Пастухов Павел Сысоевич. Модернизация уголовно-процессуального доказывания в условиях информационного общества : диссертация ... доктора юридических наук: 12.00.09 / Пастухов Павел Сысоевич;[Место защиты: Московская академия экономики и права].- Москва, 2015.- 454 с.

**Содержание к диссертации**

Введение

**Глава 1. Теоретико-методологические предпосылки для ревизии современной доктрины уголовно-процессуального доказывания 30**

1.1. Парадигмы уголовно-процессуального доказывания 30

1.2. Концепция истины как ядро парадигмы уголовно процессуального доказывания 61

1.3. Форма уголовно-процессуального доказывания и формирование доказательства 90

**Глава 2. Информационно-технологические предпосылки для реформы современной модели уголовно-процессуального доказывания 128**

2.1. «Электронные доказательства» в нормативной системе уголовно-процессуальных доказательств 128

2.2. Собирание, фиксация и использование электронной информации, имеющей доказательственное значение, в досудебных стадиях уголовного процесса 200

2.3. Представление, исследование, оценка - верификация «электронных доказательств» в ходе судебного разбирательства по уголовному делу 248

**Глава 3. Теоретическая модель совершенствования процедур уголовно-процессуального доказывания в условиях информационного общества 283**

3.1. Теоретико-доктринальный аспект проблемы нормативного определения «электронного доказательства» как средства уголовно-процессуального доказывания 283

3.2. Реформирование правового статуса субъектов уголовно-процессуального доказывания 322

3.3. Концепция модернизации правовой модели уголовно-процессуального доказывания в условиях информационного общества 356

Заключение 3 86

Список литературы

**Введение к работе**

**Актуальность темы исследования.** Россия находится в общемировом фарватере перехода от индустриального общества к обществу информационному, который характеризуется проникновением телекоммуникационных технологий во все сферы общественной жизнедеятельности, в том числе, в сферу уголовного судопроизводства. В области уголовного процесса указанный переход имеет несколько направлений: методологическое, юридико-техническое, правоприменительное.

Главная проблема методологического свойства состоит в том, что некоторые аспекты внедрения информационных и телекоммуникационных технологий в сферу уголовного судопроизводства порождают ложные ожидания относительно возможности создания нового вида доказательства (источника доказательства) - «электронного доказательства» или частичной и даже полной дегуманизации уголовно-процессуального доказывания. Возникают и другие теоре-тико-доктринальные вопросы: о создании нового типа уголовного процесса, новой технологии уголовно-процессуального доказывания, новой теории уголовно-процессуальных доказательств, которые также требуют своевременных ответов.

Не менее актуальны для уголовно-процессуальной науки вопросы, касающиеся юридической и законодательной техники, так как последние значительно отстают от перемен, происходящих в объекте уголовно-процессуального правового регулирования под влиянием информационных и телекоммуникационных технологий. К примеру, в тексте Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации1 появился специальный термин - «электронный носитель информации» (ч. 4 ст. 81, п. 5 ч. 2, ч. 2.1 ст. 82 УПК РФ). Количественные изменения в терминологии неизбежно приведут к качественным переменам

1 Далее -УПКРФ.

уголовно-процессуального доказательственного права на уровне понятийного аппарата. Это качественное перерождение имеет вид диалектического возврата на новом витке общественного развития к классической информационно-коммуникативной модели - состязательной. В связи с этим возникает настоятельная необходимость очищения теории уголовно-процессуальных доказательств от следственной идеологии, адаптации понятийного, терминологического аппарата уголовно-процессуального права к изменяющейся реальности.

К настоящему времени накоплен значительный эмпирический материал раскрытия и расследования преступлений, совершаемых с использованием новых информационных технологий, разработаны методические рекомендации по тактике подготовки и производства отдельных следственных действий, связанных с обнаружением, фиксацией, изъятием и исследованием электронной информации и средств ее обработки. Между тем теоретического обобщения, тем более на новой концептуальной основе, еще никем не производилось. Произошедшие изменения в современном информационном обществе настоятельно требуют объединения криминалистического знания с классической моделью судебных доказательств, что в конечном итоге должно привести к созданию уголовно-процессуальных норм, регламентирующих копирование, изъятие, сохранение, обработку, передачу и представление в суде электронной информации, имеющей доказательственное значение.

Пока же существующие нормативные уголовно-процессуальные понятия и стандарты не в полной мере учитывают особенности, имеющиеся в использовании электронной информации для установления обстоятельств преступлений в сфере высоких технологий. Несоответствие между масштабным распространением технических устройств, электронной информации, используемых в криминальной деятельности, и уровнем правового регулирования доказывания настоятельно требует совершенствования научных разработок в этой части. Изменения в уголовно-процессуальном праве должны быть синхронизированы с созданием «электронного правительства», «электронного правосудия», заменой письменного документооборота на бездокументарный обмен информацией

между различными государственными и, в первую очередь, правоохранительными органами в ходе производства по уголовному делу. В обозримой перспективе возможна замена существующих ныне источников доказательств в виде протоколов, иных письменных документов на электронные носители информации. Это не может не сказаться на организации досудебного порядка сбора и передачи доказательственной информации. В теории уголовно-процессуальных доказательств уже сейчас необходимо осмысливать эту перспективу. В связи с этим нельзя не признать инерционность, консервативность существующей доктрины уголовно-процессуальных доказательств.

Актуализирует научные разработки по данной теме нарастающая угроза в виде киберпреступности. Она стала основным негативным последствием развития информационных и телекоммуникационных технологий. Из-за нее обострился вопрос обеспечения информационной безопасности как одной из важнейших составляющих национальной безопасности любого государства. Правовые и организационные основы системы обеспечения информационной безопасности Российской Федерации указывают на необходимость предупреждения, выявления и пресечения правонарушений, связанных с посягательствами на законные интересы граждан, общества и государства в информационной сфере, на интенсификацию борьбы с преступлениями в этой области .

В последние годы наметилась тенденция смещения внешних криминальных угроз в информационное пространство. Идеологические противники стали использовать «непрямые действия» через сеть Интернет для дестабилизации обстановки в России. Радикальные экстремистские, террористические организации также используют в своей преступной деятельности информационные технологии. Интернет-пространство становится потенциальной ареной совершения тяжких преступлений против основ конституционного строя России, ее жизненно важных интересов.

См.: Доктрина информационной безопасности Российской Федерации. Утв. Президентом РФ 09.09.2000 № Пр-1895) //Российская газета. 2000. 28 сент. № 187.

В условиях глобализации экономики киберпреступность приобретает транснациональный характер и превратилась в серьезную угрозу для экономической, национальной безопасности не только отдельных государств, но и всего мирового сообщества. С использованием информационных и телекоммуникационных технологий совершается все большее число «компьютерных преступлений», предусмотренных главой 28 Уголовного кодекса Российской Федера-ции , равно как и традиционных корыстных преступлений (кража, мошенничество и т.д.).

Киберпреступность представляет комплексную угрозу безопасности российского государства и общества. Она бросает вызов эффективности традиционной правовой системе, включая уголовно-процессуальную. Это требует новой стратегии по противодействию киберпреступности на самом высоком технологическом уровне и в современном правом формате, который будет, с одной стороны, удобным для правоохранительных органов, а с другой - сохранит ценности правового государства. Существует настоятельная потребность в научной разработке новых уголовно-процессуальных средств в составе уголовной политики противодействия киберпреступности во всех ее проявлениях: экстремизме, наркопреступности, организованной экономической преступности и др.

Между тем использование участниками уголовно-процессуальной деятельности информационных и телекоммуникационных технологий сопровождается значительными трудностями по собиранию, изъятию, копированию, передаче, проверке вещественных доказательств, иных документов, содержащих электронную информацию. Актуальными проблемами являются повышение специальной компетентности сотрудников правоохранительных органов и их техническая оснащенность, уровень взаимодействия различных подразделений органов предварительного расследования, экспертных учреждений при доказывании с использованием электронной информации.

3Далее-УКРФ.

Таким образом, комплекс проблем, порождаемых проникновением информационных и телекоммуникационных технологий в уголовно-процессуальное доказывание, демонстрирует возрастающую актуальность и требует всесторонней научной разработки. Это определило выбор темы настоящего диссертационного исследования.

**Степень разработанности темы исследования** устанавливается соответствием уровня развития теории уголовно-процессуальных доказательств и криминалистического учения о раскрытии и расследовании компьютерных преступлений, использования электронной информации в доказывании, а также степенью их взаимодействия в условиях информационного общества.

Фундаментальные вопросы теории уголовно-процессуальных доказательств, относящиеся к теме диссертации, исследовались в трудах А.В. Агути-на, В.А. Азарова, О.И. Андреевой, В.Д. Арсеньева, A.M. Баранова, B.C. Балак-шина, А.Р. Белкина, В.П. Божьева, Ю.П. Боруленкова, Б.Б. Булатова, В.М. Быкова, Л.А. Воскобитовой, Б.Я. Гаврилова, О.В. Гладышевой, Л.В. Головко, В.Н. Григорьева, А.В. Гриненко, Н.А. Громова, А.П. Гуляева, А.А. Дав-летова, СМ. Даровских, Ю.В. Деришева, Е.А. Доли, В.Я. Дорохова, В.В. До-рошкова, Г.И. Загорского, В.И. Зажицкого, О.А. Зайцева, 3.3. Зинатуллина, Н.М. Кипниса, Л.Д. Кокорева, Ю.В. Кореневского, Р.В. Костенко, Н.П. Кузнецова, В.А. Лазаревой, A.M. Ларина, П.А. Лупинской, В.Н. Махова, И.Б. Михайловской, Н.Г. Муратовой, И.А. Насоновой, В.В. Николюка, В.А. Новицкого, Ю.К. Орлова, Г.А. Печникова, В.А Семенцова, М.С Строговича, А.А. Тарасова, Ф.Н. Фаткулина, О.В. Химичевой, С.А. Шейфера, СП. Щербы и других ученых. Однако надо учитывать то, что теория доказательств и доказывания в российском уголовном процессе по-прежнему находится в переходном состоянии от советской следственной идеологии. Это создает когнитивный диссонанс при попытке осмыслить явления, возникающие в сфере уголовного судопроизводства в связи с проникновением в него новых информационных технологий. Поэтому диссертационное исследование в значительной мере строилось в виде альтернативы действующей парадигме уголовно-

процессуального доказывания.

К работам, оказавшим наибольшее влияние на формирование авторской позиции в части новой доктринальной модели, являются исследования представителей нижегородской школы процессуалистов: А.С. Александрова, Р.А. Бо-станова, Н.Н. Ковтуна, А.А. Кухты, М.П. Полякова, В.В. Терехина, М.В. Лапат-никова, С.А. Фролова и др. Научные труды указанных ученых во многом сформировали подход автора к разрешению стоявших перед ним вопросов теоретико-методологического и идеологического свойства.

Вторым по значимости информационным ресурсом по теме диссертационного исследования стали разработки ученых-криминалистов по вопросам использования электронной информации в целях уголовного судопроизводства, которые велись ими на протяжении многих лет в рамках общей научной специальности: 12.00.09. Вопросы, касающиеся процесса доказывания в свете криминалистического учения о компьютерной информации, ее основных элементах, средствах ее обработки, стали предметом исследования в работах Т.И. Абдура-гимовой, Б.В. Андреева, Т.А. Боголюбовой, А.А. Васильева, В.Б. Вехова, Ю.В. Гаврилина, B.C. Зубахи, А. С. Егорышева, Н.А. Иванова, Д.Б. Игнатьева, Д.А. Илюшина, А.В. Касаткина, В.В. Крылова, А.П. Коврижных, П.В. Костина, Т.Э. Кукарниковой, В.Д. Курушина, СП. Кушниренко, В.А. Мещерякова, В.А. Милашева, В.В. Милинчука, В.А. Минаева, А.Б. Нехорошева, И.И. Никитина, А.Н. Нешко, А.В. Остроушко, П.Н. Пак, Е.П. Панфиловой, Н.С. Полевого, В. В. Поповой, В.Ю. Рогозина, Е.Р. Российской, Г.В. Саенко, Н.А. Селиванова, А.И. Семикаленовой, Г.В. Семенова, П.Б. Смагоринского, Л.Н. Соловьева, А.В. Ткачева, А.Д. Тлиш, О.В. Тушкановой, А.И. Усова, В.П. Хорст, Н.Г. Шу-рухнова, М.Н. Шухнина, А.В. Шопина, В.Н. Федорова, И.Ю. Юрина, А.Н. Яковлева и других ученых.

Криминалистической проблематике раскрытия и расследования компьютерных преступлений, применения информационных и телекоммуникационных технологий в уголовном судопроизводстве посвящен целый ряд диссертационных исследований, среди которых можно назвать диссертации Л.И. Булановой

(1998), Н.Н. Шведовой (1999), А.В. Гортинского (2000), Д.Б. Игнатьева (2000), А.Д. Тлиша(2002), СБ. Шашкина (2003), Н.П. Царевой (2003), Т.Э. Кукарнико-вой (2003), А.В. Рыбина (2005), СИ. Кандаурова (2007), А.С. Клементьева (2007), П.В. Костина (2007), В.Б. Вехова (2008), Д.В. Муленкова (2008), М.А. Бабаковой (2009), А.В. Нарижного (2009), Н.А. Зигуры (2010), КС. Евсико-ва (2011), Д.С Будаковского (2011), А.А. Мещеряковой (2011) и др.

Существующая нормативная модель доказывания испытывает давление со стороны предложений криминалистов по внедрению в него информационных технологий. Однако большинство научных исследований о расследовании «компьютерных преступлений» носят прикладной характер, сосредоточено на методике их расследования, тактике производства следственных действий, связанных с использованием электронной информации, и посвящено преимущественно досудебным стадиям процесса. Исследования криминалистов при всей их практической и теоретической значимости по анализируемой проблематике не решают доктринальных проблем теории судебных доказательств и уголовно-процессуального доказательственного права. Несмотря на то, что криминалистикой накоплен объем знаний по теме исследования, они нуждаются в теоретическом осмыслении и превращении в конкретные уголовно-процессуальные правила, присущие состязательной идеологии.

**Целью диссертационного исследования** является модернизация учения об уголовно-процессуальных доказательствах в контексте информационного общества и создание теоретической модели уголовно-процессуального доказывания для нового УПК РФ, отвечающего потребностям информационного общества в эффективном противодействии преступности, включая преступность в сфере высоких технологий.

Для достижения поставленной цели были сформулированы следующие **задачи:**

изучить судебно-следственную практику использования электронной информации для нужд уголовно-процессуального доказывания;

выявить принципиальные различия между досудебным доказыванием-поиском, допускающим возможность самой высокой степени компьютериза-

ции, и классическим доказыванием-убеждением, имеющим место во время судебного спора;

провести сравнительно-правовое исследование новейших уголовно-процессуальных законов об уголовно-процессуальном доказывании, принятых в правовых системах других государств;

определить новые стандарты доказанности фактов по уголовному делу с учетом последствий внедрения информационных технологий в деятельность по раскрытию и расследованию преступлений;

обосновать необходимость постепенного перехода от протоколирования как основного средства фиксации доказательств к использованию технических средств: аудио-, видеозаписи и других электронных носителей информации;

определить конструктивное значение состязательности для теории доказательств и доказательственного права в условиях перехода к «электронному правительству», обеспечивающему деятельность по противодействию преступности, и «электронному правосудию»;

выдвинуть и доказать гипотезу, что досудебное уголовное производство есть по сути оказание услуг правительством и эта услуга может быть реализована с применением информационных и телекоммуникационных технологий;

подвести информационно-технологическое обоснование под реформу предварительного расследования в виде концепции «свободного» досудебного доказывания, его деформализации (депротоколизации) и переводу в бездокументарную форму;

пересмотреть понятие и систему уголовно-процессуальных доказательств, их источников в контексте электронной информации;

выявить закономерности использования в доказывании фактических материалов с электронной информацией;

разрешить теоретические проблемы производства гласных и негласных следственных действий по получению электронной информации, имеющей доказательственное значение, органами обвинительной власти в ходе досудебного уголовного производства;

определить пути совершенствования способов передачи фактических материалов с электронной информацией субъектами доказывания и представление электронных доказательств в стадии судебного разбирательства по уголовному делу;

установить пределы технологизации судебного доказывания и сформулировать правовые ограничения, необходимые для сохранения гуманистической природы уголовного правосудия.

**Объектом исследования** являются правовые отношения, возникающие между участниками доказывания в современном уголовном судопроизводстве в условиях информационного общества.

**Предмет исследования** составляют нормы уголовно-процессуального доказательственного права Российской Федерации и других государств; материалы судебно-следственной практики, а также теоретические разработки, имеющиеся в отечественной уголовно-процессуальной науке по рассматриваемой теме.

**Методологическую базу исследования** составил общенаучный метод материалистической диалектики. В работе были использованы общенаучные приёмы познания: анализ, синтез, сравнение, индукция, дедукция и др., а также специальные методы исследования: историко-правовой, сравнительно-правовой, формально-юридический, социологический, системно-структурный, статистический и др. Комплексное использование вышеуказанных методов и приёмов позволило обеспечить максимальную полноту, объективность и последовательность сделанных выводов.

**Нормативной и информационной базой исследования** послужили общепризнанные международно-правовые акты, Конституция Российской Федерации, федеральные законы, материалы судебной практики Конституционного Суда РФ, Верховного Суда Российской Федерации, а также нормативные акты Генеральной прокуратуры Российской Федерации, Министерства внутренних дел Российской Федерации, Следственного комитета Российской Федерации, других правоохранительных органов.

Теоретическую **базу** исследования сформировали работы отечественных и зарубежных ученых в области уголовно-процессуального права по теме диссертации. Кроме того, в ходе исследования использовались наработки, относящиеся к теме диссертации, которые были получены в криминалистике, науке уголовного права и других отраслях юридической науки, а также в теории оперативно-розыскной деятельности и ряде гуманитарных наук.

**Эмпирическую основу работы** составили материалы 322 уголовных дел, в производстве по которым использовалась электронная информация. В ходе исследования были проанкетированы 386 следователей и дознавателей, а также 118 судей федеральных судов. Изучение правоприменительной практики происходило в правоохранительных органах Московской, Нижегородской, Свердловской, Тюменской и Челябинской областей, Башкортостана, Удмуртской Республики, Пермского края, г. Москвы в 2007-2015 годах.

**Научная новизна диссертационного исследования** состоит в том, что оно является первым в отечественной уголовно-процессуальной науке исследованием, в котором осуществлена модернизация учения об уголовно-процессуальных доказательствах в контексте информационного общества и разработана теоретическая модель уголовно-процессуального доказывания для нового УПК РФ, отвечающего потребностям информационного общества в эффективном противодействии преступности, включая преступность в сфере высоких технологий.

Основное отличие авторской позиции от предшествующих исследований состоит в том, что в диссертации обосновывается переход к новой модели уголовно-процессуального доказательственного права в условиях информационного общества. В отличие от имеющихся криминалистических исследований теоретического характера, а также работ по уголовно-процессуальному праву, где затрагивались отдельные вопросы анализируемой проблематики, в настоящей диссертации впервые предпринята попытка соединения классической теории судебных доказательств состязательного уголовного судопроизводства с уже имеющимися результатами научного осмысления последствий внедрения ин-

формационных и телекоммуникационных технологий в сферу уголовного судопроизводства. В результате проведенного комплексного исследования всего спектра актуальных вопросов перехода на новую информационно-коммуникационную модель доказывания сделаны конкретные выводы на док-тринальном уровне, предложены и обоснованы институциональные изменения в доказательственном уголовно-процессуальном праве, которые призваны адаптировать уголовно-процессуальное доказательственное право к потребностям противодействия преступности в информационном обществе. Кроме того, в диссертации показана несостоятельность сугубо технократических попыток модернизировать следственную модель доказательственного права.

Автором названа подлинная - гуманитарная, а не техническая цена «компьютеризации» уголовно-процессуального доказывания, что возвращает подлинным ценностям правосудия, правам человека и достоинству личности их настоящее значение. Теоретически обоснован переход к состязательной уголовно-процессуальной парадигме на новом витке научно-технического прогресса, в условиях информационного общества. Диссертантом очищены от следственной оболочки и «заново взвешены» ключевые понятия классического доказательственного права: доказательство, свойства доказательства, субъекты доказывания и т.д. и т.п. Переосмыслены и переформулированы в свете понятия электронной информации основные виды доказательств, закрепленные в УПК РФ: вещественные доказательства, иные документы, протоколы следственных действий. В целом решена проблема объединения криминалистического учения в части, относящейся к теме диссертационного исследования, с теорией состязательного уголовного судопроизводства.

Научная новизна результатов диссертационного исследования нашла свое отражение в **основных положениях, выносимых на защиту:**

**I.** **Положения теоретико-методологического характера**

1. Правосудие основано на оценке доказательств судьей по своему внутреннему убеждению и принятию решению по совести и справедливости; оно останется таковым, несмотря на все изменения в способах общения, средствах

передачи информации, порождаемых научно-техническим прогрессом. Машина никогда не заменит судью, который уполномочен на установление фактов по делу, являющихся результатом его внутреннего убеждения. Проникновение в сферу уголовного судопроизводства информационных и телекоммуникационных технологий не изменяет основ теории судебных доказательств, имеющих своим содержанием электронную информацию, но вытесняет следственный способ формирования доказательств.

1. В условиях информационного общества познание/доказывание истины по уголовному делу остается субъектным и субъективным. В любом уголовном процессе, который будет максимально насыщен информационными и телекоммуникационными технологиями, по делу может быть установлена только вероятная истина. Стандартом ее останется отсутствие у судьи (присяжного заседателя) разумных сомнений в фактической правильности и юридическом обосновании принимаемого решения о виновности подсудимого.
2. Внедрение в доказывание информационных и телекоммуникационных технологий, использование электронной информации, компьютерной техники повышают точность и объективность знаний, но не изменяет природы судебной истины и не дают новых аргументов в пользу концепции объективной истины. Поскольку истина устанавливается человеком - судьей, постольку она остается вероятной. Компьютер, программа - это не субъекты доказывания, которые изменяют стандарты истинности процессуальных решений, а только технические средства, облегчающие деятельность по доказыванию.

4. В условиях распространения технологических способов собирания,  
накопления, обработки, предоставления, проверки, исследования, оценки дока  
зательственной информации необходимо сохранить гуманистическую основу  
доказывания-познания особенно в том, что касается оценки и проверки доказа  
тельств. Интеллектуально-волевой аспект доказывания относится к исключи  
тельным полномочиям судьи. Судебного доказательства не может быть без че  
ловека; информация, которую не воспринимает и не понимает человек-судья,  
это не доказательство. Нет доказательства без участия судьи; то, что не убежда-

ет судью, то не доказательство. Убедительность есть одно из свойств судебного уголовно-процессуального доказательства. Доказательства, содержащие электронную информацию, есть те же средства убеждения, основания риторической аргументации.

5. В связи с использованием компьютера в операциях с электронной ин  
формацией, появлением новых средств коммуникации и т.п. надо ставить во  
прос не о создании принципиально новой информационно-коммуникативной  
парадигмы доказательственного уголовно-процессуального права, а о возвра  
щении к классическому состязательному уголовному судопроизводству на но  
вом уровне диалектического развития социума. Информационное общество -  
это открытое, гражданское общество, основанное на свободном доступе к ин  
формации, свободе мнений, праве прямого голоса, открытости, толерантности,  
конкурентности мнений и оценок. Это все коррелирует состязательности пра  
восудия. Принципы состязательного правосудия и судебного доказывания (от  
крытость, непосредственность, устность, равенство сторон, оценка судьей (при  
сяжным заседателем) по внутреннему убеждению и др.) позволяют сочетать  
достижения информационных технологий при установлении истины с гумани  
стической сущностью судопроизводства.

6. Сравнительно-правовое исследование различных правовых систем  
убеждает в том, что у России не может быть самобытного пути развития уго  
ловно-процессуального законодательства. В области теории судебных доказа  
тельств и доказательственного права следует не изобретать «новое доказатель  
ственное право», а идти по пути евроинтеграции, принять международно-  
правовые и европейские стандарты использования «электронных доказа  
тельств», что обеспечит наилучшие условия для противодействия трансгранич  
ной киберпреступности и защиты своих национальных интересов.

7. Быстрота обработки, передачи, доступность, точность электронной ин  
формации не создают качественно нового свойства у доказательства, имеющего  
своим содержанием электронную информацию. В доктринальном плане элек  
тронная информация ничего нового в классическую систему судебных доказ а-

тельств не вносит, ибо в основе этой системы лежит постулат об оценке судьей любых сведений по своему внутреннему убеждению, в каком бы виде и каким бы способом они ему ни представлялись. Электронная информация вполне способна восприниматься в одном из традиционных доказательств: вещественном доказательстве, заключении эксперта (специалиста), документе (протоколе). Не следует вводить нового вида «электронного доказательства» или нового источника «электронного носителя информации». Определяя понятие «доказательство», надо лишь уточнить, что сведения могут быть в виде электронной информации. В новом УПК РФ следует вообще отказаться от исчерпывающего перечня источников доказательств и общих дефиниций доказательства и доказывания. Главное, что связано с появлением электронной информации в доказывании, состоит в новом обосновании необходимости перехода от следственной (закрытой) модели доказательств и доказывания к состязательной - открытой информационной модели. В этой связи принципиально важно уравнивание сторон на получение исходного фактического материала в качестве доказательств в ходе досудебного производства.

8. Предлагается допустить во время досудебного уголовного производства собирание обеими сторонами фактических материалов путем производства гласных и негласных следственных действий, иных действий и мероприятий, которые прямо не входят в противоречие с законом. При этом правоохранительные органы сохраняют за собой исключительное право проводить следственные действия, сопряженные с ограничением конституционных прав и свобод человека и гражданина. Сторона защиты должна быть наделена правом проводить только гласные следственные действия и участвовать в производстве гласных следственных действий органа уголовного преследования. В частности, обвиняемый должен быть наделен правом самостоятельно или (и) с помощью защитника и за свой счет собирать фактические материалы для представления суду в качестве доказательств. Их следует одинаково оценивать с материалами, собранными стороной обвинения. Под фактическими материалами надо понимать все, что может служить источником или средством передачи до-

казательственной информации и гарантировать ее аутентичность и возможность верификации в судебном заседании. Если фактические материалы составляют материалы полицейского расследования, проводимого под руководством прокурора, которые содержат результаты гласных и негласных следственных действий, то это будет уголовное дело обвинения, если это результаты адвокатского расследования, это будет дело защиты.

9. Проверяемость (верифицируемость) является основополагающим свой  
ством доказательства, содержащего электронную информацию. В отношении  
информации, составляющей содержание электронных доказательств, всегда  
должна существовать возможность ее идентификации и аутентификации, то  
есть проверки целостности и неизменности информации на электронном носи  
теле. Каждая сторона обязана предоставить суду информацию о происхожде  
нии своих доказательств, если в этом возникает необходимость. Новые инфор  
мационно-технологические возможности по верификации доказательства, со  
держащие электронную информацию, позволяют сделать вывод о том, что ин  
формационное содержимое «переросло» следственную - письменную форму и  
отрицает ее. Монополия протокола следственного действия должна быть раз  
рушена, этот источник доказательства должен быть признан альтернативным  
способом фиксации хода и результатов следственного действия (гласного или  
негласного).

10. Следует предусмотреть свободу выбора способов фиксации хода и ре  
зультатов действия по получению доказательственной информации, оставив в  
качестве одного из таковых письменный протокол. Как гласные следственные  
действия, так и любые иные действия, направленные на получение доказа  
тельств по делу, позволяют получить субъекту доказывания фактический мате  
риал, в том числе путем составления протокола в письменном виде. Письмен  
ные протоколы наряду с видео-, аудиозаписью на электронных носителях, до  
пускаются в качестве доказательств, если они способны подтверждать факты по  
делу.

1. Не должно быть принципиальной разницы между следственным протоколом и любым иным документом, составляемым должностным лицом органа правоохранительного органа в связи с производством по уголовному делу, если он предназначен для фиксации доказательственной информации. Это все фактические материалы досудебного уголовного (полицейского) расследования, которые могут быть представлены суду на переносных электронных носителях информации или через телекоммуникационные каналы связи. В письменном, распечатанном виде должны быть предоставлены только основные итоговые процессуальные документы, прежде всего связанные с передачей дела в суд.
2. На переходный период предлагается установить альтернативный режим фиксации хода и результатов гласного или негласного следственного действия по получению доказательственной информации: сохранить письменный способ, но наряду с ним допустить фиксацию исключительно техническими средствами. Фактические данные, полученные таким путем, можно сохранять в бездокументарном виде и распечатывать только в случае необходимости (по требованию (1) со стороны процессуального противника, когда иным путем невозможно или затруднительно обеспечить его права на надлежащее выполнение своей процессуальной функции, или (2) суда, если это важно для отправления функции правосудия).
3. Протокол следственного действия (гласного или негласного) не может иметь самостоятельного доказательственного значения, потому что это производный источник (документарный) по отношению к той информации, которая лично воспринята лицом, производящим следственное действие, - следователем или адвокатом-защитником или другим субъектом досудебного уголовного производства. Показания лица, составившего протокол или сделавшего аудиозапись, должны считаться первичным доказательством, а протокол и иные фактические материалы, зафиксированные лицом по результатам личного восприятия «следов преступления» в ходе следственного действия, есть производный источник. Следователь как и любой иной субъект досудебного уголов-

ного производства, проводивший сбор доказательств, сообщает суду сведения о следах преступления в устной форме, путем дачи показаний и подкрепляет их демонстрацией видеозаписи действий и обнаруженных следов преступления, записанных на электронном носителе информации, или письменным протоколом, равно как и другими допустимыми фактическими материалами. В совокупности с показаниями участников действия, видеозапись образует единый комплексный доказательственный факт. Что же касается личных доказательств, то они по общему правилу должны формироваться только в ходе судебных допросов сторонами лица, осведомленного о фактах; видео- или аудиозапись показаний как производное доказательство может воспроизводиться в суде только в специально предусмотренных законом случаях.

1. Институт документирования должен быть реформирован с учетом понятия электронного документа. Документированию в письменном виде как несовершенному способу фиксации доказательственной информации предлагается альтернатива в виде электронного документа - видео- или аудиозаписи в цифровом формате, передаваемой суду через телекоммуникационные сети в виде файла или на переносном электронном носителе информации.
2. Предложено нормативно уравнять с протоколами следственных действий иные документы, составляемые субъектами досудебного производства в связи с фиксацией хода и результатов проведенных ими следственных действий, имеющих доказательственное значение. Под понятие документа (электронного) могут быть подведены любые документы, содержащие доказательственную информацию: протоколы следственных действий (гласных и негласных), заключение эксперта (специалиста), иные документы, получаемые участниками уголовного производства, заинтересованными в исходе дела. Обе стороны вправе фиксировать полученные ими сведения об обстоятельствах дела для защиты ими своих позиций и правильного разрешения уголовного дела судом любым способом, который позволит подтвердить аутентичность представляемой ими суду информации и верифицировать ее. Любой способ документи-

рования допустим, если он обеспечивает надежность сохранения и передачи доказательственной информации.

11. «Электронные вещественные доказательства» - это материальные носители электронной информации о доказываемых фактах, явлениях, процессах в информационной среде Интернет, телекоммуникационных каналах связи, а также электронные документы или объекты, которые объективно, то есть по своему происхождению, месту и времени обнаружения, свойствам, признакам, имеющихся в них информационных и материальных следах, связаны с событием, ставшим предметом уголовного расследования, и соответственно способные служить средствами к обнаружению преступления, установлению преступника или оправданию невиновного, опровержению либо подтверждению обвинения. Вещественными доказательствами могут быть признаны полученные в результате совершения преступления деньги, ценности, иное имущество и документы, подтверждающие право на него, существующие в электронном виде: ценные бумаги в бездокументарной форме, электронные деньги и т.п.

1. Электронными вещественными доказательствами могут выступать не только материальные носители электронной информации, но сама электронная информация, ставшая результатом преступного действия, сгенерированная в информационной среде как след преступления, то есть информация, образовавшаяся в ходе и результате совершения преступления, а не в связи с коммуникацией в ходе уголовного производства между участниками процессами. В отличие от обычного вещественного доказательства электронное вещественное доказательство - беспредметно, нематериально, ибо это информационный объект, несущий компьютерно-технический след, оставленный преступлением в информационной среде.
2. В определении природы электронного доказательства посредническая роль компьютера и операций по кодированию и раскодированию информации, равно как и посредничество эксперта, специалиста со специальным оборудованием при прочтении информации, имеющейся на объекте, существенного значения не имеет.

11.3. Вещественные электронные доказательствами образуются объективно событием преступления, выступают как следы преступления, а не создаются специально для передачи информации о фактах. Электронное вещественное доказательство - это первоначальное доказательство, а любой документ в принципе является производным личным доказательством. Поэтому вещественные электронные доказательства отличаются от электронных документов своей незаменимостью и уникальностью: изменения, произошедшие с ним, связаны с преступлением и не могут быть воспроизведены заново.

1. Противоречия в понимании состояний «доказательства» на различных этапах его формирования, «уровней доказывания», дифференциации досудебных и судебных доказательств снимаются через понятия «фактические материалы» и «судебные доказательства». Фактические материалы - это совокупность носителей информации, включая электронные носители информации, которые представляются суду и служат источником для судебных доказательств. Ход и результаты досудебного уголовного производства составляют фактические материалы, то есть совокупность материальных носителей электронной и иной информации, с которых она может быть передана (представлена) суду и верифицирована, или же содержит указание на объект, процесс, среду, откуда участники судебного процесса могут ее непосредственно извлечь, получить и воспринять. Судебное доказательство образуется из сведений, содержащихся в фактических материалах путем производства судебных следственных действий. Доказательство может быть судебным и больше никаким, поскольку в его образовании всегда должен участвовать судья. Досудебная деятельность сторон по собиранию фактического материала не входит в состав судебного доказывания, если в ней не участвует следственный судья.
2. Институт допустимости в свете доказательств, содержащих электронную информацию, должен быть пересмотрен путем отказа от ее следственных гарантий в пользу технических гарантий верифицируемости и полезности доказательства: полезность электронной информации «сильнее» допустимости. Если информация позволяет установить истину по делу и судья удостоверяется в

том, что не были допущены прямо установленные в законе запреты при ее получении, а допущенные нарушения могут быть исправлены в ходе справедливого судебного разбирательства, то он допускает ее в качестве доказательства юридически значимых фактов по делу. Допустимость электронных носителей информации, электронной информации определяется возможностями субъекта, представляющего ее в качестве доказательства, подтвердить суду ее аутентичность путем представления сведений о цепи законных владений.

1. Информационно-коммуникативная модель состязательного правосудия - это максимальная свобода сторон в получении фактических материалов при соблюдении базовых стандартов справедливого судебного разбирательства. Современные информационные, телекоммуникационные технологии содействуют двоякого рода дедифференциации и деформализации досудебного доказывания. Во-первых, они ведут к снятию различий между оперативно-розыскной деятельностью и предварительным расследованием. Во-вторых, они выравнивают по юридической силе результаты официального уголовного расследования и результаты адвокатского расследования в виде фактических материалов стороны. Прокурорско-полицейское расследование, а также адвокатское производство (досье) с субсидиарным участием следственного судьи составляют оптимальную информационно-коммуникационную модель досудебного доказывания. Подлежат устранению во многом искусственные барьеры между следствием, дознанием и оперативно-розыскной деятельностью для повышения эффективности уголовного преследования и достижения максимально высокой степени достоверности по делу. Собирать доказательства органы публичного уголовного преследования должны быть уполномочены посредством производства как гласных, так и негласных следственных действий с момента получения сообщения о преступлении в виде фактических материалов уголовного дела обвинения.
2. Предложена электрофикация досудебного доказывания как информационно-коммуникативная модель реформы предварительного расследования. К электрофикации ведет создание «электронного правительства», а значит и элек-

тронной обвинительно-следственной власти, как составной части государственной ветви исполнительной власти, а вместе с тем перевод административных услуг населению, к которым можно отнести и деятельность по борьбе с преступностью в электронную сферу. Введение элементов «электронного правосудия» также служит замене письменного документооборота на бездокументарный обмен информацией между различными ветвями власти. Ввиду «элек-трофикации» коммуникации-доказывания следственная форма получения «готовых» доказательств в ходе предварительного расследования утрачивает смысл. Деятельность сторон по получению фактического материала выводится за пределы судопроизводства и трактуется не как доказывание, а как подготовка (фактического материала) к судебному состязательному устному доказыванию. Таким образом, при наличии отлаженной системы электронного документооборота доказательственная информация может получаться, храниться и передаваться по телекоммуникационным каналам связи в бездокументарном виде. Всеобщая компьютеризация всех звеньев системы уголовной юстиции приведет к бездокументарному обмену электронной информации и передачи ее суду, но при сохранении традиционного уклада судоговорения.

**П. Положения юридико-технического характера**

1. Предлагается закрепить следующую норму в УПК РФ о фиксации хода и результатов гласного или негласного следственного действия, проведенного следователем или защитником (обвиняемым): «1. Ход и результаты гласных и негласных следственных действий фиксируется любым способом в материалах уголовного дела или материалах, собираемых стороной для представления суду, в том числе путем составления протокола по правилам настоящего Кодекса. 2. Протоколы следственных действий, допускаются в качестве доказательств наряду с видео-, звукозаписью следственных действий на электронных носителях информации. 3. Протоколы, наряду с любыми иными документами или носителями информации, служат доказательством фактов, если иное не будет доказано противоположной стороной».

1. Разработана следующая правовая дефиниция документа как источника доказательства: «Документом считается любой предмет (материальный носитель), в котором информация запечатлена в символическо-знаковой форме (текста) или (и) в виде фото-, кино-, видео-, звуко- или иной записи или их сочетания, с применением кодов, шифров, автоматической (машинной) регистрации либо других технических средств, для передачи во времени и пространстве в целях общественного использования или хранения, с реквизитами, позволяющими установить аутентичность такой информации, понять ее смысл, а в установленных законодательством Российской Федерации случаях, определить ее источник и происхождение».
2. Целесообразно закрепить в УПК РФ статью «Документы, имеющие доказательственное значение» следующего содержания: «1. Документ как доказательство - это любые сведения независимо от способа их представления, зафиксированные на любом материальном объекте с реквизитами, позволяющими идентифицировать данные сведения, если они имеют значение для установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по делу. 2. К документам могут относиться материалы фото- и киносъемки, аудио- и видеозаписи и иные носители информации, полученные, истребованные или представленные в порядке, установленном настоящим Кодексом или другими нормативными актами, не противоречащими общему смыслу настоящего Кодекса. 3. Любой документ по требованию стороны допускается в качестве доказательств, если изложенные в нем сведения имеют значение для установления фактов, имеющих существенное значение при условии известности его происхождения, а его содержание доступно верификации. Всякий документ допускается в качестве доказательства судом, если сторона может предоставить возможность допросить в качестве свидетеля лицо, обнаружившее/создавшее его или (и) у которого он хранился до представления в суд. 4. В случае невозможности изъятия и передачи способом, обеспечивающим аутентичность электронной информации материального носителя этой информации или ввиду отсутствия такого носителя, изготавливается копия документа, которая приобщается к материалам уголов-

ного дела по правилам настоящего Кодекса. 5. В исключительных случаях, обусловленных техническими причинами, документ может быть представлен суду в виде электронной информации, находящейся в телекоммуникационном канале сети Интернет. 6. Документ может одновременно являться вещественным доказательством по уголовному делу, если он обладает признаками вещественного доказательства, указанными настоящим Кодексом. 7. Документы приобщаются к материалам уголовного дела и хранятся в течение всего срока уголовного производства. 8. По ходатайству законного владельца изъятые и приобщенные к уголовному делу документы или их копии могут быть переданы ему во временное пользование».

4. Предложено внести в УПК РФ следующие нормы о вещественных до  
казательствах:

«Следы преступления, оставленные в информационной среде Интернета, находящиеся в телекоммуникационных каналах связи, в случае надлежащего копирования, позволяющего подтвердить их аутентичность в суде, могут быть признаны вещественными доказательствами».

«В ходе рассмотрения дела по существу допустимыми являются только те вещественные доказательства, аутентичность которых подтверждается документально, а также допросами лица, обнаружившего/создавшего их или (и) у которого они хранились до представления в суд».

5. Следует закрепить в УПК РФ статью «Машинное сопоставление и передача персональных данных» следующего содержания: «1. Если имеются до  
статочные данные о совершении тяжкого или особо тяжкого преступления, то  
персональные данные о лице, предположительно его совершившем, которые  
соответствуют определенным проверочным признакам, указывающим на него,  
могут быть машинным способом сопоставлены с другими данными, чтобы ис  
ключить непричастных к совершению преступлению лиц или установить лиц,  
которые соответствуют иным, существенным для следствия проверочным при  
знакам. 2. Решение может быть принято или согласие на производстве данного  
действия может быть отдано прокурором только в том случае, если исследова-

ниє обстоятельств дела или установление места пребывания подозреваемого, обвиняемого другим способом невозможно или значительно затруднено. 3. Для указанной в части 1 настоящей статьи цели орган, накапливающий данные, должен выделить из баз данных необходимые для сопоставления сведения и передать их следователю. 4. Если фактические данные, которые должны быть переданы, могут быть отделены от иных данных лишь ценой несоразмерных усилий, то по распоряжению органа, проводящего сопоставление, должны быть переданы и иные сведения, необходимые для целей правосудия. 5. По требованию прокурора орган, накапливающий данные, должен оказать поддержку органу, проводящему сопоставление. 6. Машинное сопоставление персональных данных допускается для установления места нахождения лица, которое разыскивается в целях привлечения к уголовному преследованию в связи с подозрением в причастности к совершению тяжкого или особо тяжкого преступления, предотвращения нового тяжкого преступления или исполнения наказания».

1. Целесообразно нормативно закрепить положение о том, что на органы уголовного преследования возлагается задача выявления, расследования и раскрытия преступлений, изобличения лиц, их совершивших, путем проведения гласных и негласных следственных действий и иных не запрещенных законодательством Российской Федерации и международно-правовыми актами действий, в том числе с использованием видео- и аудиозаписи, кино- и фотосъемки, а также иных носителей информации, получаемой, представляемой, передаваемой в любом виде и способом, позволяющим подтвердить на суде ее аутентичность.
2. Нормативное закрепление должны получить следующие положения, касающиеся производства досудебного уголовного расследования:

«Ход и результат негласного следственного действия фиксируется с помощью технического средства или в протоколе в соответствии с настоящим Кодексом».

«Лицо, проводившее негласное следственное действие, обязано по решению суда дать показания об обстоятельствах его проведения и полученных результатах».

«Лица, которые проводили негласные следственные действия или были привлечены к их проведению, могут быть допрошены как свидетели. Допрос данных лиц может происходить с сохранением тайны сведений о них и с применением в отношении них соответствующих мер безопасности, предусмотренных законом».

«Протоколы негласных следственных действий, аудио-, видеозаписи, фотоснимки, полученные с помощью применения технических средств, другие материалы, изъятые во время их проведения, могут быть использованы при доказывании на тех же основаниях, что и результаты проведения других следственных действий во время досудебного уголовного расследования».

8. Нормативное закрепление должно получить следующее положение принципиального характера, касающееся использования электронной информации в судебном разбирательстве по уголовному делу: «Решение суда может быть основано лишь на тех доказательствах, которые были непосредственно получены из первоисточников и исследованы в судебном заседании. Каждая из сторон обязана по требованию процессуального противника или суда открыть источник происхождения сведений, представляемых ею в качестве доказательств, и доказать отсутствие неправомерного вмешательства в содержание этих сведений во время владения ее источником. При необходимости доказывающим должна быть предъявлена не вызывающая разумных сомнений цепь законных владений электронной информации, которой придается доказательственное значение по делу».

**Теоретическая значимость исследования** состоит в том, что разработанные диссертантом концептуальные положения образуют единую теоретическую модель уголовно-процессуального доказывания для нового УПК РФ, отвечающего потребностям информационного общества в эффективном противодействии преступности, включая преступность в сфере высоких технологий.

Результаты проведенного анализа позволили обосновать общетеоретическую значимость исследования, обобщить современные научные взгляды на основные положения предлагаемой теоретической модели в целях разработки понятия ее объекта, раскрытия особенностей предмета, определения системы, задач и методов.

Диссертация стала составной частью новой теории судебных доказательств в условиях информационного общества, модернизации и оптимизации уголовно-процессуальной деятельности, отвечающей условиям прогрессивного развития России. Автор участвовал в разработке доктринальной модели уголовно-процессуальных - судебных доказательств и способствовал созданию информационной составляющей проекта реформы досудебного уголовного производства4. Научные результаты исследования позволяют увидеть взаимосвязь процессов информатизации и демократизации в области уголовного судопроизводства, а также неизменную гуманистическую сущность судебного доказывания и правосудия, что в свою очередь ведет к выводам практического характера относительно универсализации стандартов и процедур доказывания по уголовным делам.

**Практическая значимость исследования.** Результаты диссертационного исследования могут быть использованы для дальнейшего совершенствования уголовно-процессуального законодательства, ведомственного правотворчества. Сделанные диссертантом предложения по оптимизации механизма уголовно-процессуального регулирования стали очередным шагом к созданию нового УПК РФ, а также формированию современной уголовной политики противодействия преступности с использованием компьютерных технологий.

Сформулированные в диссертационном исследовании рекомендации могут использоваться в ходе осуществления практической деятельности право-

См.: Доктринальная модель уголовно-процессуального доказательственного права РФ [Электронный доступ]. URL:

охранительных органов по раскрытию и расследованию преступлений в сфере информационных технологий.

Диссертация содержит материал, который можно использовать для углубленного изучения курса «Уголовно-процессуальное право России», «Теория уголовно-процессуальных доказательств», «Расследование преступлений в сфере компьютерной информации и высоких технологий», при переподготовке и повышении квалификации дознавателей, следователей, сотрудников прокуратуры, при подготовке учебно-методических пособий, монографий.

**Апробация работы и внедрение результатов исследования.** Результаты диссертационного исследования проверялись и апробировались по следующим направлениям:

обсуждались на кафедре уголовно-правовых дисциплин юридического института Московской академии экономики и права;

докладывались на 17 международных, 8 всероссийских и 7 межвузовских и региональных научно-практических конференциях (Воронеж - 2013; Дзержинск - 2014; Краснодар - 2013, 2014; Москва - 2012, 2013, 2014, 2015; Нижний Новгород - 2014; Орел - 2014; Пермь - 2007, 2008, 2011, 2012, 2013, 2014; Сыктывкар - 2014; Тюмень - 2013; Челябинск - 2014 и др.);

изложены в 90 основных научных работах автора: в 2 монографиях, 1 научном издании, 9 учебных пособиях и методических рекомендациях, 78 научных статьях, в том числе 24 статьи в ведущих рецензируемых изданиях, рекомендованных ВАК для опубликования основных результатов диссертационных работ, представленных на соискание ученой степени доктора наук;

внедрены в учебный процесс Пермского государственного национального исследовательского университета, Южно-Уральского государственного национального исследовательского университета, Краснодарского университета МВД России, Московской академии экономии и права, Нижегородского академии МВД России, Пермского института ФСИН России;

**зо**

внедрены в практическую деятельность Пермского краевого суда, Главного управления МВД России по Пермскому краю, Следственного управления Следственного комитета России по Пермскому краю.

**Структура работы** обусловлена ее темой, целями и задачами исследования. Диссертация состоит из введения, трех глав, включающих девять параграфов, заключения, библиографии, приложений.

## Концепция истины как ядро парадигмы уголовно процессуального доказывания

Обращает на себя внимание то, что такого рода воззрения близки если не к национализму, то к славянофильству Так, на языково-культурный фактор, определивший национальную специфику русского национального права указывал еще В.Д. Катков . Как известно, идеалами славянофилов были самодержавие, православие, народность, за которые они боролись против «тлетворного» западного влияния. Потом советские ученые уже на новой идеологической основе (коммунистической) делали то же самое: презюмируя социалистическую «уникальность», защищали авторитарный советский государственно-правовой режим, обосновывали особый путь правового развития, отрицали «буржуазную» или как сейчас говорят «чистую», «англосаксонскую» состязательность13. Как выяснилось впоследствии никакого социалистического типа права не было, был обыкновенный авторитарный государственно-правовой строй, который в сфере судопроизводства проявлял себя в виде следственной (инквизиционной) модели уголовно-процессуального доказывания.

В России сейчас происходит мучительный поиск своей современной парадигмы. УПК РФ стал первой, непоследовательной попыткой вернуть наше право в европейскую правовую семью, влиться в общеевропейское правовое строительство. Однако после недолгого увлечения Западом в моду вошла православно-национальная (советская) идея об уникальности российской модели права и правосудия. Представители ее выступают резко против попыток изменить традиционные следственные порядки - монополию следователя на установление истины, письменность, тайность досудебного доказывания, профанацию состязательности и пр. Некоторые считают происходящие сейчас изменения возрождением имперских рефлексов, другие национальной российской уникальностью.

Ярким проявлением тенденции на сворачивание либеральных правовых реформ является законопроект, который был внесен в Государственную Думу Федерального депутатом А.А. Ремезковым14, в нем предлагалось дополнить статью 5 пунктом 22.1, содержащим нормативное определение «объективной истины», и ввести статью 16.1 «Установление объективной истины по уголовному делу». Авторы законопроекта были убеждены в том, что ориентированность процесса доказывания по уголовному делу на достижение объективной истины, является необходимым условием правильного разрешения уголовного дела и отправления справедливого правосудия. Не способствует установлению истины и реализованная в законе модель состязательности, т.к. она тяготеет к чуждой традиционному российскому уголовному процессу англо-американской доктрине так называемой чистой состязательности 15.

Следственная парадигма, воплощенная в концепции «объективной истины», созвучна воззрениям современных европейских правых политиков, отвергающих идеи евроинтеграции, либерализма и настаивающих на существовании некоей национальной, народной самобытности (не поддающейся рациональному объяснению), которая выливается в особую государственно-правовую форму. На практике вся национальная «особенность» сводится к отрицанию демократии и свободы. Риторика об особом национальном порядке судопроизводства прикрывает авторитарную, т.е. антидемократическую идеологию, что в сфере уголовного судопроизводства звучит как антисостязательная риторика. Под предлогом построения национального, самобытного типа права отвергаются состязательные процедуры установления истины, договорной способ установления фактов (предусмотренный главами 40, 401 УПК РФ), суд присяжных, и прочие «вредные» вещи, которые якобы придумали наши враги, чтобы разрушить российский национальный, самобытный правовой строй.

Мы относимся к тем, кто выступает за конвергенцию правовых систем и приведение их к единым, универсальным стандартам16. Мы считаем, что европейские правовые системы имеют одну общую основу - древнеримскую; тезис же о якобы национальной особенности великороссов, и якобы только им присущем стремлении к справедливости, истине и правде несостоятелен17. Поэтому развитие правового механизма, регулирующего доказывание в уголовном процессе, по нашему мнению, происходит по общим, универсальным закономерностям. Одной из таких закономерностей как раз и является переход от постиндустриального общества к информационному обществу.

Суть перехода от традиционного к информационному обществу состоит, по мнению социологов, состоит в адаптации к быстро меняющимся условиям, порождённым научно-технической революцией, в частности, к установлению бес-прецедентного контроля за средой обитания .

Из этого можно заключить, что существенные изменения в экономике и обществе, происходящие под влиянием развития информационных технологий, закономерно должны отразиться и на правовой модели доказывания в уголовном судопроизводстве19. Под правовой моделью уголовно-процессуального доказывания мы подразумеваем, как доказательственное право - институт уголовно-процессуального права20, так и важнейшую часть уголовно-процессуальной культуры и идеологии - теорию доказывания. Последняя, признаем, в значительной мере инерционна, так как призвана стабилизировать состояние всей процессуальной системы, обеспечивать преемственность ее развития (а не слом). В то же время именно в теории уголовно-процессуальных доказательств своевременно, эволюционным путем должны вызревать предпосылки для перемен: как доказательственного права, так и всего уголовного процесса.

История свидетельствует, что подлинной судебной реформе (а не ее имитации) предшествует глубокая переработка основ теории доказательств. Таков был опыт судебной реформы 1864 г. , такова история формирования советского уго 99 ловного процесса . Опыт постсоветских правовых преобразований подтверждает наличие тенденции к открытости и свободе доступа к информации, вовлечении в информационный процесс все большего числа субъектов в сфере уголовного процесса. Требуется новый подход к регулированию технологии производства знания о преступлении и преступнике, отвечающий стандартам производства знания информационного общества. Для современного информационного общества, требуется настолько же высокотехнологичный уголовный процесс, насколько состязательный, демократичный, и это в первую очередь проявляется в новой модели уголовно-процессуального доказывания.

## Форма уголовно-процессуального доказывания и формирование доказательства

При переходе ко второму диспозитиву доказывания произошло формирование системы формальных доказательств, что связано с процессом вытеснения из судопроизводства техник удостоверения истины по делу, основанных на авторитете бога - ордалий, крестоцелований, «поля». Вместо них утверждались рациональные стандарты, согласно которым человек-судья мог констатировать установление виновности обвиняемого, не обращаясь за помощью к божественному правосудию. Решающим моментом для основания системы формальных доказательств было становление представления о том, что в судных человеческих делах возможно установление правды рациональным путем.

Устав уголовного судопроизводства (1863 г.) ознаменовал переход к третьему диспозитиву доказывания, который в модифицированном виде существует и сейчас. В основу современной теории доказательственного права положена идея об оценке доказательств судьей по своей совести, внутреннему убеждению. Кроме того, в фундаменте такой технологии доказывания лежит модель диалога и «свободной оценки доказательств» независимым судьей (присяжными), важной является техника пользования косвенными доказательствами, а также заключение эксперта-специалиста.

Наше уголовно-процессуальное право относится к романо-германской правовой семье. Начиная с Устава Уголовного Судопроизводства (1864 г.) русский уголовный процесс формировался в контексте европейского правового простран Это было смешанное уголовное судопроизводство, в котором следственная досудебная часть сочеталась с состязательным судопроизводством. Своеобразным сделал наш уголовно-процессуальный опыт советский период «правового строительства», когда отрицалась концепция правового государства, приоритетом законодательной защиты стал коллективный (государственно-партийный), а не персональный интерес. За 70 лет советской власти сложился так называемый социалистический тип уголовно-процессуального права, то есть по сути инквизиционный процесс. Советское право, правосудие канули в вечность, а издержки советской правовой идеологии по-прежнему определяют доктрину теории уголовно-процессуальных доказательств.

Мы не согласны с марксистско-ленинским подходом, согласно которому право относится к надстроечным явлениям, которые всецело детерминированы социально-экономическим базисом. Развитие права имеет собственную логику и свои закономерности. Хотя значение материального фактора для развития права и доказательственного права, конечно, также существенно. Так что мы не думаем ограничиться объяснением смены парадигм доказывания только закономерностями языка и речи. Научно-технический фактор невозможно игнорировать. Естественная наука имеет свои каналы проникновения в техники доказывания - через институт экспертизы, прежде всего. Но еще более значимо то, что естественнонаучный менталитет сильно потеснил гуманитарную начинку доказательственного права.

Надо видеть, что бурное развитие научного знания в Европе, начиная с 17 века, отразилось и на судебном доказывании. Прежняя система, центрированная на религиозном обряде покаяния-признания, претерпела качественные изменения. Познаваемая область преступного поведения становится объектом расширяющегося числа научных дискурсов. Традиционные техники доказывания дополняются новыми, пытка исчезает из арсенала средств доказывания. Начиная с новейшего времени в европейском уголовно-процессуальном праве опора делается на рациональные техники познания, опирающиеся на авторитет науки и вторгающиеся в ранее недоступные знанию сферы материального мира и души человека. Так, новыми объектами экспертных исследований стали вменяемость преступника, а отсюда детализация предмета доказывания: мотивы, причины преступления и пр. Судебная истина все больше стала претендовать на звание научной истины, новые субъекты доказывания «судебный эксперт», «специалист» начинают играть ведущие роли в судебном шоу-представлении. Для легализации судебного знания это становится необходимым условием. Одновременно с этим вместо модели признания-покаяния в возрастающем масштабе стали использоваться договорные техники установления фактов по делу. Само признание обвиняемым своей вины из сакрального акта превратилось в сделку (о признании уголовного иска). В этом можно усматривать конвергенцию гражданского и уголовного процессуального права, которые в свое время разделились, а теперь следственное, официальное начало уголовного процесса определенно испытывает давление со стороны диспозитивного начала гражданского процессуального права и поддается этому давлению, что закономерно.

Ярким примером развития диспозитивного начала в механизме уголовно-процессуального регулирования стали новеллы, внесенные в Кодекс ФЗ-20743, которым дела о мошенничестве переведены в категорию частно-публичного обвинения. Из смысла части третьей ст. 20 (в ред. ФЗ-207) вытекает, что создана специфическая категория дел частно-публичного обвинения, специально созданная для исключения возможности решения хозяйственного спора посредством уголовного преследования, которая включает в себя преступления, предусмотренные статьями 159-159 [6] (мошенничество), 160 (присвоение или растрата), 165 (причинение имущественного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием) УК РФ. Публично-правовая деятельность правоохранительных органов по раскрытию и расследованию подобных преступлений теперь ограничена частной волей. Можно сказать, что теперь для государства факта совершения любого из указанных преступлений не существует, пока потерпевший не подал соответствую Федеральный закон Российской Федерации от 29 ноября 2012 г. № 207-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2012. № 49. Ст. 6752. щего заявления об этом. Исключения из частно-публичного механизма уголовного преследования приведены в той же части 3 статьи 20 УПК РФ. Таким образом, получение доказательственной информации по делам о мошенничестве в указанных случаях осуществляется в новом правовом формате.

При всей относительной изменчивости процессуальной формы, подверженности ее политическим, конъюнктурным и прочим влияниям в основе своей познавательное устройство правосудия консервативно, оно не меняется от начала веков. Суть европейской христианской модели судебного доказывания в том, что человека должен судить только человек. Человеческое правосудие несовершенно в том плане, что ему недоступна абсолютная истина. Однако его совершенство в том, что ему доступна справедливость. Так что остается неизменной в основе своей идеологическая и риторическая основа уголовного правосудия. А вместе с тем и уголовного судопроизводства в целом. Оно было, есть и будет в своей природе оставаться «человеческим», гуманным, основанном на сострадании и милости44, в том числе и в информационном обществе.

Диспозитив доказывания, очевидно, наиболее консервативная часть механизма уголовно-процессуального регулирования. Уголовная политика выступает по отношению к нему как волевое, прагматичное начало, исходящее от государства. Уголовная политика - это желаемое правящей элитой состояние преступности, достигаемое уголовно-правовыми и уголовно-процессуальными средствами. В какой-то мере диспозитив оказывается под воздействием проводимой уголовной политики, главным образом в том, что касается правовой формы - самой подвижной и изменчивой составляющей диспозитива доказывания. В конечном итоге, происходит определенная настройка системы уголовной юстиции, уголовного судопроизводства и диспозитива, что позволяет решать задачи адаптации данного общества к условиям среды. Как пишут специалисты по данной проблематике: «Уголовное судопроизводство является одной из дискурсивных практик, через которую процессы энтропии могут трансформироваться в энергию, полезную для

Как бы не смешными не показались эти слова «технарю»-рационализатору. общества. Его эффективность определяется закономерностями речевого обмена. Так мы приходим к элементарной схеме производства посредством речи судебной истины, которая необходима для того, чтобы уголовное судопроизводство и наказание имели вид правильных (справедливых, правовых) в представлении аудитории (общества)»45.

Развитие науки, техники откладывает отпечаток на способы коммуникации участников судопроизводства, но не может переродить его гуманистической природы. Поэтому мы негативно оцениваем попытки подменить человеческий фактор более совершенным - машинным фактором. Такое искушение было и есть. Прежде всего, у людей, не понимающих отличие судебного доказывания от естественно-научного познания. Отличие это в предмете познания - человеке и его душе и соответственно существующей в связи с этим необходимостью соблюдения прав человека, уважения человеческого достоинства. Вся ценность уголовного правосудия - в этом. Поэтому уголовно-процессуальное доказывание, попирающее основные права и свободы человека и гражданина, обесценивающее уголовное правосудие, не имеет юридически значимых познавательных результатов.

## Собирание, фиксация и использование электронной информации, имеющей доказательственное значение, в досудебных стадиях уголовного процесса

Гносеологическое значение состязательности состоит во введении конкурирующих интерпретаций информации, содержащейся на каком-то носителе. Само по себе наличие сведений - на любом носителе, в любой форме - ничего не доказывает и ничего не опровергает. То же утверждение справедливо и для ситуации, когда сведения отсутствуют (в науке это называют значимым отсутствием). В процессе доказывания доказательство интерпретируется, - ему, как и любому другому знаку, приписывается значение. Смысл сообщений о каком-то обстоятельстве возникает в ходе речевого события, т.е. проговаривания, интерпретации и переинтерпретации сообщения в разных контекстах (оперативно-розыскной операции, следственного действия, в судебном заседании), с разных сторон, под различными углами зрения.

Доказательство выступает как сведение, осмысленное судом в контексте конкурирующих интерпретаций его смысла сторонами. Возможность смены контекстов, наличие различных интерпретаций одного и того же «доказательства», то есть присутствие потенциальной возможности зарождения новых фактов, позволяет достичь наибольшей объективности в познании. Именно в этом состоит значение состязательности - в возможности смены контекстов, борьбы интерпретаций, а в остатке этого события - факт. Именно в судебном факте устоявшийся после борьбы интерпретаций смысл исследуемого события воплощается наглядным образом149. Доказательство - это не просто сведение, а знание, что уже включено в процесс доказывания, стало «процедурным знанием», т.е. уже отобрано, проинтерпретировано, истолковано согласно «партийности» субъекта доказывания, который использует факт в качестве средства концептуализации события, иными словами - выстраивания своей версии (позиции), т.е. реальности для себя, в правдоподобии которой он убеждает суд, а в идеале - все общество как «универсальную аудиторию.

Мы разделяем мнение о том, что доказывание по-разному происходит в состязательном и следственном процессе150. В следственном процессе доказывание находится в руках должностных лиц и только полученное ими является доказательствами. То, что получают частные лица (потерпевшие, адвокаты, подозреваемые, обвиняемые), не является доказательствами. Мы считаем, что следственный порядок доказывания недемократичен, он устарел морально в условиях информационного общества.

Как правильно указывает А.А. Кухта, чтобы перевести доказательственный процесс в бездокументарную форму, надо пересмотреть устаревшую систему понятий отечественной уголовно-процессуальной науки. Должен быть осуществлен переход к новым технологиям накопления сторонами информации и передачи этой информации (суду). Необходимо вводить судебную процедуру получения доказательств по делу; снять препятствия для перехода в будущем к бездокументарному способу накопления сторонами сведений и передачи их суду для использования в качестве доказательств151.

Обратимся к вопросу о генезисе уголовно-процессуального доказательства, который часто называют его формированием. При этом некоторые авторы под формированием понимают различные операции по машинной обработке компьютерной информации. По определению этого автора, система определенных приемов и операций, предназначенных для поиска, обнаружения, получения, закрепления, исследования фактических данных конкретного вида, является способом формирования доказательств . На наш взгляд, неправильно относить к доказыванию, то есть процессуальной деятельности субъектов (людей), работу компьютера по определенной программе. Мы будем связывать с формированием электронных доказательств только уголовно-процессуальную деятельность сторон, суда и других участников процесса.

Вначале рассмотрим традиционную точку зрения на структуру доказывания и на такое явление как формирование доказательства. Эта следственная доктрина, то есть то, от чего следует отказаться. Затем мы приведем подход, который нашел развитие в последнее время благодаря усилиям некоторых представителей нижегородской школы процессуалистов, позволяющий сформировать более удобную правовую среду для использования в доказывании по уголовным делам электронных доказательств.

Статья 85 УПК РФ предусматривает три элемента: собирание, проверку и оценку. Однако в теории выделяют гораздо большее число элементов доказывания. В уголовно-процессуальной литературе выделяют следующие элементы доказывания: собирание, фиксацию, проверку-исследование, представление, оценку доказательств153.

Впрочем, очевидно, что в доказывании можно выделить, с одной стороны, получение, собирание информации, а потом ее использование, то есть существует начальный этап, когда информация появляется, и второй этап, когда с этой информацией что-то делают. Традиционно первым этапом доказывания называют собирание, реже - получение доказательств. Впрочем, ученые все усложняют, находят все новые и новые «новизны»; не избежало этого беспощадного научного поиска и понятие «собирание доказательств».

Под собиранием часть научного сообщества понимает совокупность действий по обнаружению, фиксации, изъятию и сохранению доказательств (фактических данных)154. В частности, 3.3. Зинатуллин в структуре собрания доказательств усматривает выявление (обнаружение), получение и процессуальное закрепление фактических данных155. В.М. Тертышник считает, что собирание доказательств заключается в поиске и обнаружении (выявлении) источников и носителей доказательственной информации, получении и закреплении фактических данных, которые содержатся в выявленных источниках и носителях156.

М.С. Строгович подчеркивал: «Пока доказательство не рассмотрено и не закреплено процессуально, нельзя утверждать, что доказательство действительно обнаружено, так как еще неизвестно, что именно обнаружено и является ли дей-ствительно доказательством то, что обнаружено» . Значит, собирание и процессуальное оформление идут рука об руку. Удостоверение, фиксация не менее важны, чем собственно собирание доказательства. Именно удостоверительный момент специфичен при «собирании» электронной информации, имеющей доказательственное значение.

А.А. Хмыров говорит об обнаружении, закреплении и надлежащим образом удостоверении сведений специальными субъектами: судом, прокурором, следователем или дознавателем, после чего они становятся доказательствами . В.П. Колмаков говорит либо о «способах собирания и закрепления доказательств», либо наряду с собиранием - об обнаружении доказательств159.

Важный момент в начальном этапе доказывания усматривают в фиксации или оформлении доказательства. Видимо, отсюда потом перешли к утверждению, что доказательство не только оформляется, но и формируется. Под «закреплением» доказательств понимают выполнение компетентным органом требований уголовно-процессуального закона о придании информации, полученной в процессе производства следственных и иных процессуальных действий, силы доказательств160. Получается, что силу доказательству дает действие органа предварительного расследования по процессуальному оформлению полученной им инфор Тертышкин В.М. Нетрадиционные способы и формы собирания и исследования доказательств при расследовании преступлений:

## Реформирование правового статуса субъектов уголовно-процессуального доказывания

Разделяя подобные взгляды, Ю.П. Боруленков доводит их до логического конца: «Источник вещественного доказательства формируется путем отражения информации на материальных объектах. Если говорить о понятии «формирование доказательства» с процессуальной точки зрения, то оно формируется путем «снятия» информации с источника доказательства процессуальными средствами. Говоря о предметах как источниках доказательств, подразумевают, что эти вещи обладают такими свойствами, которые являются сведениями, имеющими значение для дела, т.е. доказательствами. В принципе обстановку места происшествия также можно рассматривать в качестве комплексного вещественного доказательства, и в качестве такового она фиксируется путем отражения в протоколе осмотра, фотосъемкой или видеозаписью, что не исключает приобщения к делу отдельных предметов (фрагментов) обстановки в качестве источников вещественных доказательств и позволяет осуществлять последующее исследование путем проведения экспертиз. Отличие вещественных доказательств состоит в том, что доказательственная информация воспринимается не в готовом виде, ее нужно «считать» с материального объекта» .

На наш взгляд, в науке сформировалась неправильная позиция относительно доказательственных свойств вещественных доказательств. В ней методологически неверно используются категории «доказательство», «источники доказательств», «форма доказательства». Подобными высказываниями подрывается не традиционное понятие вещественного доказательства, а демонстрируется упрощенное понимание вещественного доказательства как предмета, материального объекта. А что еще хуже, усиливается следственная интерпретация доказательственной сущности вещественного доказательства. При таком подходе получается, что источником этого доказательства является следственный протокол и составивший его следователь, а не отразивший событие преступления объект (среда). «Информационный след», оставленный преступными действиями в информационной среде, разумеется, не предмет, но он может быть представлен судье в непосредственном виде для обнаружения признаков преступления. Не протокол или иной процессуальный документ, а электронно-цифровой носитель должны быть представлены суду для восприятия информации.

По нашему мнению, различия между личным и вещественным доказательствами в плане раскрытия их информационного содержимого нет. И те и другие есть фактические данные, которые должны быть получены судьей. При доказывании и из личных, и из вещественных доказательств субъекты доказывания получают сведения об обстоятельствах дела. Правовой формой любого доказательства являются те действия, которые действующим законом расцениваются как допустимыми средствами получения и интерпретации информации из источников: лиц, предметов, других объектов. Главная специфика вещественного доказательства в том, что оно получается не от живого лица посредством общения с ним, а из предмета (его информационного аналога). Принципиально важно, чтобы судья непосредственно, а не через документы, составляемые следователем, получил информацию из объекта, представленного в качестве вещественного доказательства. Важно подчеркнуть, что доказательственная информация может исходить от лица, но она не будет личным доказательством, если лицо передавало ее без намерения информировать субъекта доказывания. Поэтому, на наш взгляд, результаты прослушивания телефонных, иных переговоров как следственного действия, равно как и результаты контроля и записи телефонных и иных переговоров, информация, снятая с технических каналов связи, полученные в ходе оперативно-розыскных мероприятий, образуют вещественные доказательства. Причем в виду использования цифровой техники при их получении - это все будут электронные вещественные доказательства. Следственная форма их документирования, практикующаяся сейчас временное явление.

Одновременно мы вполне разделяем мнение Р.А. Бостанова о том, что при использовании такого рода комплексных доказательств (в основании которых лежат результаты прослушивания) первоисточником является информационный процесс, протекающий в каналах связи, который перехватывается и записывается. Скопированная информация (в виде аудио-, видеофайлов) накапливается в базах данных технических служб правоохранительных органов, а оттуда уже поступает в орган предварительного расследования, где «легализуется» и далее поступает в суд в виде следственных материалов. Изготавливаемые компетентными государственными органами процессуальные документы в связи с получением и предоставлением суду в качестве доказательств (рапорт, протокол следственного осмотра материалов, поступивших из органа, осуществлявшего аудио-, видеозапись, фонограмма, прилагаемая к протоколу) получают статус «источников доказательств», как и приобщаемый к делу в качестве вещественного доказательства материальный носитель электронной информации. Но эти следственные доказательства являются производными от первично записанной информации (цифровые компьютерные файлы в базе данных органа, который непосредственно проводил ПТП. При использовании таких доказательств критически важной является возможность проверки цепочки законных пользователей электронной информа-цией304.

Итак, предметность электронного доказательства относительна; вещественность вторична, информативность первична. А потому, во-первых, ее носителем не обязательно должен быть документ (протокол), а во-вторых, само по себе вещество, материя, по своей сути не информативны, доказательством не является, пока не будет субъекта доказывания, который распознает в ней криминалистическую - доказательственную значимость. Кем будет этот субъект: следователем, который проводит «всестороннее, полное, объективное» предварительное расследование, обвинитель, который осуществляет розыск и поиск обвинительных доказательств, это принципиальный вопрос. В первом случае следователь полновластно формирует доказательство, во втором - это только обвинительный материал, собранный стороной в деле, из которого в суде, возможно, будет сформировано доказательство. Так же и в случае с электронной информацией: она становится доказательственной тогда, когда субъект доказывания интерпретирует ее в качестве таковой, делая объектом познания/доказывания - изменения, произошедшие в информационной среде, и трактуя их как «следы преступления».

Развивая данные положения, рассмотрим признак «предметности» при разграничении документов и вещественных доказательств применительно к электронным доказательствам. Электронная информация используется (задействует-ся) в процессе доказывания с целью получения сведений, выраженных в знаковой (цифровой) форме. И если «...вещественное доказательство является непосредственным носителем информации, необходимой для установления обстоятельств дела» , то компьютерная информация является средством фиксации сведений с помощью аппаратных и программных средств (алгоритма, заложенного в программе). Доказательственное значение компьютерной информации определяется ее содержанием, а не физическими свойствами носителя данной информации306.

Опять-таки надо указать, что признаком вещественного доказательства может быть место и время обнаружения определенного криминалистически значимого объекта - следа преступления. Обнаружение электронного следа преступления есть доказательственный факт. Сам этот след нематериален, хотя может «опредмечиваться» на разных носителях. Вещественным доказательством будет этот информационный объект.