СТЗ негласного отримання інформації. Відповідно до п. 23 ст. 7 Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності» від 02.03.2015 р. діяльність, пов'язана з розробленням, виготовленням, постачанням СТЗ для зняття інформації з каналів зв'язку та інших технічних засобів негласного отримання інформації підлягає ліцензуванню. Отже, у випадку придбання чи збуту СТЗ можна говорити про звичайне порушення особою ліцензійних умов, яке з кримінально-правової точки зору є адміністративним проступком, а не злочином. Так, у ст. 164 КУпАП передбачено адміністративну відповідальність за здійснення господарської діяльності без одержання ліцензії на провадження певного виду господарської діяльності, що підлягає ліцензуванню відповідно до закону. Отже, збут чи придбання СТЗ без ліцензії має охоплюватись цим складом адміністративного проступку.

Нагадаю, що ст. 195-5 КУпАП вже передбачає адміністративну відповідальність за незаконне зберігання СТЗ негласного отримання інформації, то чому б не доповнити її словами «придбання чи збут»?

Також під час кримінального провадження у сторін обвинувачення та захисту великі труднощі виникають при визначенні предмета злочину, передбаченого ст. 359 КК України, тобто при співставленні ознак СТЗ із вилученими в особи предметами.

Відповідно до п. 3 Постанови Кабінету Міністрів України від 22.09.2016 р. № 669 [8] під СТЗ слід розуміти технічні, апаратно-програмні, програмні та інші засоби, які відповідають критеріям належності технічних засобів негласного отримання інформації, що мають технічну забезпеченість для негласного отримання (прийому, обробки, реєстрації та/або передачі) інформації, призначені для вико-

ристання у скритий спосіб, характерний для оперативно-розшукової, контррозвідувальної або розвідувальної діяльності. Вочевидь, що запропоноване визначення не дає чіткого уявлення про критерії відмінності СТЗ від звичайних побутових приладів.

Наприклад, звичайні мобільні телефони, автомобільні відео реєстратори, квартирні домофони і навіть іграшкові дрони сьогодні мають відеокамери та здатні у скритий спосіб записувати інформацію. Подібні речі та «іграшки» без будь-яких застережень вільно продаються у всесвітній мережі internet. При цьому пересічний громадянин напевне не знає: чи є використання цих приладів певною мірою засобом оперативно-розшукової, контррозвідувальної або розвідувальної діяльності, що перетворює громадянина на потенційного суб'єкта злочину. І це надзвичайно серйозно.

Так, вироком Каховського міськрайонного суду Херсонської області від 10.06.2011 (справа № 1-330/11; суддя Марків Т.А.) особу було засуджено до покарання у вигляді штрафу за продаж «GSM няні», яку згідно з висновком експертизи було визнано СТЗ негласного отримання інформації [9].

Аналіз практики судового розгляду злочину, передбаченого ст. 359 КК України, свідчить про такі особливості: розгляд проводиться у скороченому порядку (ч. 3 ст. 349 КПК України); особи – здебільшого раніше не судимі підприємці; покарання – як правило, штраф; справа не переглядається в апеляційному порядку. Особисте спілкування автора даного дослідження із засудженими за ст. 359 КК України дає підстави стверджувати, що причина цих особливостей криється у наступному: до початку судового розгляду прокурор пропонує обвинуваченому визнати вину і погодитися на скорочений судовий розгляд, а взамін пропонує покарання у вигляді штрафу. Розуміючи непередбачуваність і довготривалість вітчизняного кримінального судочинства, обвинувачені вимушено на таке погоджуються.

Наведу ще один випадок із власної ад-

вокатської практики, який нещодавно мав місце та демонструє, що саме відбувається, коли обвинувачений відмовляється від таких «подарункових пропозицій» прокурора. Так, до початку судового розгляду суддя Святошинського районного суду м. Києва у присутності прокурора та захисників запропонував обвинуваченому, що в разі визнання ним вини та погодження на скорочений порядок розгляду справи покаранням буде штраф; в іншому разі «покарання буде значно суворішим». Обвинувачений відмовився від такої пропозиції, а суддя дотримався свого слова – призначив покарання у вигляді обмеження волі строком на 2 роки, з відстрочкою його виконання на 2 роки [10].

Так працює система, де суд під виглядом відправлення правосуддя, приховує звичайні провокації та помилки в діяльності правоохоронних органів, а впертих – карають. Так мало статися й цього разу. Але не сталося: ухвалою Апеляційного суду м. Києва від 24.07.2017 вирок Святошинського районного суду м. Києва від 14.06.2016 скасовано, а кримінальне провадження – закрито [11]. За справедливості варто боротися.

Сьогодні питання про віднесення певного технічного засобу до СТЗ монопольно вирішується експертами Українського науково-дослідного інституту спеціальної техніки та судових експертиз СБ України на підставі Методики проведення судових експертиз «Віднесення об'єктів до спеціальних технічних засобів негласного отримання інформації. Загальна методика» (далі – Методика), зареєстрованої Міністерством юстиції України, реєстраційний код 17.0.01 від 02.03.2011. Такий висновок експертів СБ України є основним доказом у справі, а спростувати/поставити його під сумнів майже неможливо. Справа в тому, що Методика має обмежений доступ – гриф «Для службового користування», що перешкоджає стороні захисту в ознайомленні з нею.

З іншого боку, саме з цієї причини пересічні громадяни не обізнані з ознаками вилучених з вільного обігу СТЗ негласного отримання інформації. Здавалося б, за

умови змагального процесу цей факт мав би грати на руку стороні захисту, адже суб'єктивна сторона цього злочину полягає у формі прямого умислу: особа повинна усвідомлювати, що купує/збуває саме СТЗ, передбачати суспільно небезпечні наслідки своїх дій та бажати їхнього настання. Але в Україні правоохоронці та суд не звертають уваги на подібні дрібнички. Ось і виходить, що вирок за ст. 359 КК України будуються на основі висновків експертів СБ України.

Безумовно, експерти СБ України є фахівцями своєї справи, але закритість Методики їхньої роботи від суспільства та відомча залежність від правоохоронного органу (премії, відпустки тощо) ставлять під сумнів об'єктивність та повноту проводжуваних ними досліджень.

Висновки

У 2010 році відбулася криміналізація de-facto адміністративного правопорушення – придбання та збуту СТЗ. Відсутність зваженого підходу до цього рішення мала наслідком необґрунтоване притягнення осіб до кримінальної відповідальності, численні зламані долі та ілюзорне наповнення статистики розкриття злочинів органами СБ України.

Дотримання балансу між інтересами особи та правоохоронними функціями держави вимагає залишення кримінально караним лише використання СТЗ негласного отримання інформації, а їх придбання чи збут доцільно віднести до адміністративних проступків. З огляду на це, у ст. 195-5 КУпАП пропонується, крім зберігання, додатково передбачити адміністративну відповідальність за придбання та збут СТЗ, а у ст. 359 КК України ці діяння – декриміналізувати.

Автор вірить у те, що запропонована гуманізація чинного КК України сприятиме захисту прав осіб від необґрунтованого кримінального переслідування, зменшить кількість провокувань злочинів та корупційну складову в роботі правоохоронного органу і не перешкоджатиме захисту інтересів суспільства.

Література

1. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. // Відомості Верховної Ради України, 2001. – № 25-26 (29.06.2001). – Ст. 131.
2. Закон України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України щодо відповідальності за незаконне поводження із спеціальними технічними засобами негласного отримання інформації» від 15.06.2010 р., № 2338-VI // Відомості Верховної Ради України, 2010. – № 32 (13.08.2010). – Ст. 450.
3. Пояснювальна записка т.в.о. Голови СБУ Наливайченка В.О. до проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України (щодо відповідальності за незаконне поводження із спеціальними технічними засобами негласного отримання інформації)». – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://w1.c1.rada.gov.ua>
4. Іванченко К. «СБУ масово фабрикувала дела по шпionству и контрабанде, а также работала вместе с ФСБ». – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.24daily.net/?p=23470>.
5. Возний В.І. Деякі аспекти предмета злочину, передбаченого ст. 359 КК України // Науково-інформаційний вісник ПРАВО, 7/2013. – С. 248-252.
6. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. – 5-те вид., переробл. та доповн. / За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. – К.: Юридична думка, 2008. – С. 965.
7. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо відповідальності за незаконне поводження із спеціальними технічними засобами негласного отримання інформації» від 03.01.2013 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=1196&skl=8
8. Постанова Кабінету Міністрів України від 22.09.2016 р. № 669 «Деякі питання щодо спеціальних технічних засобів для зняття інформації з каналів зв'язку та інших технічних засобів негласного отримання інформації» // Офіційний вісник України, 2016. – № 79 (13.10.2016). – Ст. 2640.
9. Вирок Каховського міськрайонного суду Херсонської області від 10.06.2011 року (справа № 1-330/11). – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/23959099>
10. Вирок Святошинського районного суду м. Києва від 14.06.2016 р.; справа № 759/19880/15-к. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/58280622>
11. Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 24.07.2017 року; справа № 11-кп/796/378/2017. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/68108437>