

УДК 347.94

Д. М. Моїсеєнко

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри цивільного, адміністративного та фінансового права
Класичного приватного університету

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ЗАСТОСУВАННЯ ЕЛЕКТРОННОГО ЛИСТУВАННЯ ЯК ДОКАЗУ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

У статті досліджено проблему застосування електронного листування як доказу в цивільному процесі. Зосереджено увагу на питанні ідентифікації відправника електронного повідомлення під час дослідження та оцінки доказів. Зроблено висновки щодо необхідності оцінювати електронне листування комплексно, з урахуванням інших наявних доказів.

Ключові слова: електронний доказ, електронне листування, оцінка доказів, дослідження доказів, показання свідків, судова експертиза.

Постановка проблеми. Загальновідомо, що з 15 грудня 2017 р. набрав чинності Закон України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII [1], яким були змінені деякі існуючі та запроваджені нові інститути судового процесу. Серед останніх є норми щодо електронних доказів. Упродовж 2018 р. цією новелою почали користуватися учасники процесу та суди. Однак у цивільному процесі, наприклад, враховуючи його достатню тривалість у нашій країні, більшість судових рішень із застосуванням норм щодо електронних доказів винесені судами першої інстанції. Практика ж касаційної чи навіть апеляційної інстанції щодо електронних доказів фактично відсутня. Це зрозуміло з огляду на відносно невеликий строк «узаконення» в українському нормативному полі поняття «електронний доказ». Однак за кожним неперевіреном, тобто гіпотетично неправильним, судовим рішенням стоять живі учасники процесу.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, визначення невирішених проблем. Така ж ситуація, як із судовою практикою, склалася з науковими публікаціями із цієї тематики. Єдине дисертаційне досліджен-

ня з проблематики електронних засобів доказування захищене в 2016 р. А.Ю. Каламайко [2] і не враховує фундаментальні зміни до Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) кінця 2017 р. Статті у фаховій і науковій періодиці мають переважно характер постановки проблеми.

Серед проблем, що на цей час визначені, є, зокрема, питання щодо коректності самої назви «електронний доказ», складності визначення «оригінальності» цифрового документа тощо. Поза увагою залишилася ще одна проблема, яка лежить «на поверхні»: останнім часом у мережі Інтернет велике поширення отримали угоди, укладені шляхом прийняття оферти, розміщеної в соціальних мережах, на сайтах оголошень, власному веб-сайті особи тощо; такі угоди, особливо угоди купівлі-продажу, укладаються переважно шляхом телефонних переговорів, листування в соціальних мережах, сервісі, наданому сайтом оголошень, або мобільних месенджерів. Оплата відбувається перерахуванням коштів на картковий рахунок особи, яка розмістила оголошення. Таким чином, окрім електронного листування, жодних матеріальних доказів щодо умов угоди не існує.

Мета статті – дослідити проблему використання електронного листування як доказу в цивільному процесі та запропонувати шляхи її вирішення.

Виклад основного матеріалу. У нормативному полі на перший погляд усе є досить простим. Стаття 100 ЦПК України передбачає, що електронними доказами є, зокрема, «текстові, мультимедійні та голосові повідомлення». Однак на практиці це зовсім не означає, що сторона як доказ може надати суду роздруківку електронного листування та отримати позитивне рішення. Так, наприклад, суди досі часто плутають електронні документи в розумінні Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» [3] і листування між фізичними особами, помилково вважаючи, що підтвердженням достовірності останнього є наявність електронного підпису [4]. Хоча ще в 2014 р. Вищим спеціалізованим судом України з розгляду цивільних і кримінальних справ чітко зазначено: «Аналіз положень Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» свідчить про те, що особливі вимоги встановлено до документів, які мають відповідні реквізити та призначення. Листування фізичних осіб, яке здійснюється шляхом використання електронної пошти, до таких документів не належить» [5].

На цей час існує безліч сервісів, які дозволяють користувачам обмінюватися електронними повідомленнями. Умовно їх можна поділити на такі типи:

- 1) електронну пошту;
- 2) мобільні SMS- та MMS-сервіси;
- 3) месенджери – спеціальні програми для обміну повідомленнями й даними (наприклад, Skype, Viber, Telegram тощо);
- 4) месенджери, що є скриптом, «вбудованим» у структуру веб-сайту, та дозволяють обмінюватися повідомленнями (сервіс для листування, вбудований в електронну структуру сайту оголошень OLX, тощо);
- 5) соціальні мережі;
- 6) інші сервіси.

Будь-яким із цих способів люди можуть домовлятися про вчинення правочину та в подальшому виконувати його умови. Однак якщо одна зі сторін не виконала свої зобов'язання, то виникає спірна ситуація, електронне листування потрапляє на стіл судді, після чого виникає питання щодо ідентифікації відправника.

Щодо першої категорії електронних повідомлень (електронна пошта) ідентифікація авторства повідомлень є досить складною, оскільки здебільшого компанії, які надають користувачам електронні «поштові скриньки», під час реєстрації нової «скриньки» не вимагають будь-яке підтвердження особи користувача. Є декілька варіантів такої ідентифікації. По-перше, А.Ю. Каламайко слушно зазначає, що адреса електронної пошти складається з назви сайту, на якому розміщена скринька, символу @ та індивідуальної назви скриньки, яка часто є особистим ім'ям користувача [2, с. 114]. Безумовно, це не є безперечним доказом належності певної пошти конкретному користувачеві, однак під час комплексної оцінки доказів цей факт може бути взятий до уваги. По-друге, якщо компанія, яка надає послуги електронної пошти, є резидентом України та для реєстрації вимагає підтвердження даних, наданих користувачем, такі дані можуть бути отримані від цієї компанії з урахуванням вимог процесуального законодавства. По-третє, А.Ю. Каламайко також вказує на можливість довести належність певної електронної адреси певному користувачеві завдяки показанням свідків щодо застосування конкретної електронної адреси конкретним користувачем під час іншого листування, під час листування користувача із судом під час судового процесу або якщо свідок бачив, як власник електронної адреси створював повідомлення [2, с. 116]. По-четверте, електронна адреса може бути вказана як така, що належить особі, у будь-якому офіційному документі. По-п'яте, зрештою, не варто відкидати можливість визнання стороною під час надання пояснень у процесі, що певна електронна адреса належить саме їй.

Електронні повідомлення другої категорії (мобільні SMS- та MMS-сервіси) є «жорстко прив'язаними» до номеру мобільного телефону. З одного боку, це полегшує ідентифікацію відправника повідомлення. Якщо відправник уклав контракт з оператором мобільного зв'язку, останній має повну інформацію про особу власника мобільного номера, з якого відправлялося повідомлення, і якщо власник номера не

доведе, що номер вибув із його володіння поза його волею (був викрадений тощо), то можна вважати доведеним, що автором електронних повідомлень є саме він. Однак в Україні, на відміну від, наприклад, Російської Федерації, сім-карти мобільних номерів, які працюють на умовах передплати, продаються вільно, без обов'язкової ідентифікації покупця. Тому ймовірна ситуація, коли сторона в судовому процесі буде оспорювати належність мобільного номера саме їй. У такому випадку, як і з попередньою групою електронних повідомлень, їх автора можна ідентифікувати завдяки показанням свідків і наявності конкретного мобільного номера в документах, які ідентифікують особу власника номера.

Ідентифікація автора електронних повідомлень третьої категорії (спеціальних програм для обміну повідомленнями й даними) залежить від специфіки месенджера. Так, наприклад, Viber використовує для ідентифікації відправника та адресата номер мобільного телефону, тому для ідентифікації автора повідомлень, відправлених через цей месенджер, можуть бути застосовані ті ж правила, що й для попередньої категорії. Однак, наприклад, Skype використовує для ідентифікації користувачів авторизаційні облікові записи. І якщо сторона не має доказів, які переконливо свідчили б про те, що обліковий запис належить саме відправнику, то ідентифікація відправника повідомлень через цей месенджер є досить складною.

Четверта категорія електронних повідомлень (через месенджери-скрипти) є складною для ідентифікації відправника. Його може бути ідентифіковано через запит до власника веб-сайту, що надає можливість листування. Це можливе в разі, якщо власник веб-сайту вимагає під час реєстрації персональні дані особи та зберігає їх. Також досить важливо, щоб власник сайту територіально перебував в Україні, оскільки інакше отримати від нього певну інформацію буде складно.

П'ята категорія електронних повідомлень (повідомлення в соціальних мережах) є найпоширенішою, однак досить складною для ідентифікації відправника. Вона має багато спільного із четвертою категорією. В Україні на цей час дуже

небагато судової практики із цього питання. Цілком закономірно, що рішенням Овідіопольського районного суду Одеської області від 17 жовтня 2016 р. в справі № 509/2305/16-ц роздруківку листування в соціальній мережі «Однокласники» було визнано неналежним доказом [6].

Щодо всіх категорій електронних повідомлень є можливість ідентифікації автора через надання як речового доказу пристрою, з якого велось електронне листування, та проведення відповідної судової експертизи. Однак таке дослідження можливе або за активної співпраці сторін із судом, або через вилучення пристрою в порядку, передбаченому ст. 146 ЦПК України.

Щодо деяких категорій повідомлень можливий варіант ідентифікації відправника повідомлення завдяки аналізу метаданих, які прикріплені до листа й дають змогу встановити IP-адресу відправника. Ці дослідження має виконувати спеціаліст у сфері комп'ютерних технологій. Якщо згадувати про IP-адресу, необхідно також згадати про рішення Європейського суду з прав людини за позовом І. Бенедіка проти Словенії від 24 квітня 2018 р. Зміст рішення полягає в тому, що ідентифікація користувача за IP-адресою без його згоди є порушенням ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [7].

У дисертації російського дослідника питань електронних доказів С.П. Ворожбита наведено досить змістовний перелік питань, які під час дослідження електронного листування в суді дадуть змогу ідентифікувати автора повідомлення:

1) чи може автор, одержувач або третя особа впізнати роздруківку електронного повідомлення;

2) чи точно відображено на роздруківці те, що було на екрані комп'ютера;

3) чи може хтось дати показання для встановлення автора/відправника електронного повідомлення;

4) чи потрібне було введення пароля для відправлення або одержання електронного повідомлення автором чи одержувачем;

5) чи було одержане повідомлення;

6) чи вказано в повідомленні його джерело (наприклад, ім'я автора та/або його адресу електронної пошти);

7) чи користувався автор комп'ютером у цей день;

8) чи були факти, що обговорювалися в електронному повідомленні, відомими лише особі, яка його відправила, або ж про них знали також інші особи;

9) чи були певні відмінні характеристики в стилі, манері письма;

10) чи був в автора певний набір слів або структура речення;

11) чи міг передбачуваний автор знати інформацію, що міститься в повідомленні;

12) чи мали місце наступні дії або розмови щодо цього повідомлення;

13) чи була в кого-небудь після отримання повідомлення розмова з його автором, яка показує його обізнаність про зміст і зв'язок із цим повідомленням;

14) чи здійснював автор дії, послідовні із цим повідомленням (наприклад, у комерційній діяльності це може бути відправка товару, який згадується в повідомленні; така поведінка є похідною автентифікацією джерела повідомлення) [8, с. 144–145].

Висновки і пропозиції. Таким чином, незважаючи на той факт, що електронне листування вже досить щільно увійшло в наш побут і навіть певним чином є юридизованим, досі не сформовано достатню юридичну практику з питань його застосування як доказу в цивільному процесі. Тим більше, що чинне формулювання ч. ч. 2–3 ст. 100 ЦПК України фактично дає судам можливість не приймати електронні докази, посилаючись на те, що неможливо встановити їх «оригінальність».

Після усунення вказаної вище проблеми у формулюванні необхідно зосередитися на вирішенні двох питань щодо електронного листування як доказу – на складності встановлення автентичності електронного листування та складності ідентифікації відправника електронного повідомлення.

З огляду на наведене судам під час формування практики щодо застосування електронного листування як доказу варто з'ясувати обставини листування, дії, які вчинювалися сторонами після листування, тобто підходити до оцінки такого доказу комплексно, з урахуванням інших наявних доказів. За наявності відповідного клопотання від сторін доречним буде більш широке

призначення судових експертиз щодо достовірності електронних доказів. Крім того, необхідно підвищувати загальний рівень комп'ютерної грамотності працівників судової системи, що дасть змогу зрозуміти специфіку виникнення електронного листування та поставити правильні питання сторонам для повного й об'єктивного розгляду справи.

Список використаної літератури:

1. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 3 жовтня 2017 р. № 2147-VIII / Верховна Рада України. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2147-19>.
2. Каламайко А.Ю. Електронні засоби доказування в цивільному процесі: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Х., 2016. 242 с.
3. Про електронні документи та електронний документообіг: Закон України від 22 травня 2003 р. № 851-IV / Верховна Рада України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/851-15>.
4. Постанова Апеляційного суду міста Києва від 22 лютого 2018 р. в справі № 752/13506/16-ц. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72517880>.
5. Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 6 серпня 2014 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/40396067>.
6. Рішення Овідіопольського районного суду Одеської області від 17 жовтня 2016 р. в справі № 509/2305/16-ц. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/62904336>.
7. У справі «Бенедік проти Словенії» ЄСПЧ визнав порушення Конвенції через ідентифікацію користувача по IP-адресі. Офіційний сайт Національної асоціації адвокатів України. URL: <http://unba.org.ua/publications/3313-u-spravi-benedik-proti-slovenii-espch-viznav-porushennya-konvencii-cherez-identifikaciyu-koristuvacha-po-ir-adresi.html>.
8. Ворожбит С.П. Электронные средства доказывания в гражданском и арбитражном процессе: дисс. ... канд. юрид. наук: 12.0015. СПб., 2011. 235 с.

Моисеенко Д. Н. Проблемные вопросы применения электронной переписки в качестве доказательства в гражданском процессе Украины

В статье исследована проблема использования электронной переписки в качестве доказательства в гражданском процессе. Внимание сосредоточено на вопросе идентификации отправителя электронного сообщения во время исследования и оценки доказательств. Сделаны выводы о необходимости оценивать электронную переписку комплексно, с учетом других имеющихся доказательств.

Ключевые слова: электронное доказательство, электронная переписка, оценка доказательств, исследование доказательств, показания свидетелей, судебная экспертиза.

Moiseienko D. Challenging issues of the application of email correspondence as evidence in civil procedure of Ukraine

The problem of using electronic correspondence as evidence in a civil process was under consideration in this article. The accent was made on the question of identifying the sender of an e-mail during the investigation and assessment of evidence. The conclusions were made on the necessity to assess electronic correspondence comprehensively, taking into account other available evidence.

Key words: electronic evidence, electronic correspondence, assessment of evidence, investigation of evidence, testimony of witnesses, civil procedural legislation.