

## ПРОБЛЕМЫ СОБИРАНИЯ ЭЛЕКТРОННЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ СТОРОНОЙ ЗАЩИТЫ

**О. В. Овчинникова**

*Южно-Уральский государственный университет, г. Челябинск*

В статье анализируется право защитника на сбор и представление доказательств на досудебных стадиях уголовного процесса как один из основных способов реализации принципа состязательности, обеспечения равноправия сторон в уголовном судопроизводстве. В рамках системного анализа гносеологической природы процесса доказывания автор приходит к выводу, что полномочия защитника, указанные в уголовно-процессуальном законе как способы собирания доказательств, имеют иную процессуальную сущность. Аргументируется авторская позиция о том, что субъектами собирания доказательств в полной мере являются только государственные органы, а для стороны защиты предусмотрен иной способ реализации права на участие в доказывании – представление доказательств. Приводятся примеры из следственной и судебной практики, иллюстрирующие проблемы, возникающие в ходе реализации стороной защиты своих прав, и подтверждающие правовую незавершенность их процессуальной регламентации. Рассматриваются особенности собирания стороной защиты электронных доказательств, находящихся в сети Интернет, аргументируется необходимость принятия законодательных положений, обеспечивающих их фиксацию.

**Ключевые слова:** *сторона защиты, доказывание, собирание доказательств, электронные доказательства.*

Одним из основных направлений современной уголовно-процессуальной политики является обеспечение баланса частных и публичных интересов на основе принципа справедливости, что предполагает защиту как интересов правосудия, прав и свобод потерпевших, так и прав и законных интересов лиц, привлекаемых к уголовной ответственности. В этой связи особое значение приобретают реализация принципа состязательности в уголовном процессе, практическое претворение возможности оказания квалифицированной юридической помощи и защиты каждому, за ней обратившемуся.

Состязательность уголовного процесса предполагает равноправие сторон, которое обеспечивается возможностью отстаивания своей позиции, прежде всего средствами уголовно-процессуального доказывания. Тем не менее в соответствии с ч. 1 ст. 86 УПК РФ право собирать доказательства путем производства следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных УПК РФ, предоставлено только должностным лицам, осуществляющим предварительное расследование. При этом указанные лица, несмотря на

требование объективности, полноты и всесторонности исследования обстоятельств совершенного преступления, отнесены уголовно-процессуальным законом к стороне обвинения.

Что касается участия в доказывании стороны защиты, то на основании ст. 46–47 УПК РФ подозреваемый, обвиняемый имеют право «представлять доказательства». Однако системный анализ положений уголовно-процессуального законодательства демонстрирует, что понятие «доказательства» в данном случае употреблено расширительно. Поскольку процессуальный порядок осуществления этими лицами доказательственной деятельности в законе не определен, мы приходим к выводу, что законодатель только декларирует их право на предоставление следователю, дознавателю материалов, полученных за пределами правового регулирования.

В то же время защитник указан в уголовно-процессуальном законодательстве в качестве субъекта собирания доказательств. В ч. 3 ст. 86 УПК РФ определены способы, которыми он может их собирать: получение предметов, документов и иных сведений; опрос лиц с

их согласия; истребование справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставлять запрашиваемые документы или их копии.

В настоящее время ведется активная дискуссия относительно процессуальной сущности указанных действий. Для ее определения проанализируем содержание познавательной деятельности по собиранию доказательств.

П. А. Lupинская определяет это понятие как совершение субъектами доказывания в пределах их полномочий и прав действий, направленных на обнаружение, истребование, получение и закрепление доказательств [9, с. 251].

Л. Т. Ульянова считает, что собирание доказательств – это осуществление уполномоченными органами и лицами деятельности по обнаружению, истребованию, получению и фиксации в установленном законом порядке доказательств [9, с. 135].

Мы видим, что рассматриваемое понятие имеет комплексный характер, в его структуре присутствуют два взаимосвязанных элемента: обнаружение доказательств и их процессуальное оформление.

Обнаружение доказательств – это отыскание, выявление, обращение внимания на те или иные фактические данные, которые могут приобрести доказательственное значение [1, с. 140]. Оно является начальной и необходимой стадией собирания доказательств, однако на данной стадии субъект доказывания не получает доказательства, а лишь фиксирует фактические данные, предварительно оценивает возможность их использования для установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу. Познавательные действия, на совершение которых уполномочен защитник в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством, являются лишь способами обнаружения доказательств.

Для использования в доказывании полученной защитником информации необходимо ее преобразование в процессуальную форму одного из источников доказательств, указанных в ч. 1 ст. 74 УПК РФ, а в этом направлении законодатель не обеспечил защитника необходимыми процессуальными инструментами.

Аналогичного мнения придерживается большинство современных исследователей. Так, Т. Ж. Жунусканов полагает, что полученные защитником материалы могут служить лишь основой для формирования доказательств в уголовном процессе [3, с. 40]. И. Л. Петрухин отмечает отсутствие у защитника возможности придания собранной информации надлежащей процессуальной формы [7, с. 114]. А. Н. Калюжный указывает, что обнаруженные адвокатом данные являются сведениями об источниках тех фактов, которые могут стать доказательствами после их закрепления надлежащим процессуальным путем [7, с. 45].

В целях решения указанной проблемы ряд исследователей предлагает конкретизировать порядок проведения опроса и других действий, на проведение которых уполномочен защитник [6, с. 48]. Считаем, что это не изменит их внепроцессуальной сущности.

Другие полагают возможным оценивать действия защитника, указанные в ч. 3 ст. 86 УПК РФ, как «иные процессуальные действия», а их результаты допускать в уголовный процесс в качестве такого источника доказательств как «иные документы» [2, с. 19]. Мы не разделяем данную позицию, поскольку процесс фиксации доказательств имеет прежде всего удостоверительный характер, предполагает придание им надлежащей процессуальной формы. Так, в соответствии со ст. 76–80 УПК РФ показания участников уголовного процесса – это сведения, сообщенные этими лицами на допросе. Соответственно, для использования в доказывании результатов опроса, проведенного защитником, необходимо преобразование их в установленную законом форму путем производства следственного либо судебного действия.

Таким образом, субъектами собирания доказательств в полной мере являются только государственные органы. Для стороны защиты предусмотрен иной способ реализации права на участие в доказывании – представление доказательств. Однако до настоящего времени процедура представления доказательств фактически не урегулирована уголовно-процессуальным законом. Как отмечает С. А. Шейфер, требуют уточнения вопросы о юридической природе представления доказательств, месте этой деятельности в системе доказывания, круге доказательственных мате-

риалов, которые могут быть представлены, стадиях процесса, на которых возможно представления доказательств [11, с. 91]. Указанные недостатки процессуальной регламентации влекут нарушения принципа состязательности в уголовном процессе. Особенно ярко неравенство сторон выражено на досудебных стадиях уголовного процесса.

Формированию обвинительного уклона способствует тот факт, что властно-распорядительные полномочия следователя позволяют ему игнорировать информацию, представляемую стороной защиты. Так, изучение 56 уголовных дел о преступлениях, совершенных с использованием компьютерной информации, показало, собранные стороной защиты доказательства далеко не всегда приобщаются к материалам уголовного дела. Например, отказ в удовлетворении ходатайства в приобщении письменных документов следовал в 80 % случаев, отказ в приобщении электронной информации – в 100 %. В ходе экспертного опроса 12 адвокатов, осуществляющих защиту по данной категории уголовных дел, установлено, что 100 % из них не рассчитывают на удовлетворение ходатайства о приобщении к материалам уголовного дела электронной информации. При этом 50 % опрошенных были вынуждены использовать различные тактические приемы для того, чтобы необходимые сведения все-таки попали в материалы уголовного дела. Например, электронная информация переносилась на смартфон подзащитного, который подлежал изъятию следователем и т.п.

Сложившаяся ситуация привела к тому, что 67 % опрошенных адвокатов при обнаружении электронной доказательственной информации вообще не представляют ее в ходе расследования, полагая, что суд более объективно рассмотрит доводы защиты [8, с. 147].

Например, при рассмотрении судом уголовного дела по обвинению К. в совершении преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 146 УК РФ, основным доказательством, подтверждающим обвинение, являлись материалы оперативно-розыскного мероприятия. Оперативные сотрудники провели эксперимент, в ходе которого К. установил на предоставленный компьютер контрафактную программу.

Однако защитник К. представил суду доказательства, обосновывающие невинность

подсудимого: скриншот объявления, размещенного К. в глобальной сети Интернет, где было указано: «Компьютерная помощь», и никаких услуг по установке контрафактных программ не предлагалось; а также данные о соединениях абонентского номера, указанного в объявлении. Адвокат обратил внимание суда на то, на этот номер К. звонили только оперативные сотрудники, соответственно никакой противоправной деятельности К. не вел, и оснований для проведения оперативного эксперимента не было. Кроме того, первые звонки были совершены за несколько дней до вынесения постановления о проведении оперативно-розыскного мероприятия. В результате все доказательства, полученные в ходе оперативно-розыскной деятельности, были признаны судом недопустимыми, в отношении К. постановлен оправдательный приговор [12].

Указанная ситуация стала возможной, поскольку современный правоприменитель не всегда обладает достаточно высокой степенью профессионализма для разграничения электронной оперативно-розыскной информации по значению, соответствию предъявляемым требованиям, в ряде случаев не лишен обвинительного уклона или субъективизма [4, с. 27].

Вместе с тем применение подобной тактики возможно только в том случае, если необходимо опровергнуть электронные доказательства, собранные стороной обвинения. Наиболее существенные трудности возникают у стороны защиты при необходимости приобщения к материалам дела самостоятельно обнаруженной цифровой информации, не содержащейся в официальных источниках. Электронные данные не существуют сами по себе, а находятся на определенном носителе, которыми могут являться:

- 1) энергонезависимое устройство, предназначенное для переноса и хранения информации (USB-накопитель, карта памяти, внешний жесткий диск);
- 2) персональное цифровое устройство (компьютер, ноутбук, планшет, мобильный телефон);
- 3) виртуальное пространство телекоммуникационной сети Интернет.

В первых двух случаях к материалам дела, как правило, приобщается не непосред-

венно информация, а само электронное устройство. Имея в распоряжении устройство либо носитель электронных данных, сторона защиты может неоднократно ходатайствовать о его приобщении, не рискуя утратить доказательство.

Иная ситуация складывается в том случае, если необходимая для установления обстоятельств уголовного дела цифровая информация размещена в виртуальном пространстве телекоммуникационной сети Интернет. Такие данные в любой момент могут быть утрачены, удалены владельцем сайта или ресурса. В действующем уголовно-процессуальном законодательстве не предусмотрен какой-либо способ фиксации такой информации стороной защиты. Адвокат должен заявить следователю ходатайство об осмотре сайта и копировании электронной информации. В случае удовлетворения ходатайства электронные данные будут зафиксированы и приобретут статус доказательства. В случае отказа в удовлетворении ходатайства сторона защиты сможет заявить повторное ходатайство только в ходе судебного рассмотрения уголовного дела. При этом предварительное расследование может затянуться на несколько месяцев, а за это время у заинтересованных лиц будет возможность уничтожить содержание электронного ресурса.

Так, в ходе расследования уголовного дела Н. предъявлено обвинение в совершении преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 162 УК РФ (разбой, совершенный с применением оружия). В соответствии с материалами уголовного дела Н. пришел по объявлению о продаже квартиры, дверь ему открыла М., после чего он, угрожая ей травматическим пистолетом, похитил ее имущество и скрылся. Однако Н. не согласился с версией следствия. В своих показаниях он настаивал на том, что нашел номер телефона М. на сайте по оказанию интимных услуг и договорился о встрече, пистолет взял с собой для самообороны. По ходу общения ему показалось, что М. кому-то звонит. Он начал опасаться за свою безопасность, и угрожая М. пистолетом, закрыл ее в одной из комнат, после чего забрал ее мобильный телефон и ушел. Сторона защиты настаивала на квалификации действий Н. по ст. 119, ч. 1 ст. 158 (угроза убийством, тайное хищение чужого имущества). В подтвержденные показания Н. его защитник настаивал на

осмотре и копировании сайтов из сети Интернет, на которых содержалась реклама интимных услуг с указанием контактного телефона, на который и совершил звонок обвиняемый. Однако следователь отказал в удовлетворении данного ходатайства. Опасаясь, что потерпевшая уничтожит электронную информацию, сторона защиты обратилась к нотариусу для ее фиксации [13].

Указанная ситуация нарушает как принцип состязательности, так и право граждан на защиту. Тем не менее какие-либо формы фиксации цифровой информации не предусмотрены ни УПК РФ, ни Федеральным законом от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». Между тем развитие информационных технологий, повсеместное распространение доступа в глобальную сеть Интернет приводят к формированию информационного общества, интернет-ресурсы обеспечивают всеобщий доступ к информационной среде. Соответственно необходимо предоставить стороне защиты возможность фиксации электронной информации для последующего преобразования в доказательства. Вышеизложенное не означает, что мы предлагаем обязать следователя признавать доказательством любую представленную стороной защиты цифровую информацию. По нашему мнению, достаточно обязать следователя производить ее фиксацию, предоставив свободу в оценке доказательственного значения.

В Федеральном законе от 17 апреля 2017 г. № 73-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» сделана попытка обеспечить гарантии реализации права стороны защиты на участие в доказывании. Законодатель предусмотрел перечень случаев, в которых стороне защиты не может быть отказано в удовлетворении ходатайства: привлечение специалиста; участие адвоката в следственных действиях, производимых по его ходатайству; приобщение к материалам уголовного дела доказательств, имеющих значение для уголовного дела. Полагаем необходимым аналогичным образом обеспечить сохранение и фиксацию электронной информации, находящейся в глобальной сети Интернет, дополнив ст. 159 УПК РФ «Обязательность рассмотрения ходатайств» частью 2.3 следующего содержания: «Стороне защиты не может быть отказано в

удовлетворении ходатайства об осмотре и копировании электронной информации, находящейся в глобальной сети Интернет, если она заявляет, что эта информация подтверждает обстоятельства, подлежащие доказыванию по уголовному делу».

Указанные дополнения обеспечат сохранность электронных доказательств, обнаруженных стороной защиты, предоставят гарантии их исследования и оценки субъектами доказывания, устранят препятствия и ограничения права защитника на собирание доказательств по уголовному делу.

#### *Литература*

1. Белкин, А. Р. Теория доказывания: научно-методическое пособие / А. Р. Белкин. – М.: Норма, 1999. – 429 с.
2. Власова, Н. А. Собирание защитником доказательств на досудебных стадиях уголовного процесса: монография / Н. А. Власова, И. С. Краскова. – М.: ВНИИ МВД России, 2010. – 118 с.
3. Жунусканов, Т. Ж. Проблемы адвокатского расследования в процессе осуществления защиты по уголовному делу / Т. Ж. Жунусканов // Адвокатская практика. – 2010. – № 3. – С. 38–42.
4. Зуев, С. В. Использование электронной оперативно-розыскной информации в уголовном процессе / С. В. Зуев // Вестник ЮУрГУ. Серия «Право», 2018. – Т. 18. – № 1. – С. 24–29.
5. Калюжный, А. Н. Трансформация форм адвокатского расследования в уголовном процессе: проблемы правовой конструкции и практики реализации / А. Н. Калюжный // Адвокатская практика. – 2017. – № 2. – С. 44–49.
6. Осьмаков, М. А. Адвокатское расследование в современном уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук / М. А. Осьмаков. – Владимир, 2007. – 177 с.
7. Петрухин, И. Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса в России / И. Л. Петрухин. – М.: ТК Велби, 2004. – Ч. I. – 220 с.
8. Развитие информационных технологий в уголовном судопроизводстве: монография / под ред. С. В. Зуева. – М.: Юрлитинформ, 2018. – 248 с.
9. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: учебник / отв. ред. П. А. Лупинская. – М.: Норма, 2009. – 1072 с.
10. Ульянова, Л. Т. Предмет доказывания и доказательства в уголовном процессе России / Л. Т. Ульянова. – М.: Городец, 2008. – 176 с.
11. Шейфер, С. А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования / С. А. Шейфер. – М.: Норма, 2008. – 240 с.
12. Апелляционный приговор Челябинского областного суда по уголовному делу № 10-479/ 2014 // Архив Челябинского областного суда.
13. Материалы уголовного дела № 1170175000023738 // Архив Курчатовского районного суда г. Челябинска.

**Овчинникова Оксана Витальевна** – кандидат юридических наук, доцент кафедры правоохранительной деятельности и национальной безопасности, Южно-Уральский государственный университет, г. Челябинск. E-mail: ovchinnikova-ov@yandex.ru.

*Статья поступила в редакцию 17 мая 2018 г.*

## PROBLEMS OF COLLECTING ELECTRONIC EVIDENCE BY THE PARTY OF DEFENSE

**O. V. Ovchinnikova**

*South Ural State University, Chelyabinsk, Russian Federation*

The article analyzes the right of the defender to collect and present evidence at the pre-trial stages of criminal proceedings as one of the main ways to implement the principle of adversarialism, to ensure equality of parties in criminal proceedings. In the framework of a systematic analysis of the epistemological nature of the process of proof, the author comes to the conclusion that the powers of the defender, specified in the criminal procedural law as ways of collecting evidence, have a different procedural essence. The author's position is that only state bodies are the subjects of collecting evidence, and for the defense party another way of exercising the right to participate in proving is provided—the presentation of evidence. Examples are given from the investigative and judicial practice, illustrating the problems arising in the course of implementation by the party protecting their rights, and confirming the legal incompleteness of their procedural regulation. The peculiarities of collecting electronic evidence by the defense party on the Internet are considered, the necessity of adopting legislative provisions ensuring its fixation is argued.

**Keywords:** *defense, proof, collection of evidence, electronic evidence.*

### References

1. Belkin A. R. *Teoriya dokazyvaniya* [Theory of Evidence]. Moscow, 1999, 429 p.
2. Vlasova N. A., Kraskova I. S. *Sobiranie zashchitnikom dokazatel'stv no dosudebnykh stadiyakh ugolovnoy protsessy* [Collection of evidence by the defender, but pre-trial stages of criminal proceedings]. Moscow, 2010, 118 p.
3. Zhunuskanov T. Zh. [Problems of the lawyer's investigation in the process of defense in the criminal case], *Advokatskaya praktika* [Lawyer practice], 2010, no. 3, pp. 38–42. (in Russ.)
4. Zuev S. V. [Use of electronic operative-search information in the criminal process]. *Vestnik Yuzhno-Ural'skogo gosudarstvennogo universiteta. Seriya «Pravo»* [Bulletin of the South Ural State University. Series “Law”], 2018, T. 18, no. 1. pp. 24–29. (in Russ.)
5. Kalyuzhnyy A. N. [Transformation of forms of lawyer's investigation in criminal trial: problems of legal design and practice of realization], *Advokatskaya praktika* [Lawyer practice], 2017, no. 2, pp. 44–49. (in Russ.)
6. Os'makov M. A. *Advokatskoe rassledovanie v sovremennom ugolovnom protsesse: dis. ... kand. jurid. nauk* [Lawyer's investigation in the modern criminal trial: Diss. Kand. (Law)]. Vladimir, 2007, 177 p.
7. Petrukhin I. L. *Teoreticheskie osnovy reformy ugolovnoy protsessy v Rossii* [The theoretical basis of the reform of the criminal process in Russia]. Moscow, 2004, Ch. I, 220 p.
8. *Razvitie informatsionnykh tekhnologiy v ugolovnom sudoproizvodstve : monografiya pod red. S. V. Zueva*. [Development of information technologies in criminal proceedings: monograph], Moscow, 2018, 248 p.
9. Lupinskaya P. A. *Ugolovno-protsessual'noe pravo Rossiyskoy Federatsii red.* [Criminal Procedural Law of the Russian Federation]. Moscow, 2009, 1072 p.
10. Ul'yanova L. T. *Predmet dokazyvaniya i dokazatel'stva v ugolovnom protsesse Rossii* [The subject of proof and evidence in the criminal proceedings of Russia]. Moscow, 2008, 176 p.
11. Sheyfer S. A. *Dokazatel'stva i dokazyvanie po ugolovnym delam : problemy teorii i pravovogo regulirovaniya* [Evidence and Evidence in Criminal Cases: Problems of Theory and Legal Regulation]. Moscow, 2008, 240 p.

12. Apellyatsionnyy prigovor Chelyabinskogo oblastnogo suda po ugovnomu delu № 10-479/2014 [Appeal verdict of the Chelyabinsk Regional Court in criminal case No. 10-479 / 2014]. Arkhiv Chelyabinskogo oblastnogo suda.

13. Materialy ugovnogo dela № 1170175000023738 [Materials of the criminal case № 1170175000023738]. Arkhiv Kurchatovskogo rayonnogo suda Chelyabinsk.

**Oksana Vitalevna Ovchinnikov** – Candidate of Sciences (Law), Associate Professor of Department of Law Enforcement and National Security, South Ural State University, Chelyabinsk. E-mail: ovchinnikova-ov@yandex.ru.

*Received 17 May 2018.*

---

**ОБРАЗЕЦ ЦИТИРОВАНИЯ**

Овчинникова, О. В. Проблемы соби́рания элеќтронных доказа́тельств сторо́ной за́щиты / О. В. Овчинникова // Вестник ЮУрГУ. Серия «Право». – 2018. – Т. 18, № 3. – С. 27–33. DOI: 10.14529/law180304.

**FOR CITATION**

Ovchinnikova O. V. Problems of collecting electronic evidence by the party of defense. *Bulletin of the South Ural State University. Ser. Law*, 2018, vol. 18, no. 3, pp. 27–33. (in Russ.) DOI: 10.14529/law180304.

---