

М. И. Воронин*

ЭЛЕКТРОННЫЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА В УПК: БЫТЬ ИЛИ НЕ БЫТЬ?¹

Аннотация. Цифровая реальность прочно вошла в жизнь общества и государства. И также прочно стала и средой, и средством совершения преступлений, по цифровым (электронным) следам которых правоохранные и судебные органы восстанавливают картину происшедшего события. В орбиту уголовного процесса попадают различные цифровые устройства (мобильные телефоны, планшеты, смартфоны, флеш-накопители, жесткие диски и т.п.), несущие важную для органов предварительного расследования и суда информацию. Зачастую изъять, исследовать, закрепить данную информацию без участия специалиста невозможно. Действующее уголовно-процессуальное законодательство не в полной мере адаптировано к таким источникам информации. Поэтому цифровые новеллы действительности становятся объектом изучения многих наук уголовно-правового цикла, в том числе и науки уголовно-процессуального права. Необходимо ли включать в уголовно-процессуальное законодательство понятие «электронное доказательство»? Если необходимо, то имеются ли основания для вывода о самостоятельности этого вида доказательств или же электронные доказательства могут быть отнесены к одному из традиционных видов доказательств? Каковы для этого теоретические и практические предпосылки? В чем особенности электронных доказательств? В науке высказываются различные точки зрения по этим вопросам. Большинство ученых и специалистов полагают возможным отнесение электронных доказательств либо к вещественным доказательствам, либо к иным документам. В статье предлагается рассматривать данные доказательства как самостоятельный вид доказательств, относя к ним как электронные носители информации, так и саму электронную информацию в форме электронных документов. На основе выдвинутых теоретических предложений необходимо начать разработку соответствующих правовых норм для включения их в уголовно-процессуальный закон.

Ключевые слова: электронное доказательство, доказательства, доказывание, виды доказательств, уголовный процесс, оценка доказательств, правоприменение, электронные носители информации.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.152.7.074-084

В современной юридической науке широко обсуждаются вопросы, связанные с необходимостью правового регулирования отношений, связанных с цифровой реальностью и электронной информацией, содержащейся на электрон-

ных носителях. Ученые той или иной отрасли права осмысливают отдельные аспекты цифровизации и предлагают различные варианты правовой регламентации цифровых (электронных) объектов и технологий. Опережая во многом

¹ Статья подготовлена в рамках исследования по гранту РФФИ на основании договора от 04.10.2018 № 18-29-16041.МК.

© Воронин М. И., 2019

* Воронин Михаил Ильич, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовно-процессуального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
m_voronin@bk.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

научные исследования в этой сфере, законодатель создает правовые нормы, отражающие цифровые реалии. Уже более 100 федеральных законов содержат такие понятия, как «электронный документ», «электронные ресурсы», «электронная информация», «электронные носители информации», «электронная площадка», «электронный билет», «электронная почта», «электронное средство платежа», «цифровые права». Совершенно очевидно, что такое законодательство нуждается в основательном и всестороннем научном анализе, итогом которого должны стать предложения по совершенствованию законодательства в данной сфере, ибо правоприменение не всегда адекватно воспринимает до конца не продуманные и научно не обоснованные законодательные новеллы.

Не может оставаться в стороне от научного поиска оптимальных правовых решений проблем, связанных с цифровой реальностью, и наука уголовно-процессуального права. Одним из центральных правовых институтов уголовно-процессуального права является доказательственное право. Появившиеся в последние годы публикации, да и внесенные в УПК РФ изменения, поставили перед наукой вопросы о необходимости и целесообразности трансформации норм доказательственного права в связи с появлением и широким распространением на практике новых источников доказательственной информации, имеющих электронную (цифровую) природу. Научные дискуссии разворачиваются вокруг таких понятий, как «электронные доказательства» и «электронное доказывание». Спектр мнений довольно широк, что свидетельствует о сложности и многоаспектности рассматриваемых явлений новой реальности.

Один из основных вопросов, вызывающих полемику, связан с необходимостью и обоснованностью закрепления в законе нового вида доказательства — «электронного доказательства». Несмотря на распространенное в литературе и на практике употребление термина «электронное доказательство», многими специалистами высказывается отрицательное от-

ношение к необходимости выделения такого доказательства в качестве отдельного вида доказательства и закрепления его в уголовно-процессуальном законе.

Так, Р. И. Оконенко в диссертационном исследовании об электронных доказательствах приходит к выводу о том, что в настоящее время преждевременно говорить о понятии «электронного доказательства» как о состоявшейся категории позитивного права, а появление в УПК РФ термина «электронный носитель информации» следует рассматривать как промежуточный шаг на пути к возможному появлению в российском процессуальном праве термина «электронные доказательства»². По его же мнению, электронные доказательства не являются особым видом доказательств.

Авторы коллективной монографии «Основы теории электронных доказательств», соглашаясь с автором англоязычной статьи в сети Интернет, считают, что электронным доказательством является любая электронно хранимая информация (ESI), которая может быть использована в качестве доказательства в судебном процессе; к такому виду доказательств относятся любые документы, электронные письма или другие файлы, хранящиеся в электронном виде, а также электронные свидетельства, включающие записи, хранящиеся сетевыми или интернет-провайдерами. В этой же работе утверждается, что электронная информация может быть представлена в виде одного из традиционных доказательств — вещественного доказательства или иного документа³.

По мнению П. С. Пастухова, в УПК РФ не следует вводить новый вид доказательства («электронное доказательство») или новый источник («электронный носитель информации»), необходимо лишь уточнить понятие «доказательство», указав, что сведения могут быть в виде электронной информации, которая, в свою очередь, «вполне способна восприниматься в одном из традиционных доказательств — вещественном доказательстве или документе»⁴. Предлагается также отказаться от приводимого в ч. 2 ст. 74 УПК РФ перечня источников доказательств, ко-

² Оконенко Р. И. «Электронные доказательства» и проблемы обеспечения прав граждан на защиту тайны личной жизни в уголовном процессе: сравнительный анализ законодательства Соединенных Штатов Америки и Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016.

³ Основы теории электронных доказательств : монография / под ред. д-ра юрид. наук С. В. Зуева. М. : Юрлитинформ, 2019. С. 253, 254.

⁴ Пастухов П. С. О развитии уголовно-процессуального доказывания с использованием электронных доказательств // СПС «КонсультантПлюс».

торый является изжившим себя анахронизмом, а доказательствами считать сведения, полученные любой из сторон способами, не запрещенными законом, которые позволяют установить обстоятельства, имеющие существенное значение для дела. Эти сведения могут быть получены от лиц, из предметов или процессов⁵. Иной точки зрения придерживаются, в частности, Н. А. Зигура и А. В. Кудрявцева, которые полагают, что компьютерная информация является самостоятельным видом доказательств⁶.

Так нужно ли направлять научные усилия на поиск определения понятия «электронное доказательство» и выделять его в качестве самостоятельного вида доказательств? В рамках настоящей статьи вряд ли возможно провести масштабное научное исследование по данному вопросу, однако наметить основные подходы к изучению нового социального феномена и его места в уголовно-процессуальном праве, равно как и ответить на поставленный вопрос, мы все же попытаемся.

Прежде всего стоит отметить, что в литературе уже была предпринята попытка определить некоторые подходы к формулированию понятия «электронное доказательство» в уголовном судопроизводстве. Например, небезыңтересные суждения по этому поводу высказал П. Г. Марфицин, однако в его рассуждениях имеется серьезный скепсис. Задаваясь вопросом о том, а нужен ли нам такой самостоятельный вид доказательства, как электронное, П. Г. Марфицин предлагает растворить признак «электронности» в иных видах доказательств, то есть рассматривать его как форму, в которую облечены необходимые для дела сведения. И тогда, заключает он, не понадобится формулировать понятие «электронные доказательства». При этом его рассуждения не категоричны, поскольку в конечном итоге он соглашается с тем, что «в любом случае этот вопрос нуждается в проработке»⁷.

Мало кто из специалистов отрицает наличие особых специфических свойств как у электронной информации, так и у электронных носителей информации. Р. И. Оконенко отмечает, что наиболее характерной чертой электронных данных является то, что они формируются не только посредством физических закономерностей, но и согласно программному алгоритму, который задан разработчиком программы⁸. Отличительные признаки электронной информации выделяет и В. Ю. Стельмах, указывая, что она циркулирует в виде электромагнитных импульсов и хотя и обладает некоторыми признаками «идеального» следа, в то же время имеет собственные признаки, не присущие в чистом виде ни «материальным», ни «идеальным» следам, поскольку электронная информация может находиться не на всех материальных объектах, а только в памяти компьютеров и на машинных носителях и при копировании электронной информации ее первоисточник не претерпевает никаких изменений (за исключением случаев использования при копировании дефектных или вредоносных программ), что делает в отношении электронной информации понятия «оригинал» и «копия» весьма условными⁹. Соглашаются с существенными особенностями электронной информации и авторы упомянутой выше коллективной монографии «Основы теории электронных доказательств», хотя и относят ее к одному из традиционных видов доказательств¹⁰.

Справедливо обращает внимание Е. И. Галяшина на то, что при поиске, обнаружении, фиксации, изъятии, исследовании и хранении файлов, содержащих цифровую информацию, представленную в бинарном коде, необходимо руководствоваться принципами, закрепленными Международной организацией по цифровым доказательствам (IOCE)¹¹. Помимо принципов, связанных в основном с изъяти-

⁵ Александров А. С., Кувычков С. И. О надежности «электронных доказательств» в уголовном процессе // URL: <https://docplayer.ru/26470841-O-nadezhnosti-elektronnyh-dokazatelstv-v-ugolovnom-processe.html>.

⁶ Зигура Н. А., Кудрявцева А. В. Компьютерная информация как вид доказательства в уголовном процессе России : монография. М., 2011. С. 30.

⁷ Марфицин П. Г. Некоторые подходы к формулированию понятия «электронное доказательство» в уголовном судопроизводстве // Вестник Нижегородской академии МВД России. 2017. № 3 (39). С. 107.

⁸ Оконенко Р. И. Указ. соч. С. 23.

⁹ Стельмах В. Ю. Электронная информация в доказывании по уголовным делам: способы получения и место в системе доказательств // Библиотека криминалиста. 2018. № 3. С. 94—95.

¹⁰ Основы теории электронных доказательств... С. 254.

¹¹ Галяшина Е. И. Оценка достоверности цифровых фонограмм в уголовном процессе // Доказывание и принятие решений в современном уголовном судопроизводстве : материалы Междунар. науч.-практ.

ем и исследованием цифровых доказательств, указанная организация привела определения основных понятий, касающихся цифровых доказательств:

- цифровое доказательство — информация, сохраненная или переданная в бинарной форме, которая может быть использована в суде;
- оригинальное цифровое доказательство — физические средства и информационные объекты (данные), связанные с этими средствами на момент изъятия;
- дубликат цифрового доказательства — точное цифровое воспроизведение всех данных, содержащихся на оригинальном физическом средстве;
- копия — точное воспроизводство информации, содержащейся в данных независимо от оригинального носителя¹².

Большинством авторов отмечается, что у электронной (цифровой) информации и электронных носителей информации как доказательств существуют особенности их собирания, проверки и оценки. Анализ этих особенностей будет предметом отдельных публикаций. Сейчас, в контексте рассматриваемого вопроса, отметим лишь одну особенность, связанную с так называемой цепью законных владений, под которой понимается порядок процессуального документирования цифровой (электронной) информации, имеющей доказательственное значение, который обеспечивает сохранность информации при передаче ее на всех этапах доказывания — от момента получения до передачи ее вплоть до судебного органа, рассматривающего дело по существу или по отдельному спорному вопросу¹³.

Являются ли отмеченные особенности электронных доказательств, равно как и констатируемая многими юристами специфика их собирания, проверки и оценки, достаточным основанием для выделения их в законе в качестве самостоятельного вида доказательств? Для ответа на поставленный вопрос необходимо обратиться как к уголовно-процессуальному закону, так и к положениям теории доказательств.

Известно, что УПК РФ (ч. 2 ст. 74) содержит закрытый перечень видов доказательств (источников доказательств). По мнению Л. В. Головки, такой подход законодателя имеет свои достоинства и недостатки. То, что принцип исчерпывающего перечня источников доказательств является преградой на пути попадания в процесс разного рода ненадежной и недоброкачественной информации, является несомненным достоинством этого принципа. К недостаткам он относит неспособность этого перечня угнаться за развитием жизни, особенно в условиях научно-технического прогресса, расцвета информационных технологий, появления виртуальной информации. «В то же время в большинстве случаев, — пишет Л. В. Головка, — судебной практике удается адаптироваться к новым реалиям, вкладывая новые смыслы в традиционные понятия, например, когда вещественными доказательствами стали признаваться не только ножи и пистолеты, но и разного рода носители, на которых в ходе следственных действий переносится информация из социальных сетей, Интернета и т.п.»¹⁴.

Следует согласиться с утверждением Л. В. Головки об адаптации судебной практики к новым реалиям — с оговоркой, что не только судебные органы, но и многие ученые пошли по тому же пути «адаптации», втискивая в рамки традиционных видов доказательств качественно новую доказательственную информацию. Думается, что такой подход нуждается в критической оценке, поскольку не учитывает природу, процессуальные особенности появления и закрепления в материалах уголовного дела электронных доказательств. Между тем, если обратиться к капитальному теоретическому труду прошлого века «Теория доказательств в советском уголовном процессе», то в нем в основу деления доказательств по видам источников положено различие процессуальных способов собирания и закрепления доказательств, соответствующих специфике отдельных фактических данных, а именно — «специфика способа сохранения и передачи информации о существенных обстоятельствах исследуемого события с тем,

конференции, посвящ. памяти д-ра юрид. наук, проф. Полины Абрамовны Лупинской : сборник науч. трудов. М. : Элит, 2011. С. 139—140.

¹² URL: https://ceur.ru/library/spravochnik/katalog_kompanijj/item126250/.

¹³ Доктринальная модель уголовно-процессуального доказательственного права РФ и комментариев к ней / А. С. Александров [и др.]. М., 2015. С. 28, 45.

¹⁴ Головка Л. В. Курс уголовного процесса / под ред. д. ю. н., проф. Л. В. Головки. М. : Статут, 2016. С. 444.

чтобы применить такие и только такие методы ее собирания, которые обеспечили бы полноту и точность полученных фактических данных»¹⁵. И. Б. Михайловская писала, что часть 2 ст. 74 УПК РФ, содержащая исчерпывающий перечень видов доказательств, является основой различия процессуальной формы доказательств (особенностей источника, оснований и порядка их получения, исследования и фиксации)¹⁶. К сказанному стоит добавить, что процессуальные нормы доказательственного права на современном этапе должны обеспечить не только достоверность получаемой и используемой субъектами доказывания информации, но также соблюдение и защиту основных прав и свобод человека.

Таким образом, специфика сведений (информации), обуславливающая особенности собирания и закрепления доказательств, предопределяет необходимость выделения того или иного вида доказательств. Так справедливы ли высказанные в ряде публикаций предложения об отнесении электронных доказательств либо к вещественным доказательствам, либо к иным документам?

В науке под вещественными доказательствами понимаются предметы материальной среды (материального мира), фрагменты внешней обстановки (орудия преступления, предметы со следами преступления и т.п.). Ю. К. Орлов подчеркивал, что в вещественных доказательствах доказательственное значение имеют их физические, материальные свойства и признаки — вес, размер, химический состав, конфигурация и локализация следов и т.п., они носят объективный характер и не зависят от индивидуальных особенностей исследователя. Информация в вещественных доказательствах содержится в естественной (некодированной) форме. Вопрос о том, какие объекты можно, а какие нельзя изымать и приобщать к делу в качестве вещественных доказательств, решается в зависимости от физической возможности, удобства и целесообразности. Если речь идет о микрообъектах (микроследах), которые невидимы невооруженным глазом, то они не могут фигури-

ровать в качестве вещественных доказательств, поскольку не могут храниться отдельно от объекта-носителя, который и будет признан вещественным доказательством после его изъятия вместе с микрообъектами (микроследами)¹⁷. Давая аналогичную характеристику вещественных доказательств, В. А. Лазарева добавляет, что «строго говоря, понятие «вещественное доказательство» и есть характеристика доказательства со стороны его формы. Вещественное доказательство — это вещь»¹⁸.

Если применительно к электронным носителям информации теоретические и правовые основания позволяют в некоторых случаях отнести их к вещественным доказательствам (например, при краже мобильного телефона, планшета, смартфона и т.п., в этих случаях «электронная составляющая» данных объектов значения не имеет), то в отношении электронной информации, определяемой чаще всего через понятие «электронный документ», а равно когда для расследования уголовного дела имеет значение не только сама электронная информация, но и электронный носитель этой информации, имеются возражения против отнесения этих объектов к традиционным видам доказательств. Представляется, что речь должна идти о выделении в уголовно-процессуальном законе самостоятельного вида доказательств — «электронное доказательство».

Рассуждая о необходимости выделения понятия «электронное доказательство», П. Г. Марфицин небезосновательно полагает, что искомое понятие должно находиться в гармонии с другими, используемыми в той или иной отрасли права, не выглядеть «белой вороной» среди них¹⁹. Но, как было отмечено выше, более 100 федеральных законов используют понятия с прилагательным «электронный». В частности, согласно п. 2 ст. 434 Гражданского кодекса РФ электронным документом, передаваемым по каналам связи, признается информация, подготовленная, отправленная, полученная или хранимая с помощью электронных, магнитных, оптических либо аналогичных

¹⁵ Теория доказательств в советском уголовном процессе / отв. ред. Н. В. Жогин. Изд. 2-е, испр. и доп. М. : Юрид. лит., 1973. С. 257, 635.

¹⁶ Михайловская И. Б. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации : учебник. 3-е изд., перераб. и доп. / отв. ред. И. Л. Петрухин, И. Б. Михайловская. М. : Проспект, 2010. С. 204.

¹⁷ Орлов Ю. К. Проблемы теории доказательств в уголовном процессе. М. : Юрист, 2009. С. 106, 152, 156.

¹⁸ Лазарева В. А. Доказывание в уголовном процессе : учебник для бакалавриата и магистратуры. 5-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт, 2014. С. 324.

¹⁹ Марфицин П. Г. Указ. соч. С. 108.

средств, включая обмен информацией в электронной форме и электронную почту. Указанное понятие можно встретить и в юридической литературе. Так, А. В. Рыбин под электронным документом как источником судебного доказательства понимает сведения об обстоятельствах, подлежащих установлению по делу, записанные на перфокарту, перфоленту, магнитный, оптический, магнитно-оптический накопитель, карту флеш-памяти или иной подобный носитель, полученные с соблюдением порядка их собирания²⁰.

Думается, что подробная техническая детализация анализируемых понятий в уголовно-процессуальном праве является излишней, необходимой скорее в криминалистике. Для процессуального доказывания значение имеет прежде всего информация (представленная в данном случае в электронной форме), а также при определенных обстоятельствах и носитель данной информации. Но поскольку электронную (цифровую) информацию непосредственно органами чувств человек воспринимать не может, то эта специфичность такого рода информации приводит нас к понятию «электронный документ», которого коснемся ниже.

В целом полагаем, что для нужд уголовно-процессуального регулирования вполне достаточным будет определение и использование следующих понятий: «электронное доказательство», «электронный документ», «электронный носитель информации».

Электронное доказательство — сведения, содержащиеся в электронном документе и/или на электронном носителе информации, на основании которых субъекты доказывания устанавливают наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела.

Понятие «электронный документ» вполне может быть заимствовано из Федерального закона № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации». Согласно п. 11.1 ст. 2 этого Закона электронный документ — документированная информация, представленная в электронной форме, то есть в виде, пригодном для восприятия человеком

с использованием электронных вычислительных машин, а также для передачи по информационно-телекоммуникационным сетям или обработки в информационных системах. Под данное определение подпадает любая электронная информация, содержащаяся в различных файлах, сообщениях, передаваемых при помощи услуг электронных мессенджеров, посредством электронной почты, а также выполненные на цифровых устройствах аудио-, видеозаписи и т.п.

Что касается понятия «электронный носитель информации», то многие авторы используют определение, содержащееся в 3.1.9 ГОСТ 2.051-2013 «Единая система конструкторской документации. Электронные документы. Общие положения», согласно которому электронным носителем является «материальный носитель, используемый для записи, хранения и воспроизведения информации, обрабатываемой с помощью средств вычислительной техники»²¹. Однако, по мнению некоторых ученых, подобная формулировка позволяет относить к данной категории носителей устройства бытового назначения, способные записывать, хранить, воспроизводить информацию (стиральные машины, кофемашины, холодильные камеры и т.д.)²².

Заслуживает внимания позиция Ю. В. Гаврилина, полагающего, что для достижения целей уголовного процесса правовой режим электронных носителей информации нужно распространять не только на съемные носители информации (например, карты памяти, флеш-накопители, съемные жесткие диски, оптические диски и др.), но и на сами персональные компьютеры и серверы, а также на иные микропроцессорные устройства, конструктивно предназначенные для постоянного или временного хранения компьютерной информации, что позволит избежать терминологической чехарды. При этом распространение данного правового режима на иную микропроцессорную технику, в частности указанную выше и имеющую бытовое назначение, то есть конструктивно не предназначенную для хранения компьютерной информации, является необоснованным. Ю. В. Гаврилин предлагает закрепить в УПК РФ

²⁰ Рыбин А. В. Электронный документ как вещественное доказательство по делам о преступлениях в сфере компьютерной информации (процессуальные и криминалистические аспекты). СПб., 2005. С. 8.

²¹ Стандарт введен в действие приказом Росстандарта от 22.11.2013 № 1628-ст.

²² Васюков В. Ф. Изъятие электронных носителей информации: нерешенные проблемы практики // Уголовный процесс. 2016. № 2. С. 54—55.

определение понятия «электронный носитель информации» следующего содержания: «это устройство, конструктивно предназначенное для постоянного или временного хранения информации в виде, пригодном для использования в электронных вычислительных машинах, а также для ее передачи по информационно-телекоммуникационным сетям или обработки в информационных системах»²³. В своем определении автор использовал приведенные выше формулировки, содержащиеся в ст. 2 Закона об информации, информационных технологиях и о защите информации, учел особенности самих электронных носителей информации и дал, на наш взгляд, удачное определение рассматриваемого понятия.

Процессуальная форма введения электронных доказательств в уголовный процесс имеет свои особенности, что, помимо особенностей их содержания, также дает основания для выделения их в качестве самостоятельного вида доказательств. В обоснование данного вывода сошлемся на полемику Р. И. Оконенко с Н. А. Зигура и А. В. Кудрявцевой в той части его диссертационного исследования, в которой он не соглашается с последними в части придания компьютерной информации статуса отдельного вида доказательств²⁴. Интересно, что большинство исходных тезисов, предлагаемых Р. И. Оконенко, по нашему мнению, абсолютно верные, но выводы, к которым он приходит, нами не разделяются.

Говоря о том, что электронные носители информации являются разновидностью электронных доказательств, мы исходим из того, что указанные носители непосредственно связаны с содержащейся в них электронной информацией, без которой они являются всего лишь «железом». Иными словами, без «электронной составляющей» эти носители не имеют доказательственного значения. Эта первая содержательная особенность и не позволяет отнести их к вещественным доказательствам. Схожие рассуждения можно найти у Р. И. Оконенко, который под исследованием «электронного доказательства» понимает изучение информационного содержания носителя информации, связанное с совершением действий в виртуальной среде (открытие папок с файлами, самих

файлов, изучение свойств файлов посредством использования иных программ и т.п.), при этом он подчеркивает, что такое исследование не есть внешний осмотр либо иное изучение характеристик электронного носителя информации как реального материального объекта (в частности, определение его веса, размера, формы, модели, других индивидуализирующих признаков)²⁵. А ведь такой внешний осмотр включается в процессуальную форму вещественного доказательства, являясь вторым этапом после изъятия вещественного доказательства.

Также следует согласиться с Р. И. Оконенко и в том его суждении, которое касается формирования следов преступления на обычном предмете и в ходе работы компьютерной программы. Следы на обычном предмете формируются исходя из физических, химических, биологических и других закономерностей, имеющих объективную природу и существующих помимо воли и сознания человека, в то время как при работе компьютерной программы изменения происходят согласно заданному разработчиком алгоритму, который он выбирает, исходя из своего субъективного усмотрения. И в этом Р. И. Оконенко прав, проводя отчетливо разницу между вещественными и электронными доказательствами. При этом данный довод, по нашему мнению, также обосновывает самостоятельность электронных доказательств.

Последний, отмечаемый тем же автором, специфический признак информации, отличающий ее от вещественного доказательства, — это ее выражение в определенном коде. Р. И. Оконенко пишет: «Несмотря на то что любого рода информация, хранящаяся на диске, кодируется по одним и тем же правилам, ее можно условно разделить на две группы. Первая группа сведений составляет основное содержание файла, это те сведения, для восприятия которых файл и был создан, — текст документа, графическое изображение, музыка, видеозапись. Вторая группа сведений составляет как бы «информацию об информации», она указывает на местоположение файла, его размер, расширение, историю его изменений, копирования и другие сведения, говорящие нам не столько о том, что

²³ Гаврилин Ю. В. Электронные носители информации в уголовном судопроизводстве // Труды Академии управления МВД России. 2017. № 4 (44). С. 47, 48.

²⁴ Оконенко Р. И. Указ. соч. С. 21—34.

²⁵ Оконенко Р. И. Указ. соч. С. 23.

хранится в соответствующем файле, сколько о том, как, в каком виде указанные сведения существуют в виртуальной реальности»²⁶. Сведения второй группы невозможно непосредственно обозреть, они будут представлены в виде уже переработанного определенной программой отчета о таких изменениях в форме семантических символов — букв и цифр, хранящихся на компьютере точно таким же способом, как и сам файл. Но ни эти факторы, ни кодирование информации не дают оснований, по мнению Р. И. Оконенко, для придания «электронным доказательствам» особого процессуального статуса, так как он считает, что говорить об электронных доказательствах как о состоявшейся категории уголовно-процессуального права можно, только уязвав особенности «электронных доказательств» с проблемами применения уголовно-процессуального закона.

А таких проблем в настоящее время уже немало. И обусловлены они во многом отсутствием в УПК РФ дефиниций, связанных с рассматриваемыми явлениями. Но главные проблемы связаны, как было отмечено выше, с обеспечением достоверности электронных доказательств и защитой прав личности. В рамках настоящей статьи все существующие трудности правоприменения обозначить не представляется возможным, отметим лишь основные: выбор следственного действия, в ходе которого допустимо изъятие электронного доказательства; право или обязанность следователя привлекать специалиста к участию в следственном действии, при производстве которого изымается электронное доказательство; копирование с электронных носителей информации — самостоятельное процессуальное действие или часть следственного действия; какие электронные носители информации могут быть предметом компьютерно-технической экспертизы; необходимо ли получение судебного решения для производства осмотра и выемки электронных сообщений (ч. 7 ст. 185 УПК РФ); привлечение специальных знаний при оценке подлинности и достоверности носителей с цифровыми фонограммами; проверка «цепи законных владений».

Отнесение электронных доказательств к иным документам также нельзя признать обоснованным. Во-первых, статья 84 УПК РФ, посвященная иным документам, сформулирова-

на по остаточному принципу. Все, что не может быть отнесено к другим видам доказательств, автоматически подпадает под иные документы. Такой подход законодателя не основан на познавательных особенностях той или иной информации. По мнению Ю. К. Орлова, например, фото- и киноизображения, являясь производными вещественными доказательствами, содержат и элементы условности, и элементы копирования, вследствие чего довольно затруднительно отнести их к какому-то виду доказательств²⁷. Во-вторых, этот вид доказательств не учитывает как специфику самих электронных доказательств, так и особенности их собирания, проверки и оценки. В-третьих, приобщение документа к делу не требует вынесения специального письменного решения об этом, как это имеет место в отношении вещественных доказательств. Применительно к электронным доказательствам такое положение считаем недопустимым. Правоприменитель должен выносить постановление о приобщении электронного документа или электронного носителя информации к делу в качестве электронного доказательства. В этом решении должны найти отражение как основание его принятия, так и процессуальный способ получения этого доказательства, итоги экспертного исследования при его проведении, а также вывод о его относимости к делу. Кроме того, по аналогии с вещественными доказательствами точная процессуальная фиксация факта приобщения, например, электронного носителя информации к делу в качестве электронного доказательства необходима еще и потому, что такие носители часто представляют определенную материальную ценность²⁸.

Безусловно, введение в уголовное судопроизводство электронных доказательств требует дальнейшего осмысления как содержания данного вида доказательств, так и особенностей правил их собирания, проверки и оценки. Научная мысль должна быть направлена и на изучение объективно изменившейся уголовно-процессуальной формы, трансформация которой вызвана появлением не только ранее неизвестных отечественному правопорядку доказательств, но и внедрением информационных технологий в саму процедуру расследования, рассмотрения и разрешения уголовно-правовых споров.

²⁶ Оконенко Р. И. Указ. соч. С. 27.

²⁷ Орлов Ю. К. Указ. соч. С. 165.

²⁸ Орлов Ю. К. Указ. соч. С. 155.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Александров А. С., Кувычков С. И. О надежности «электронных доказательств» в уголовном процессе // URL: <https://docplayer.ru/26470841-O-nadezhnosti-elektronnyh-dokazatelstv-v-ugolovnom-processe.html>.
2. Васюков В. Ф. Изъятие электронных носителей информации: нерешенные проблемы практики // Уголовный процесс. — 2016. — № 2.
3. Гаврилин Ю. В. Электронные носители информации в уголовном судопроизводстве // Труды Академии управления МВД России. — 2017. — № 4 (44).
4. Галяшина Е. И. Оценка достоверности цифровых фонограмм в уголовном процессе // Доказывание и принятие решений в современном уголовном судопроизводстве : материалы Международной научно-практической конференции, посвященной памяти д-ра юрид. наук, проф. Полины Абрамовны Лупинской : сборник научных трудов. — М. : Элит, 2011.
5. Доказывание в уголовном процессе : учебник для бакалавриата и магистратуры / В. А. Лазарева. — 5-е изд., перераб. и доп. — М. : Юрайт, 2014.
6. Доктринальная модель уголовно-процессуального доказательственного права РФ и комментариев к ней / А. С. Александров [и др.]. — М., 2015.
7. Зигура Н. А., Кудрявцева А. В. Компьютерная информация как вид доказательства в уголовном процессе России : монография. — М., 2011.
8. Курс уголовного процесса / под ред. д. ю. н., проф. Л. В. Головки. — М. : Статут, 2016.
9. Марфицин П. Г. Некоторые подходы к формулированию понятия «электронное доказательство» в уголовном судопроизводстве // Вестник Нижегородской академии МВД России. — 2017. — № 3 (39).
10. Оконенко Р. И. «Электронные доказательства» и проблемы обеспечения прав граждан на защиту тайны личной жизни в уголовном процессе: сравнительный анализ законодательства Соединенных Штатов Америки и Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2016.
11. Орлов Ю. К. Проблемы теории доказательств в уголовном процессе. — М. : Юрист, 2009.
12. Основы теории электронных доказательств : монография / под ред. д-ра юрид. наук С. В. Зуева. — М. : Юрлитинформ, 2019.
13. Пастухов П. С. О развитии уголовно-процессуального доказывания с использованием электронных доказательств // СПС «КонсультантПлюс».
14. Рыбин А. В. Электронный документ как вещественное доказательство по делам о преступлениях в сфере компьютерной информации (процессуальные и криминалистические аспекты). — СПб., 2005.
15. Стельмах В. Ю. Электронная информация в доказывании по уголовным делам: способы получения и место в системе доказательств // Библиотека криминалиста. — 2018. — № 3.
16. Теория доказательств в советском уголовном процессе / отв. ред. Н. В. Жогин. — Изд. 2-е, испр. и доп. — М. : Юрид. лит., 1973.
17. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации : учебник. — 3-е изд., перераб. и доп. / отв. ред. И. Л. Петрухин, И. Б. Михайловская. — М. : Проспект, 2010.

Материал поступил в редакцию 3 апреля 2019 г.

ELECTRONIC EVIDENCE IN THE CRIMINAL PROCEDURE CODE: TO BE OR NOT TO BE?²⁹

VORONIN Mikhail Ilyich, PhD in Law, Associate Professor of the Department of Criminal Procedure Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
m_voronin@bk.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. Digital reality has firmly entered the life of society and the state. It has also become a solid medium and a means of committing crimes, the digital (electronic) traces of which law enforcement and judicial authorities use to restore the picture of the event. Various digital devices (mobile phones, tablets, smartphones, flash drives,

²⁹ The paper is prepared with the financial support of the Russian Foundation for Basic Research, Grant Agreement of 04.10.2018 No. 18-29-16041.MK.

hard drives, etc.), carrying important information for the preliminary investigation and the court, fall into the orbit of the criminal process. It is often impossible to withdraw, investigate, consolidate this information without the participation of a specialist. The current criminal procedure legislation is not fully adapted to such sources of information. Therefore, digital novels of reality become the object of study of many sciences of the criminal law cycle, including the science of criminal procedure law. Is it necessary to include the concept of «electronic evidence» in the criminal procedure legislation? If necessary, are there grounds for concluding that this type of evidence is independent, or can electronic evidence be classified as one of the traditional types of evidence? What are the theoretical and practical prerequisites for this? What are the features of electronic evidence? In science, there are different points of view on these issues. Most scientists and experts believe it is possible to classify electronic evidence as either physical evidence or other documents. In the paper, it is offered to consider these evidence as an independent type of evidence, treating them as electronic carriers of information, and electronic information in the form of electronic documents. Based on the proposed theoretical proposals, it is necessary to begin the development of appropriate legal norms for their inclusion in the criminal procedure law.

Keywords: *electronic evidence, evidence, establishment of evidence, types of evidence, criminal procedure, evaluation of evidence, law enforcement, electronic media.*

REFERENCES

1. Aleksandrov A.S., Kuvychkov S.I. *O nadezhnosti «elektronnykh dokazatelstv v ugovnom protsesse* [On the reliability of «electronic evidence» in criminal procedure]. URL: <https://docplayer.ru/26470841-O-nadezhnosti-elektronnyh-dokazatelstv-v-ugovnom-processe.html>.
2. Vasyukov V.F. *Izlyatie elektronnykh nositeley informatsii: inereshennye problemy praktiki* [Seizure of electronic media: unresolved practice issues]. *Ugovnyy protsess* [Criminal Procedure]. 2016. No. 2.
3. Gavrilin Yu.V. *Elektronnye nositeli informatsii v ugovnom sudoproizvodstve* [Electronic media in criminal procedure]. *Trudy Akademii upravleniya MVD Rossii* [Procs of the Academy of Management of the Ministry of the Interior of Russia]. 2017. No. 4 (44).
4. Galyashina E.I. *Otsenka dostovernosti tsifrovyykh fonogramm v ugovnom protsesse* [Assessment of the reliability of digital phonograms in criminal proceedings]. *Dokazyvanie i prinyatie resheniy v sovremennom ugovnom sudoproizvodstve: materialy mezhdunarodnoy nauchno-prakticheskoy konferentsii, posvyashchennoy pamyati d-ra yurid. nauk, prof. Poliny Abramovny Lupinskoy: sbornik nauchnykh trudov* [Evidence and decision-making in modern criminal procedure: Procs of the International scientific and practical conference dedicated to the memory of Prof. Polina Abramovna Lupinskaya : collection of papers]. Moscow: Elit Publ., 2011.
5. *Dokazyvanie v ugovnom protsesse: uchebnik dlya bakalavriata i magistratury* [Establishment of evidence in criminal procedure: A textbook for undergraduate and graduate studies]. V.A. Lazareva. 5th ed., rev. and suppl. Moscow: Yurayt Publ., 2014.
6. *Doktrinalnaya model ugovno-protsessualnogo dokazatelstvennogo prava RF i kommentariy k ney* [Doctrinal model of criminal procedural evidentiary law of the Russian Federation and commentary to it]. A.S. Aleksandrov [et al.]. Moscow, 2015.
7. Zigura N.A., Kudryavtseva A.V. *Kompyuternaya informatsiya kak vid dokazatelstva v ugovnom protsesse Rossii: monografiya* [Computer information as a kind of evidence in the criminal process of Russia: monograph]. Moscow, 2011.
8. *Kurs ugovnogo protsessa* [The course of criminal trial]. Edited by Professor L.V. Golovko. Moscow: Statut Publ., 2016.
9. Marfitsin P.G. *Nekotorye podkhody k formulirovaniyu ponyatiya «elektronnoe dokazatelstvo» v ugovnom sudoproizvodstve* [Some approaches to the formulation of the concept of «electronic evidence» in criminal proceedings]. *Vestnik Nizhegorodskoy akademii MVD Rossii* [Bulletin of the Nizhny Novgorod Academy of the Ministry of the Interior of Russia]. 2017. No. 3 (39).
10. Okanenko R.I. *«Elektronnye dokazatelstva» i problemy obespecheniya prav grazhdan na zashchitu tayny lichnoy zhizni v ugovnom protsesse: sravnitelnyy analiz zakonodatelstva Soedinennykh Shtatov Ameriki i Rossiyskoy Federatsii : dis. ... kand. yurid. nauk.* [«Electronic evidence» and the problems of ensuring the rights of citizens

to protect privacy in criminal proceedings: comparative analysis of the legislation of the United States of America and the Russian Federation : PhD Thesis]. Moscow, 2016.

11. Orlov Yu.K. *Problemy teorii dokazatelstv v ugovnom protsesse* [Problems of the theory of evidence in criminal proceedings]. Moscow: Yurist Publ., 2009.
12. *Osnovy teorii elektronnykh dokazatelstv: monografiya* [Fundamentals of the theory of electronic evidence : monograph]. Edited by S.V. Zuev, Doctor of Law. Moscow: Yurlitinform Publ., 2019.
13. Pastukhov P.S. *O razvitii ugovno-protsessualnogo dokazyvaniya s ispolzovaniem elektronnykh dokazatelstv* [On the development of criminal procedural evidence using electronic evidence]. Legal reference system «Konsultant Plus:» [Electronic resource].
14. Rybin A.V. *Elektronnyy dokument kak veshchestvennoe dokazatelstvo po delam o prestupleniyakh v sfere kompyuternoy informatsii (protsessualnye i kriminalisticheskie aspekty)* [Electronic document as material evidence in cases of crimes in the field of computer information (procedural and forensic aspects)]. St. Petersburg, 2005.
15. Stelmakh V.Yu. *Elektronnaya informatsiya v dokazyvanii po ugovnym delam: sposoby polucheniya i mesto v sisteme dokazatelstv* [Electronic information in evidence in criminal cases: methods of obtaining and place in the system of evidence]. *Biblioteka kriminalista* [Criminalist's Library Scientific Journal]. 2018. No. 3.
16. *Teoriya dokazatelstv v sovetskom ugovnom protsesse* [Evidence theory in the Soviet criminal trial]. Edited by N.V. Zhogin. 2nd ed. rev. and suppl. Moscow: Legal Literature Publ., 1973.
17. *Ugovno-protsessualnoe pravo Rossiyskoy Federatsii: uchebnik* [Criminal procedure law of the Russian Federation: a textbook]. 3rd ed., rev. and suppl. Edited by I.L. Petrukhin, I.B. Mikhailovskaya. Moscow: Prospect Publ., 2010.