**Процесс доказывания по делам о преступлениях в сфере высоких информационных технологий**

Об информации, ее разновидностях, праве на информацию и его защите, компьютерной преступности, вирусах, хакерах и прочих реалиях современной действительности пишут немало.

Актуальность обозначенной темы исследования вызвана, во-первых, тем, что компьютеры и все, что им сопутствует (программное обеспечение, комплектующие, новинки электронно-вычислительной техники и т.п.), окончательно и бесповоротно вошли в нашу жизнь. Многие уже не могут обходиться без них и начинают рабочий день с включения компьютера, просмотра электронной почты, новостей в сети Интернет и т.д.

Во-вторых, тем, что в условиях современного информационного общества, которое, по нашему мнению, в России только начинает формироваться, не говорить об этом, не писать уже нельзя. Эпоха пейджеров, мобильных телефонов, электронных записных книжек, ноутбуков, миникомпьютеров, умещающихся в ладони, и прочей электронно-вычислительной техники, наполнившей потребительский рынок крупных мегаполисов, а теперь и малые города, так бурно началась, что заставляет обращать на себя неподдельное внимание. Скорость передачи информации, ее объемы и размеры устройств - вот то, что сегодня волнует разработчиков программно-аппаратных средств, а соответственно и потребителей. Но у научно-технического прогресса, как и у медали, есть две стороны. Каждый видит в нем то, что хочет видеть. В этом заключается третья причина актуальности темы.

Равно как, по словам шведского писателя Ю.Л. Стриндберга, «революции совершают романтики, плодами их победы пользуются прагматики и корыстолюбцы», так и все то лучшее, что придумано одними людьми в области кибернетики, другие используют для достижения корыстных целей, а то и вовсе для совершения тяжких, низменных преступлений. Оказывается, и это возможно.

Не случайно законодатель в 1996 году ввел в Уголовный кодекс Российской Федерации главу 28 о преступлениях «в сфере компьютерной информации», чтобы как-то противостоять все нарастающему буму преступности, в которой особое место заняли уголовно-наказуемые деяния, совершаемые специфическим способом. Суть его сводится к созданию, изменению или уничтожению информации (которую мы назовем в настоящей работе «электронной»), находящейся в памяти компьютера (или другого устройства, не являющегося компьютером в прямом смысле). Такие действия позволяет злоумышленнику незаконным путем получить деньги, товары, добиться возникновения иных общественно опасных последствий. Подобные поступки сразу же попадают в разряд преступлений (компьютерных преступлений).

Зачастую сегодня в обществе приходится говорить и о защите таких ценностей, как жизнь и здоровье, честь и достоинство, безопасное и достойное развитие человека. К сожалению, эти неотъемлемые приоритеты тоже стали объектом преступных посягательств, и особенно в связи с развитием глобальной компьютерной сети Интернет, О результатах ее негативного воздействия часто сообщают СМИ, говорят на научно-практических конференциях, пишут в специальной литературе. Их может каждый увидеть невооруженным глазом. Почему все это происходит, можно ли с этим бороться, и если можно, то как - вот те вопросы, на которые необходимо найти ответ в ближайшее время. Необходимо потому, что компьютерная преступность набирает силу, вовлекая в свой сектор все новые и новые преступления, которые легче скрываются, сложнее выявляются и расследуются из-за особенностей доказательственной базы и неоднозначного понимания законодательства.

**Собирание и исследование электронной информации**

Решение проблем, связанных с расследованием преступлений в сфере высоких информационных технологий, сводится не только к поиску и использованию новых методов расследования подобных преступлений, в том числе и применение специальных знаний. Более значимый характер здесь приобретает комплекс правовых норм, регламентирующих процесс расследования подобных преступлений.

Конституция Республики Казахстан в статье 20 устанавливает, что «каждый имеет право получать информацию любым, не запрещенным законом способом». Вместе с тем доступность информации, передаваемой, например, по каналам сети Интернет, ставит вопрос об информационной защищенности не только отдельных физических и юридических лиц, но и государства в целом. Национальные интересы Республики Казахстан в информационной области, обусловленные вхождением Казахстана в мировую систему связи и информации, детерминировали возникновение соответствующих нормативно-правовых актов, регулирующих общественные отношения в сфере информации. Так, закон РК «О национальной безопасности Республики Казахстан» вводит понятие «информационной безопасности» как составляющей части национальной безопасности Казахстана. Согласно ему, под информационной безопасностью понимается состояние защищенности информационных ресурсов, а также прав личности и интересов общества в информационной сфере. Для сравнения – в Российской Федерации с 1995 года функционирует отдельный закон «Об информации, информатизации и защите информации", посвященный исключительно оперированию информацией. Принятый в мае 2003 года Закон РК «Об информатизации», законодательно определяя и закрепляя понятия информационных ресурсов, их пользователей и защиты, явился своевременной реакцией законодателя на развитие информационных отношений. Данный закон является той основой, на которой должны будут базироваться последующие и внесены изменения в действующие нормативно-правовые акты, устраняя тем самым возникающие противоречия..

Информатизация в настоящее время привела к появлению на территории Казахстана новых негативных проявлений, в том числе и преступлений в этой области. Законодатель не мог обойти этот факт. Так, в Уголовном кодексе Республики Казахстан, вступившем в силу с 1 января 1998 года, определены подходы к решению проблемы преступлений, связанных исключительно с компьютерной техникой и ее компонентами. Уголовный кодекс включает следующие составы преступлений, связанных с несанкционированным использованием ЭВМ и объединенных в статью «Неправомерный доступ к компьютерной информации, создание, использование и распространение вредоносных программ для ЭВМ» (ст. 227 глава 7 УК РК):

- неправомерный доступ к компьютерной информации;

- создание вредоносных программ для ЭВМ, а равно использование либо распространение таких программ

Как отмечает отечественный ученый Т.Б. Сеитов, «опасность, которую представляет компьютерная преступность, сегодня воспринята многими странами как объективно существующая реальность, о чем свидетельствует как наличие в законодательстве этих стран соответствующих норм, так и масштабность проводимых исследований». В подтверждение этого он приводит формулировку правовых норм, изложенных в Модельном уголовном кодексе стран СНГ, носящих рекомендательный характер для законодательств этих стран, в частности, содержащиеся в разделе 12 «Преступления против информационной безопасности». Согласно этому документу, имеют место статьи о следующих преступлениях:

- несанкционированный доступ к компьютерной информации;

- модификация компьютерной информации;

- компьютерный саботаж;

- неправомерное завладение компьютерной информацией;

- изготовление или сбыт специальных средств для получения неправомерного доступа к компьютерной системе или сети;

- разработка, использование или распространение вредоносных программ;

- нарушение правил эксплуатации компьютерной системы или сети.

Т.Б. Сеитов отмечает, что «при подготовке УК РК казахстанский законодатель из предложенных рекомендаций выбрал лишь два состава преступлений». Позиция казахстанского законодателя не достаточна четкая, так как не отражает в своем качественном составе сопутствующие преступлению действия преступника, которые, как показывает международный опыт, признаны общественно опасными. Например, в уголовном законодательстве России наряду с аналогичными Казахстану составами преступлений присутствует еще один – нарушение правил эксплуатации ЭВМ, системы ЭВМ или их сети. Обусловлено, в первую очередь, это тем, что правоохранительные органы Российской Федерации в своей работе довольно часто сталкиваются с подобными противоправными деяниями в этой области.

Особенности профилактики преступлений в сфере ВИТ учитываются не только законодателем, но и органами исполнительной власти. Так, в Агентстве Республики Казахстан по защите государственных секретов постановлением правительства РК в 2000 году создан Центр технической защиты информации, призванный внедрять в деятельность государственных органов технические средства защиты информации, а также разрабатывать новые. Также при правительстве РК в настоящее время функционирует Государственная комиссия по защите информации, само название которой говорит о ее предназначении. Затронута и экономическая сфера деятельности исполнительных органов. Например, в системе Национального банка Республики Казахстан разработан целый пакет положений и инструкций, призванный обеспечить конфиденциальность и сохранность информации об электронных платежах между подразделениями Нацбанка и банками второго уровня. Не осталась в стороне и правоохранительная деятельность исполнительных органов. Так, в целях надлежащего обеспечения оперативно–розыскной деятельности правительством разработаны и утверждены меры по обеспечению специальных оперативно-розыскных мероприятий на сетях электросвязи Республики Казахстан.

Как уже отмечалось, анализ практики совершения рассматриваемых преступлений свидетельствует о том, что в большинстве случаев в виде доказательств по уголовным делам выступает информация, содержащаяся в различного рода устройствах – компьютерах, телефонах и т.д. Однако частичное упоминание статуса и свойств такой информации - компьютерной или электронной - в законодательных актах не решает проблем использования ее в качестве доказательств по уголовным делам.

В действующем уголовно–процессуальном законодательстве дается четкое определение доказательств, согласно которому доказательствами по уголовному делу являются законно полученные фактические данные, на основе которых в определенном законом порядке дознаватель, следователь, прокурор или суд устанавливают наличие или отсутствие деяния, предусмотренного уголовным законодательством, совершение или несовершение этого деяния обвиняемым и виновность либо невиновность обвиняемого, а также иные обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения дела. Н.М. Кипнис считает, что под фактическими данными следует понимать содержащиеся в доказательствах сведения, информацию о прошлых событиях. Но, продолжая дальше, он считает, что доказательство по уголовному делу всегда имеет не только фактическое содержание, но и процессуальную форму получения, сохранения и воспроизведения необходимой информации. Следует подчеркнуть, что процессуальной формой получения, сохранения и воспроизведения информации являются те предусмотренные законодательством источники, из которых субъекты доказывания получают эту информацию. В п.2 ст.115 Уголовно-процессуального кодекса РК устанавливаются источники получения таких данных, причем их перечень является исчерпывающим:

- показания подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего и свидетеля;

- заключение эксперта;

- вещественные доказательства;

- протоколы процессуальных действий;

- документы.

Согласно закону, информация на машинных носителях может выступать как в роли вещественных доказательств, так и документов. Однако особенность информации, находящейся в системе или сети компьютеров, или иных предназначенных для этого устройств, заключается в том, что для непосредственного ознакомления с ней, осуществления над ней каких либо действий необходимо наличие, как определенных устройств, так и особых способов и методов, отличающихся от обычного визуального восприятия. Таким образом, в логической цепочке «информация – субъект восприятия информации» необходимо наличие промежуточного звена, а именно особой технологии ознакомления, оперирования и исследования такой информации. Например, изучение следователем обстоятельств оперирования информацией в преступных целях будет опосредовано средствами компьютерной и иной техники. Кроме того, при невозможности изъятия компонентов информационной сети с содержащейся в ней информацией ввиду их громоздкости, хрупкости и ряда других причин следователь прибегает к частичному изъятию такой информации и даже создает ее копию. Следовательно, встает вопрос о производности этой информации, а значит и о производности подобных доказательств. В теории уголовно-процессуального права различают доказательства первоначальные и производные. В настоящее время криминалистика предметные копии, модели доказательств относит к производным доказательствам.

Согласно Л.М. Карнеевой, первоначальными считаются доказательства, являющиеся первоисточниками сведений о подлежащем установлению факте или событии, а производными - доказательства, содержащие сведения, взятые из другого источника. Например, тот или иной предмет может приобрести значение доказательства по уголовному делу вследствие взаимодействия его как следовоспринимающего объекта с орудием преступления.

Однако в основе деления доказательств на первоначальные и производные, по мнению Л.М. Карнеевой, лежит не только источник их получения - из одного и того же источника могут быть получены как первоначальные, так и производные доказательства, но и особенности формирования сведений, которые могут иметь значение доказательств (непосредственно воспринимался факт объективной действительности или воспринимались только сведения о нем). Следует отметить еще и такой критерий разграничения этих доказательств, как особенности восприятия их лицом, производящим расследование, прокурором, судом и т.п. Действительно, восприятие указанными лицами сведений, как показывает практика, изменяется после получения вывода квалифицированных специалистов и экспертов по поводу данной информации. Например, суждение следователя о предметах на стадии изъятия отличается от того момента, когда в отношении их будет проведена соответствующая экспертиза. Иногда изъятие и приобщение к делу некоторых предметов, как отмечалось ранее, оказывается практически неприемлемым ввиду их громоздкости, хрупкости, невозможности нарушить целостность системы и т.п. Поэтому и прибегают к их моделированию, т.е. получению производного доказательства. При этом, по мнению Т.Ф. Варфоломеевой, не имеется в виду создание какого-то нового вещественного доказательства. Она утверждает, что, изготовляя копию, например слепок, следователь лишь переносит в него как в модель следа информацию о признаках и свойствах определенного, уже существующего предмета.

Рассмотрим информацию, содержащуюся в средствах компьютерной и иной информационной техники, которая положена в основу источников доказательств по данной категории дел. Так, при изъятии с жестокого диска компьютера какой-либо программы следователь прибегает к простому ее копированию, т.е. создает производное вещественное доказательство, например дискету с компьютерной программой. Очевидно, что при моделировании производного доказательства идет процесс отражения - одни предметы не только действуют на другие, но и воспринимают действие последних. Однако, поскольку отображение не может существовать без отражаемого и отображаемое то же не существует независимо от отображающего, данное взаимодействие объектов предполагает первичность отражаемого и вторичность отображения. Взаимодействующие объекты являются отображаемыми и отображающими по отношению друг к другу: один объект в данном случае выступает как источник отражения, другой - как носитель отражения. Некоторые ученые, в частности Т.В. Варфоломеева, утверждают, что от производных вещественных доказательств не требуется, чтобы они воспроизводили все без исключения признаки и свойства первоначального (оригинального) доказательства. Необходимо лишь, чтобы создаваемая модель точно отражала его особенности, имеющие существенное для дела значение. Основной функцией производного вещественного доказательства, утверждает Т.В. Варфоломеева, является замещение оригинала как носителя конкретных фактических данных. Его доказательственное значение состоит в том, что оно отражает такие признаки первоначального вещественного доказательства, которые позволяют установить групповую принадлежность, индивидуальное тождество и другие важные для расследуемого события обстоятельства.

Вместе с тем есть определенные особенности, возникающие при копировании информации, т.е. моделировании производного доказательства:

а) согласно ГОСТу 6.10.4-84 "Придание юридической силы документа на машинном носителе и машинограмме, создаваемыми средствами вычислительной техники" и программа на жестком диске компьютера, и программа на дискете, которые будут зафиксированы в соответствии с положениями УПК РК так же, как этого требует ГОСТ, будут иметь одинаковую юридическую силу;

б) практика свидетельствует, что работа в некоторых операционных системах, выполняемая при копировании информации, приводит к частичному изменению ее реквизитов. Например, в операционной системе MS-DOS v.6.22 и более ранних версиях при копировании дата создания копируемой программы изменяется на дату, когда было произведено копирование;

в) большинство программ при их установке на компьютер и первоначальном запуске проставляют учетные записи – прописываются – в реестре операционной системы, а если данные программы созданы для работы под какой-то определенной программной оболочкой, то и в этой оболочке. Например, записанные на компьютер некоторые лицензионные базы данных, созданные для функционирования в программной среде Microsoft Access, фиксируются в системном реестре операционной системы Windows 9x, 2000, ХР а кроме того, и в списке баз данных данной оболочки;

г) на компьютерах, объединенных в локальную сеть, нередко устанавливаются программы, которые при их эксплуатации автоматически запрашивают информацию, содержащуюся в других компьютерах. Так, программа «Юрист», содержащая базу данных по законодательству РК, функционирующая в Национальном банке РК, при каждом ее запуске с компьютера, на котором она установлена, запрашивает информацию о нахождении электронного ключа, расположенного в центральном компьютере – сервере. Таким образом, происходит проверка лицензионного продукта. При отсутствии такого электронного ключа программа просто не запустится (наиболее характерный способ совершения преступления в данном случае будет заключаться во внесении изменений в программу для блокировки такого запроса, в целях эксплуатации этой программы на других компьютерах без лицензионного соглашения).

Таким образом, при простом копировании информации не всегда возможна передача всех особенностей исходной информации, некоторые ее элементы при копировании могут быть утеряны. Кроме того, если информация перекопирована, то при соответствующем ее оформлении, она обладает такой же юридической силой, что и оригинал.

Следовательно, при копировании информации – моделировании производного доказательства - создается не только два различных объекта (очевидно, что они будут различаться по некоторым параметрам, т.е. не будут идентичны), но и два доказательства, имеющие одинаковую юридическую силу, а также и доказательственный статус, что неприемлемо для целей расследования и доказывания преступлений в информационной сфере. Значит, при невозможности собирания и производства исследования (не только экспертного, но и в рамках следственных действий) первоначальных доказательств в силу указанных выше причин моделирование производных доказательств в форме копирования информации не может использоваться. В связи с этим возникает вопрос о поиске новых методов их собирания и исследования, и что наиболее важно, о правовой регламентации этих действий. С этой целью рассмотрим особенности процесса доказывания по делам о преступлениях в сфере ВИТ.

Согласно действующему законодательству, процесс доказывания по любому виду преступлений состоит из собирания, исследования, оценки и использования доказательств в целях установления обстоятельств, имеющих значение для дела. М.С. Строгович в качестве основных способов собирания вещественных доказательств и документов, к числу которых отечественным законодателем относится и информация на машинных носителях, выделяет осмотр места преступления, обыск и выемку. Обнаруженные в ходе производства этих следственных действий доказательства, согласно закону, закрепляются и оформляются в установленном порядке. Для этого, как отмечает М.С. Строгович, составляются следующие процессуальные акты:

- протокол осмотра места происшествия, в ходе которого был обнаружен предмет, могущий быть вещественным доказательством;

- постановление следователя о приобщении данного предмета к делу в качестве вещественного доказательства;

- протокол осмотра вещественного доказательства.

Позиция указанного автора нашла свое отражение в отечественном законодательстве лишь в части вещественных доказательств, тогда как признание доказательства документом при совпадении способов собирания не требуется, в отличие от вещественных доказательств, обязательного процессуального оформления. Иными словами, процессуальный порядок собирания вещественных доказательств и документов различен. Практика расследования преступлений в сфере ВИТ показывает, что одна из проблем доказывания подобных преступлений заключается в отнесении информации на машинных носителях к одному из видов доказательств – вещественным доказательствам или документам. Для того чтобы понять и выделить критерии разграничения информации в системе компьютеров или иных устройств и их сетей проанализируем правовое положение такой информации.

Как отмечалось нами ранее, согласно действующему Уголовно-процессуальному кодексу, электронная информация может быть представлена в двух видах - как документы и как вещественные доказательства. В первом случае под документами понимаются сведения, изложенные или удостоверенные в них организациями, должностными лицами и гражданами, имеющие значение для дела, причем, документами признаются и материалы, содержащие компьютерную информацию. Электронная информация в таком случае должна быть в соответствии с ГОСТом облечена в удобную для понимания форму. Рассмотрим, что понимается под "удобной для понимания формой". П.9 Инструктивного письма Государственного арбитража СССР от 29 июня 1979 года "Об использовании в качестве доказательств по арбитражным делам документов, подготовленных с помощью электронно-вычислительной техники", действующего на территории РК в настоящее время в связи с отсутствием других нормативных актов, регулирующих данный вопрос, устанавливает, что "данные, содержащиеся на техническом носителе (перфоленте, перфокарте, магнитной ленте, магнитном диске и т.п.) могут быть использованы в качестве доказательств по делу только в случаях, когда они преобразованы в форму, пригодную для обычного восприятия и хранения в деле"Другой документ - ГОСТа 6.10.4-84 "Придание юридической силы документам на машинном носителе и машинограмме, создаваемым средствами вычислительной техники", также действующий на территории РК в настоящие время, устанавливает, что документ на машинном носителе имеет юридическую силу, если он записан, изготовлен и размечен в соответствии с требованиями государственных стандартов, а информация закодирована в соответствии с общесоюзным классификатором технико-экономической информации. Обязательные реквизиты документа на машинном носителе (наименование организации - создателя документа; местонахождение организации - создателя документа; наименование документа; дата изготовления документа; код лица, ответственного за правильность изготовления документа на машинном носителе или машинограммы или, как правило, код лица, утвердившего документ) должны быть размещены способом, позволяющим однозначно идентифицировать реквизит.

Суммируя вышесказанное, следует отметить, что и у письменных документов, и у компьютерных документов должны быть в наличии реквизиты, играющие информационную (сообщая источник происхождения сведений в содержащемся документе) и аутентификационную (подтверждая подлинность информации) функции. В традиционных письменных документах к реквизитам относятся подпись человека и печать - именно с ними связывается юридическая сила документов, их доказательственное значение. Оба эти реквизита индивидуальны и, по мнению А.В. Ткачева, их фальсификация относительно затруднена по сравнению с иными реквизитами документов. Важным достоинством указанных реквизитов является то, что в юридической практике выработано большое количество эффективных способов по установлению их подлинности. К документам, выполненным в электронном виде, указанные реквизиты неприменимы в силу особенностей восприятия электронной информации. В связи с этим у электронных документов появляются характерные только для них реквизиты.

Реакция на появление новых обязательных реквизитов у электронных документов, передаваемых по каналам связи, например электронно-цифровой подписи, в отличие от гражданского законодательства так и не нашло своего отражения не только в отечественном, но и в зарубежном уголовном законодательстве, что является существенным недостатком. Гражданско-правовой подход к юридической силе электронных документов нашел свое отражение даже в международных и европейских актах. Например, статья 5 типового закона об электронной торговле гласит: "Информация не может быть лишена юридической силы, действительности или исковой силы на том лишь основании, что она составлена в форме сообщения данных". Однако и он не учитывает правовую и криминалистическую сущность электронно-цифровой подписи сообщений. Другим видом источников доказательств, которым может выступать электронная информация, являются вещественные доказательства. Согласно закону, вещественными доказательствами признаются предметы, если есть основания полагать, что они служили орудиями преступления, или сохранили на себе следы преступления, или были объектами преступных действий, а также деньги и иные ценности, предметы и документы, которые могут служить средством к обнаружению преступления, установлению фактических обстоятельств дела и выявлению виновных. Судебная практика показывает, что в уголовных делах, где информация на различных видах электронных носителей выступала в качестве доказательств, уголовно-процессуальное закрепление компьютерной информации в материалах уголовного дела идет по двум путям - протокольная форма фиксации и акты экспертизы. В первом случае содержание электронной информации отображается в уголовном деле в виде протокола осмотра вещественных доказательств с участием соответствующих специалистов. В поддержку такого направления выступает, например, А.В. Касаткин, который приводит довод о том, что в определенных случаях необходимо произвести неотложные оперативно-следственные мероприятия, а данные, полученные в ходе осмотра, можно будет незамедлительно использовать для установления и розыска преступников. Производство же экспертизы, по мнению А.В. Касаткина, требует большого количество времени, что связано, прежде всего, с тем, что экспертизы такого рода производятся вне экспертных органов, так как в большинстве случаев отсутствуют необходимые специалисты в этой области и следователь должен изыскивать таких людей самостоятельно. Однако, производство экспертизы обязательно в любом случае, даже после осмотра, так как только экспертиза может обеспечить всесторонность и полноту исследования электронной информации, что не всегда возможно при простом осмотре вещественного доказательства. Аналогичная ситуация в истории уголовно–процессуального права складывалась тогда, когда речь заходила о фотоснимках, кинолентах и видеограммах. Тогда же ученые и пришли к мнению, что данные объекты служат средством установления фактических данных, имеющих значение для дела, и для того, чтобы они «заговорили», их надо осмотреть, а при необходимости подвергнуть экспертному исследованию. То же самое, но применительно к информации на электронных носителях, мы видим в наличии и на сегодняшний момент. Неуловимый характер информации, хранящейся или передаваемой в электронной или магнитной форме, вызывает особые проблемы, так как такая информация не видна «невооруженным глазом», и увидеть ее при отсутствии специальных знаний и навыков очень сложно, а кроме того, такая информация может быть легко подделана или уничтожена. Легкость, с которой можно подделать, стереть или переписать заново информацию, хранящуюся в компьютере или в других устройствах, дает «единственную в своем роде возможность уничтожения вещественных доказательств практически бесследно». Вопросы соотношения использования информации на различных носителях как в виде документов, так и в виде вещественных доказательств неоднократно рассматривались в уголовно–процессуальной и криминалистической литературе. В основу их разграничения ложились такие критерии, как содержание получаемой доказательственной информации, способы ее сохранения, передачи, методы исследования, заменимость, подлинность, способы процессуального закрепления и т.п. Но, как правильно заметил И.А. Зинченко, «уязвимость этих суждений обуславливается тем, что они, как правило, основываются не на законе, а потому не имеют универсального характера». Действительно, перечисленные выше критерии деления на вещественные доказательства и документы относятся к свойствам источников доказательств соответствующего вида. Согласно ст.121 УПК РК, к вещественным доказательством будет относиться компьютерная информация на различного рода носителях, если она являлась орудием преступления, была объектом преступных действий, сохранила на себе следы преступления или же может служить средством к обнаружению преступления, установлению фактических обстоятельств дела и т.д. Документом же, согласно ст. 123 УПК РК, является компьютерная информация, если эти сведения, изложенные или удостоверенные в них организациями, должностными лицами или гражданами, имеют значение для дела. К какой же тогда категории можно отнести компьютерную информацию?

В литературе высказывалось предложение о дополнении перечня источников доказательств материалами, полученными в результате применения научно–технических средств. Это так называемые «результаты научно-технических средств» у А. Леви, и «материалы технико–криминалистических средств» у М.В. Салтевского и ряд других. Вместе с тем, специфика технических средств не может служить достаточно весомым аргументом, а кроме того, существующие способы получения, обращения и приобщения доказательств к материалам уголовного дела достаточно разнообразны, что не позволяет объединить результаты использования технических средств в одну группу.

Можно констатировать тот факт, что на практике большинство проблем возникает именно при отнесении электронной информации к какому–либо из перечисленных выше видов источников доказательств. Проанализировав существующее законодательство, а также структуру, свойства и содержание электронной (компьютерной) информации при отнесении ее к определенной группе доказательств, можно выделить следующие критерии, которые лежат в основе разграничения информации на электронных носителях на вещественные доказательства и документы:

- содержание электронной информации;

- функциональное предназначение электронной информации;

- целевое предназначение электронной информации.

Рассмотрим каждый из этих критериев в отдельности.

В первом случае под содержанием информации в электронном виде понимается ее смысловая нагрузка, т.е. такая информация должна фиксировать какие-либо данные независимо от способа ее создания, причем форма ее внешнего представления в средствах компьютерной техники зависит лишь от создателя такой информации. Действительно, создать, например текстовый файл, содержащий бланк доверенности можно как в редакторе текстов MS-WORD (Microsoft Word) любой версии, так и в ряде других - CorelDraw, PageMaker, Adobe и т.д., а кроме того, данный файл можно записать в любом формате, который поддерживает операционная система, установленная на этом компьютере. В таком случае электронная информация выступает в роли документа, призванного передавать какие-либо сведения лицу, который знакомится с ней. Но если в первоначальное содержание внесено изменение, т.е. смысл ее отличается от замысла ее создателя (например, при внесении изменений в программу, текстовый или графический файл и т.д.), данная информация должна быть отнесена к категории вещественных доказательств. Все вышеприведенное затрагивало лишь материальный подлог, т.е. внесение изменений в первоначальное содержание документа. Что же касается интеллектуального подлога, то, как известно, он устанавливается в ходе изучения других материалов дела, а не в ходе его осмотра или производства экспертизы. Если при отнесении документа к вещественным доказательствам последующее производство экспертизы не установит фактов внесения изменений в содержание документа, а материалы дела свидетельствуют о несоответствии смысла информации другим обстоятельствам дела, то следует говорить об интеллектуальном подлоге такой информации. Причем производство экспертизы, объектом которой является вещественное доказательство - информация в электронном виде, выступает в качестве одного из средств установления такого подлога. В основе следующего критерия – функционального предназначения информации, лежит учет момента создания подобной информации. Это необходимо в виду того, что в ходе работы с ней, а также и при совершении преступлений с ее участием возможна ее модификация. Выявить этот факт можно как с помощью изучения сопровождающей документации, опроса лица, ее создавшего, так и опроса лица, работавшего с нею с момента ее появления – установки на компьютере и т.д. В настоящее время выделяют следующие основные виды компьютерной информации:

- текстовая информация;

- графическая информация;

- информация в виде готового исполняемого модуля;

- информация, обеспечивающая обмен данными между элементами компьютерной техники – системные драйверы.

С учетом всего этого возможно деление на документы и вещественные доказательства. Так, если с момента создания данная информация является обособленной, т.е. не требует определенного программного обеспечения, входящего в стандартный комплект системы компьютера, на котором она установлена; или же в процессе своего существования она (информация) не требует внешнего участия в ее функционировании (работа с ней оператора ЭВМ), или же внутреннего (информация создает производную или удаляет имеющуюся информацию), то ее можно отнести к документам. Таким образом, учитывая особенности текстовой и графической информации, а также некоторых исполняемых программ, заключающихся в их функциональном предназначении и особенностях работы с ними, мы можем отнести данные виды информации к документам. Системные программы и исполняемые программные модули в силу того, что при их функционировании возникает потребность в специально созданном для них аппаратном и программном обеспечении, т.е. в своей работе они взаимодействуют как с программными, так и с техническими средствами, нередко оставляя в них результаты своей деятельности, относятся, на наш взгляд, к вещественным доказательствам.

Третий критерий - целевое предназначение информации - с нашей точки зрения, учитывает цель, которую преследовал создатель таковой информации. То есть, если информация призвана сохранить и довести какие-либо данные до сведения других лиц, кроме ее создателя, т.е. ее смысловая нагрузка направлена на других людей, то ее следует отнести к документам. Если же информация исключает направленность для сохранения и ознакомления с нею других людей, а ставит перед собой цель к понуждению либо отказу в осуществлении каких-либо действий со стороны других программ или устройств, т.е. направлена на другую информацию или устройства ее оперирования, то ее следует отнести к вещественным доказательствам.

В процессе практической работы по собиранию доказательств при расследовании преступлений в сфере высоких информационных технологий не следует разграничивать электронную информацию на вещественные доказательства и документы по какому-либо одному из предложенных оснований, рекомендуется использовать их комплексно. В повседневной деятельности следователя часто ощущается нехватка времени и соответствующих знаний, что в результате сказывается не только при расследовании данного вида преступлений, но и ряда других. Поэтому учет содержания, функционального и целевого предназначения при определении информации, содержащейся на электронных носителях, как вещественного доказательства или же документа сможет в какой-то степени повысить эффективность и рациональность работы следователя. Информация в электронном виде наряду с компонентами компьютерной техники является одним из объектов, которые могут быть представлены на экспертизу. Ранее отмечалось, что в ряде случаев невозможно представить на исследование не только компьютерную технику целиком, но и «слепки» с информации, содержащейся в ней, – копии, так как все вышеперечисленные элементы неразрывно связаны между собой и для выяснения подавляющего большинства вопросов ставящихся на разрешение эксперта, необходимо выяснение их взаимосвязи и взаимофункционирования друг с другом. Возникает вопрос о возможности производства данных экспертиз прямо на месте происшествия, Р.С. Белкин назвал ее «полевой» криминалистикой.

В действующем законодательстве РК имеется ссылка на возможность производства экспертизы на месте происшествия. И хотя закон РК «О судебной экспертизе» лишь предусматривает возможность участия эксперта в осмотре, в Уголовно-процессуальном кодексе в ч.3 ст.248 говорится, что «в остальных случаях лицо, назначившее экспертизу, должно обеспечить доставку эксперта к месту нахождения объектов исследования, беспрепятственный доступ к ним и условия, необходимые для проведения исследования». Анализ позиций ученых в отношении производства экспертизы на месте происшествия позволяет выделить для этого следующие основания:

- если для решения вопросов, стоящих перед экспертизой, важно исследовать не только отдельные вещественные доказательства, но и обстановку места происшествия;

- если для ее успеха нужно исследовать взаимосвязь между следами на различных предметах, имеющихся на месте происшествия;

- если вещественные доказательства со следами преступления или преступника не могут быть доставлены с места происшествия в лабораторию из-за своих габаритов и свойств, вследствие которых возможно искажение или порча следов при транспортировке.

Р.С. Белкин, разделяя мнение о целесообразности в некоторых случаях производства экспертизы на месте происшествия, пишет о следующих особенностях ее производства:

а) в ходе производства подобной экспертизы исследованию подлежит не один какой–либо предмет, а вся материальная обстановка места происшествия, включая большое количество следов на различных предметах;

б) исследование производится в необычных условиях;

в) исследование выполняется непрерывно, и связано сжатыми сроками пребывания эксперта на месте происшествия.

Не следует забывать, что осмотр места происшествия и экспертиза на месте происшествия являются различными следственными действиями и законом не предусмотрена их взаимозаменяемость. Вопрос о времени назначения производства такой экспертизы целиком и полностью зависит от конкретной следственной ситуации. Как показывает практика, целесообразнее всего подобную экспертизу назначать сразу же после осмотра места происшествия. Проведение экспертизы до осмотра является неверным, так как нередко в ходе ее производства эксперт может производить исследование, которое повлечет за собой качественные преобразования, если говорить применительно к преступлениям в сфере ВИТ, как в информационной сети, так и в самих устройствах. Также в некоторых случаях экспертиза может носить диагностический характер в целях выявления конкретной ситуации, механизма и возможности совершения преступления, например, когда преступление совершено в отношении компьютерной системы, объединенной в единую сеть, и каждый компьютер хранит в себе различные следы преступлений.

Кроме того, с учетом специфики расследования преступлений в сфере ВИТ, соглашаясь с необходимостью в данном случае с производством экспертизы на месте происшествия, необходимо указать на необходимость ограничения круга объектов исследования. Действительно, большой круг таких объектов затрудняет производство экспертизы. Поэтому, объектами экспертизы должны выступать лишь те предметы, которые не могут быть осмотрены визуально следователем и понятны для всех участников предшествующего экспертизе осмотра, т.е. объектом экспертизы должны выступать компоненты компьютерной техники и т.п. Таким образом, согласно предложенной позиции, проводя осмотр места происшествия с участием соответствующих специалистов, следователь изучает обстановку и состояние места происшествия на тот момент и лишь после этого назначает экспертизу, которая может проводиться практически сразу же после осмотра. Причем исследование объектов на месте происшествия является лишь первоначальным этапом экспертизы, тогда как дальнейшее исследование (при необходимости), формирование выводов, составление и оформление заключения может проводиться в лабораторных условиях, если обстановка места происшествия не предусматривает дачу заключения на месте. Таким образом можно решить проблему, возникающую при удостоверении понятыми факта и результатов производства осмотра в суде, связанную зачастую с отсутствием иногда даже элементарных знаний в области компьютерных технологий у них. Ведь в таком случае при осмотре устанавливаются и проводятся общепонятные для всех участников действия, а порядок и результаты использования специальных знаний найдут свое отражение в акте экспертизы.

Однако на практике в большинстве случаев следователи прибегают к использованию комплекса следственных действий вместо назначения такой экспертизы. Анализ практики свидетельствует, что производство экспертизы вне лабораторных условий в большинстве случаев связано с исследованием зданий, сооружений, очагов пожара и т.п. Можно констатировать тот факт, что на практике буквально в единичных случаях следователи прибегают к привлечению экспертов (в большинстве случаев это сотрудники Центра судебной экспертизы) для производства исследований на месте происшествия при расследовании преступлений в сфере ВИТ. Однако, необходимость участия эксперта в осмотре или производстве части исследования на месте происшествия обусловлено тем, что данные действия являются наиболее эффективными способами сбора доказательственной базы, а также активно способствуют повышению результатов и совершенствованию практики раскрытия и расследования подобных преступлений.

С учетом вышеизложенного мы можем сделать следующие выводы:

- действующее законодательство Республики Казахстан с позиции причисления к источникам доказательств информацию в электронном виде относит как к вещественным доказательствам, так и к документам, в основе деления которых лежит содержание, функциональное и целевое предназначение такой информации;

- в случаях, когда такую информацию невозможно исследовать как в рамках отдельных следственных действий, так и предоставить ее на экспертизу в силу определенных причин (невозможность моделирования равнозначного первоначальной информации производного доказательства, большого количество устройств, задействованных в операциях над информацией и т.д.), необходимо проводить экспертизу на месте происшествия, а в некоторых случаях – и диагностирование ситуации на месте происшествия в рамках решения диагностических задач исследования.

Вместе с тем процесс доказывания по делам о преступлениях в сфере ВИТ не ограничивается собиранием и исследованием доказательств. Для расследования таких преступлений более важной является оценка доказательств, а именно заключения эксперта, как одного из основных результатов сбора и оценки доказательств, полученных этим путем, и дальнейшее их использование.

Оценка заключения эксперта следователем и судом

Этапом, являющимся логическим продолжением процесса по сбору и дальнейшему исследованию доказательств, особенности которого были рассмотрены выше, служит оценка собранных доказательств. И здесь имеются некоторые специфичные черты, обусловленные характером и структурой рассматриваемых нами видов преступлений.

В теории уголовно–процессуального права нет четкого определения понятия оценки доказательств. Одни авторы, например Д.М. Чечот, определяют ее как «имеющее правовые последствия суждение о достоверности доказательства, его силе и значении для установления искомых юридических фактов». Другие, в частности Р.С. Белкин, говорят о ней как о «логическом мыслительном процессе определения роли собранных доказательств в установлении истины». Некоторые, такие как И.М. Резниченко, указывают на то, что «оценку доказательств следует различать как деятельность, как результат этой деятельности и судебный акт». Вышеприведенные определения указывают на то, что, с одной стороны, оценка доказательств - это итог, результат мыслительной деятельности, с другой – это сама мыслительная деятельность, с третьей – это и мыслительная деятельность, и результат, и судебный акт. На наш взгляд, противопоставление деятельности ее правовому результату является неверным. По мнению Р.С. Белкина, оценка доказательств осуществляется на всем протяжении процесса расследования и доказывания: как в процессе дознания и предварительного следствия, так и входе судебного разбирательства уголовных дел. Подобно тому, как меняются субъекты расследования, меняются субъекты оценки, значение оценки: на предварительном расследовании доказательства оцениваются предварительно, оценка доказательств судом, выносящим решение по делу, является окончательным. Хотя и считается, что оценка доказательств является завершающим этапом в процессе доказывания, из этого не следует, что оценка имеет место лишь в завершающих стадиях уголовного процесса. Как видно, оценка проводится на протяжении всего процесса доказывания и выделяется в отдельную группу лишь в качестве логической операции. Вместе с тем некоторые ученые выделяют оценку доказательств в отдельную группу. Так, В.Д. Арсеньев пишет, что «если доказывание в целом составляет «сердцевину» уголовного процесса, то оценка доказательств является «душой» уголовно-процессуального доказывания». Однако автор тут же указывает на то, что данное суждение ни в коей мере не должно умалять других элементов доказывания – собирания и проверки доказательств. Л.М. Карнеева считает, что «практически собирание и проверка доказательств все время сопровождается их оценкой, так как в противном случае субъект доказывания просто не мог бы двигаться вперед». Таким образом, оценка доказательств является необходимым условием для принятия правильного решения по делу следователем, судом или другими субъектами оценки доказательств.

Р.С. Белкин под оценкой доказательств понимает логический процесс установления допустимости и относимости доказательств, наличия и характера связей между ними, определения значения и путей использования доказательств для обнаружения истины. Это наиболее правильное определение оценки доказательств, сущность которого отражена в действующем законодательстве.

С учетом норм действующего уголовно–процессуального права мы можем выделить следующие элементы оценки доказательств:

1) определение относимости доказательства или совокупности доказательств к конкретному уголовному делу – п.3.ст.128 УПК РК;

2) определение допустимости использования сведений или факта, устанавливаемого доказательством, к делу, отсутствие в нем противоречий закону - п.4 ст.128 УПК РК;

3) определение достоверности информации, содержащейся в доказательстве или совокупности доказательств, установление разрешенных законом источников, способов и методов по сбору и исследованию доказательств – п.5 ст.128 УПК РК;

4) оценка совокупности доказательств, связи доказательств друг с другом, характер и значение этой связи – п.6 ст.128 УПК РК.

Кроме того, Р.С. Белкин предлагает в качестве еще одного элемента процесса доказывания выделить определение путей дальнейшего использования данного доказательства или их совокупности в процессе доказывания. Данный элемент не нашел своего отражения в законе и существует только в криминалистике и теории доказательств. Однако, данный элемент, вытекая из задач уголовного процесса, является заключительным в оценке, так как позволяет в большей степени, по сравнению с другими элементами, установить взаимосвязь между предшествующими и последующими ступенями в доказывании, определить при необходимости направление по дальнейшему сбору и исследованию доказательств, а также принятию решения по делу.

Рассмотрим каждый из этих элементов оценки доказательств в отдельности. Установление относимости доказательства заключается в определении его связи с обстоятельствами дела, с предметом доказывания. Иными словами, относимость доказательства подразумевает факт подтверждения или опровержения данных об обстоятельствах, имеющих значение для дела, или ставит под сомнение такие факты. А.С. Кобликов указывает, что «относимость доказательств определяется главным образом по тому, входит ли обстоятельство, которое может быть выяснено с помощью этого доказательства, в предмет доказывания по делу, а также способно ли данное доказательство служить установлению этого обстоятельства». Однако относимость - не единственный критерий оценки доказательств. Следующий элемент оценки доказательств – оценка допустимости доказательства. Допустимость доказательства предполагает соответствие процесса его собирания и исследования требованиям закона. В первую очередь, допустимость определяется кругом источников получения доказательств, т.е. доказательство должно быть получено из указанного законом источника. Закон предусматривает в качестве источников следующие виды доказательств: показания подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, свидетеля, заключение эксперта, вещественные доказательства, протоколы процессуальных действий и иные документы. Перечень этих источников является исчерпывающим и не подлежит расширительному толкованию. Таким образом, факты, установленные иным, не предусмотренным законом источником, не могут приниматься во внимание. Однако правильная оценка допустимости того или иного доказательства определяется еще и соблюдением соответствия процессуальной формы доказательства требованиям закона, а кроме того, и соблюдения предусмотренного законом порядка ее формирования.

Указанные элементы – допустимость и относимость доказательства, как справедливо отмечает Р.С. Белкин, тесно взаимосвязаны между собой: вопрос о допустимости возникает только при рассмотрении относимых доказательств, а относимыми могут быть признаны только допустимые доказательства. Следующим элементом является определение достоверности доказательства. Достоверность доказательства – это правильное отражение фактов реальной действительности, имеющих значение для дела. И здесь проверка достоверности сводится не только к анализу в совокупности источника доказательства и всего процесса его формирования, но и сопоставление его с другими доказательствами. Последнее особенно выделяет Б.Т. Матюшин, указывая на то, что достоверность доказательства нельзя определять непосредственно путем сопоставления фактических данных с реальной действительностью, которую эти данные отражают, так как субъект оценки имеет дело со сведениями о фактах, имеющих место в прошлом.

Еще один элемент оценки доказательств – это определение их совокупности. Говоря об определении совокупности доказательств, в первую очередь следует сказать об их достаточности. Закон не устанавливает приоритета какого-либо доказательства над другими. Кроме того, исходя из такого принципа уголовного процесса, как всесторонность и полнота расследования, можно с уверенностью сказать, что установить все фактические данные, имеющие значение для дела с помощью одного доказательства, невозможно. Поэтому доказательства оцениваются всегда в совокупности с другими. Доказательство не существует изолированно, вне системы доказательств, находящихся в различных связях друг с другом. Установление этих связей - один из компонентов оценки совокупности доказательств.

Последний элемент в оценке доказательств, а именно определение путей дальнейшего использования доказательств, по нашему мнению, позволяет оформить и реализовать цель всего процесса оценки доказательств, определить план дальнейшего построения расследования, ограничиться собранными доказательствами, а при необходимости дополнить их новыми. И как результат этой деятельности, итог процесса доказывания на каждой стадии уголовного процесса, по мнению ряда авторов, будет письменное изложение оценки доказательств в соответствующих процессуальных актах (обвинительном заключении, приговоре и т.д.).

Особо следует выделить значение внутреннего убеждения в оценке доказательств, которыми, согласно закону, руководствуются субъекты доказывания. Вместе с тем немаловажную роль при оценке доказательств будет играть практический опыт субъекта оценки, т.е. большое значение будет иметь практика, причем не только раскрытия и расследования, но и оценки подобных доказательств. В научной литературе практику относят к объективному фактору оценки доказательств, а внутреннее убеждение – к субъективному. Однако, как отмечает Л.М. Карнеева, убеждение в момент принятия процессуального решения не прямо определяет характер положенного в основу оценки вывода. Кроме того, для выработки твердого убеждения субъект доказывания всегда выискивает сходный прецедент, который хоть и не может быть положен в основу оценки доказательств по аналогии, но, тем не менее, играет огромную роль для формирования оценочных суждений. Внутреннее убеждение означает, что субъекты доказывания свободны в выборе стратегии достижения истины по каждому конкретному делу. Но это не означает, что при отсутствии практики оценки доказательств по какой-либо группе дел должно приводить к ошибкам в оценке доказательств. Ведь внутреннее убеждение содержит кроме практики еще и другие элементы, такие как правосознание субъекта доказывания и его совесть. А.С. Кобликов, отмечает: «Внутренне убеждение – не бесконтрольное, произвольное мнение тех или иных лиц. Его обоснованность должна и может быть проверена по материалам дела».

Рассмотренные элементы оценки доказательств являются наиболее общими, не отражающими в полном объеме отдельные черты оценки некоторых доказательств и не учитывающими специфику отдельных видов преступлений. Это относится и к заключению эксперта, когда возникала необходимость использования специальных научных знаний при расследовании преступлений в сфере высоких информационных технологий.

Заключение эксперта, по мнению С.Ф. Бычковой, имеет двоякое значение: с одной стороны, это вид доказательства, а с другой - это процессуальный акт, в котором это доказательство изложено. Вместе с тем, как отмечает Г.И. Поврезнюк, на практике заключение эксперта в силу своих специфичных черт, а именно использования специальных научных знаний, воспринимается субъектами оценки как особый вид доказательства. Данная позиция является необоснованной и противозаконной, так как по мнению указанного автора, эксперт может ошибиться в выводах, сделанных в ходе проведенного им исследования (анализ подобных ошибок будет приведен ниже).

Оценка заключения эксперта проходит в два этапа – сначала заключение эксперта оценивается субъектами, осуществляющими уголовное преследование, т.е. следователем, дознавателем, прокурором, а лишь затем она оценивается судом. У каждого из этих этапов имеются особенности. Рассмотрим каждый из них в отдельности. Оценка отдельного доказательства, источником которого является заключение эксперта, сводится к решению вопросов о достоверности заключения эксперта, о доказанности фактических данных и об их значении для установления главного факта. Анализ научной литературы позволяет определить наиболее общие элементы оценки заключения эксперта:

а) оценка процессуального порядка назначения и проведения экспертизы;

б) оценка личности эксперта;

в) оценка материалов, представленных на экспертизу;

г) оценка полноты и научной обоснованности заключения эксперта;

д) оценка заключения эксперта с точки зрения сделанных им выводов;

е) оценка правильности составления самого заключения;

ж) оценка вероятных ошибок, которые могут быть допущены экспертом;

з) оценка содержащихся в заключении эксперта доказательств с точки зрения их относимости к делу, допустимости и места в системе иных доказательств, т.е. оценка в совокупности с другими доказательствами.

Вместе с тем, чем шире у следственного или судебного работника кругозор, опыт и разносторонние знания в области специальных вопросов, тем более основательно и критично будет им рассматриваться заключение эксперта.

Как отмечает С.Ф. Бычкова, в ходе оценки процессуального порядка назначения и производства экспертизы оценивается соблюдение установленных законом требований при вынесении постановления о назначении экспертизы, соблюдение прав подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего при назначении экспертизы и ознакомлении с ее результатами в ходе предварительного расследования, оценивается процессуальный порядок разъяснения эксперту его прав и обязанностей, правильность оформления заключения эксперта. Оценка личности эксперта, а именно его квалификации и компетентности в решении поставленных перед ним вопросов, сводится к установлению у него специального образования, определенной специализации и опыта работы по ней. Таким образом, субъекты доказывания вынуждены как бы проводить оценку квалификации и компетентности эксперта еще на стадии назначения экспертизы, изыскивая таковых самостоятельно. Р.С. Белкин в свое время указывал на то, что, так как выбор эксперта осуществляется непосредственно субъектом доказывания, то в ходе личного общения с экспертом может быть установлена и его компетентность, а также наиболее полное представление о компетентности эксперта можно составить в ходе исследования, наблюдения за его работой, если субъект доказывания присутствует при ее производстве. Р.Д. Рахунов отмечает, что в таких случаях компетентность эксперта определяется уже в ходе производства экспертизы. Однако, как показывает практика, на сегодняшний день большинство следователей не обладает в достаточной степени соответствующими знаниями в области информационных технологий, поэтому говорить о выборе ими эксперта, а кроме того, и об оценке его компетентности, на наш взгляд, пока преждевременно.

Следующим элементом, подлежащим оценке, является проверка объективности эксперта при производстве им экспертизы. А.Я. Палиашвили утверждает, что сомнение в объективности эксперта может возникнуть в случаях, когда кем-либо из участников процесса указываются обстоятельства, вызывающие сомнение в беспристрастности эксперта. Законодатель закрепил данную позицию в законе. Так, в ст. 96 УПК Республики Казахстан перечислены случаи возникновения сомнений в объективности эксперта и даваемого им заключения, т.е. основания отвода эксперта, к которым относятся:

1) наличие служебной или иной зависимости эксперта от других участников процесса, наличие родственных связей;

2) участие эксперта в деле ранее в качестве другого участника, за исключением специалиста (кроме врача);

3) обнаружение некомпетентности эксперта.

Особое внимание, на наш взгляд, следует обратить на оценку заключения экспертизы, проводимой в комплексном порядке. В таких случаях, с нашей точки зрения, оценке подлежит не только личность каждого из экспертов, участвующих в производстве таких экспертиз, но и достаточная их компетенция в формировании общих выводов в заключении, т.е. в процессе оценки идет установление факта возможности привлечения этих экспертов в производстве комплексной экспертизы.

Оценку материалов экспертизы некоторые ученые предлагают проводить в процессе оценки относимости и допустимости доказательств в общем порядке. Выделяя отдельно оценку материалов, предоставляемых на экспертизу, подразумевается, что хотя следователь сам передает в распоряжение эксперта необходимые материалы, оценивая их уже на данном этапе, он не является единственным субъектом оценки. Дальнейшую оценку может проводить и прокуратура, и суд. Однако следователь как основной субъект оценки на предварительном расследовании может сделать ошибочные выводы в отношении материалов экспертизы, которые в дальнейшем могут быть упущены другими субъектами оценки. Поэтому особо и выделяется оценка материалов экспертизы. Данной позиции придерживается и А.Я. Палиашвили, который выделяет в ней следующие элементы:

- оценка подлинности, пригодности и полноты объектов экспертного исследования;

- оценка достаточности в количественном и качественном отношении материалов экспертизы.

Указанный автор предлагает оценивать как объекты, в отношении которых ставится вопрос, так и сравнительные образцы. Вместе с тем, можно дополнить приведенные элементы еще одним, а именно оценкой процессуального порядка получения материалов для экспертного исследования. Выделение данного элемента видится нами возможным ввиду особой заинтересованности законодателя не только в получении доказательств, которые в дальнейшем могут быть подвержены экспертному исследованию, но и в получении образцов. Действительно, по сравнению с законодательством Казахской ССР, в УПК РК предусмотрено отдельное следственное действие – получение образцов для экспертного исследования. Например, для производства автороведческой экспертизы при определении автора программного продукта следователю необходимо получить образцы, отражающие навыки работы на компьютере подозреваемого лица. Однако, без соответствующей оценки данного следственного действия (порядка его производства, уровня специалистов, участвующих в нем, других участников и т.д.) не только следователем, но и специалистом, привлекаемым в таком случае, а кроме того, и экспертом, если получение образцов для сравнительного исследования является частью экспертного исследования, заключение эксперта, проводящего эту экспертизу, может быть признано недостоверным.

Под оценкой полноты исследования всегда соотносится понятие пределов производства этих исследований. С одной стороны, эксперт должен ответить на поставленные органом, назначившим экспертизу, перед ним вопросы. С другой стороны, в процессе производства экспертизы могут быть установлены обстоятельства, в отношении которых вопрос не ставился. Согласно закону, если эксперт установит обстоятельства, имеющие значение для дела, по поводу которых ему не были поставлены вопросы, он вправе указать их в своем заключении. Отметим, что это только его право, но не обязанность, хотя она может стать таковой. Так, например, если в ходе исследования программы эксперт, отвечая на вопрос о том, является ли данный программный продукт лицензионным или несанкционированной копией стандартной программы либо оригинальной разработкой, выяснится, что программный продукт является лицензионным, но время действия лицензии ограничено, т.е. программа является демонстрационной. Указав в заключении лишь первую часть ответа без указания времени действия лицензии эксперт может ввести в заблуждение следователя относительно источников получения данного программного продукта. Подавляющее большинство таких демонстрационных программ распространяется бесплатно в ходе рекламных компаний в любом месте, не всегда в офисах и представительствах компаний, занимающихся их изготовлением или сбытом.

С вопросом оценки обоснованности заключения эксперта связана оценка методики исследования, применяемая экспертом в ходе производства экспертизы. Оценка в таком случае сводится к установлению разработанных научных основ и научных положений используемой экспертом методики. А.И. Винберг говорил, что «неправильная методика зачастую приводит к неправильным выводам, заключение экспертизы, базирующееся на неправильных методах исследования, не может считаться полноценным доказательством». Кроме оценки методик, использованных экспертом при производстве экспертиз, отдельно подлежит оценке научная обоснованность заключения эксперта. При оценке научной обоснованности заключения кроме методики исследования, определяющей применяемые при производстве экспертизы методы, необходимо учитывать:

1) смысловое соответствие проведенного исследования его результатам, т.е. соответствие исследовательской части заключения его выводу, их взаимосвязь;

2) технические устройства и программные средства, применяемые при производстве экспертизы, соответствие их государственным и международным стандартам, целесообразность и допустимость их эксплуатации на территории Казахстана.

Если об оценке методов исследования и логической взаимосвязи частей заключения как элементов оценки научной обоснованности заключения в научной литературе неоднократно упоминалось, то в отношении оценки технической стороны производства экспертизы акцентирования не было, так как она считалась понятной еще на стадии включения нового вида экспертизы в состав судебных экспертиз. Вместе с тем ряд авторов, таких как И.А. Зинченко – в отношении фотоснимков, кинолент и видеограмм, С.Б. Коваленко - в отношении цифровой фотографии, признавали необходимость анализа научной состоятельности использования технических средств в процессе расследования вообще.

Также С.Ф. Бычкова особое внимание уделяет оценке методик экспертного исследования, базирующихся на использовании компьютерной техники. Правильность вывода таких экспертиз во многом определяется степенью надежности программы, поэтому, по мнению указанного автора, следует обратить внимание на наличие в заключении сведений, позволяющих проверить надежность программы по формальным признакам — кем она создана, когда и каким органом одобрена и рекомендована к использованию.

Однако следует подчеркнуть необходимость оценки технического аспекта производства экспертизы компьютерных технологий, ввиду многообразия объектов исследования - используемых технических средств, перечень которых ограничивается количеством моделей компьютеров, сотовых телефонов и т.п., количеством программ, установленных в них. Многообразие их огромно, но не всегда они функционируют так, как было задумано разработчиком, ввиду наличия посредников в процессе производства, нередко привносящих свои изменения, ограничивая или уменьшая возможности этих устройств и программ, что не позволяет говорить об объективности и отсутствии возможных ошибок. Причиной ошибок не только у субъектов доказывания, но и у самих экспертов может служить недостаточная оценка технических средств, используемых при производстве экспертизы. Например, операционные системы, функционирующие в персональных компьютерах, имеют различные комплекты поставки, учитывая те или иные особенности региона их предполагаемой эксплуатации. Поэтому необязательно, чтобы программные продукты, которые нормально функционируют на одном компьютере, с таким же успехом могут функционировать на другом, хотя и имеющим ту же систему, но совершенно другой объем и комплект поставки. Законом РК «О судебной экспертизе» предусмотрено обеспечение Центра судебной экспертизы технической и технологической документацией, а также документацией информационного характера для создания единой информационно – методической базы судебной экспертизы. Согласно этому закону, предприятия и организации независимо от форм собственности обязаны предоставлять такую информацию по запросу Центра. Иными словами, здесь налицо процесс оценки Центром судебной экспертизы технической стороны производства экспертиз. Но вместе с тем законом не оговаривается процесс получения этой же информации от зарубежных фирм. Нами уже оговаривалось выше, что большинство программных продуктов произведены в других странах - представительство некоторых есть в Казахстане. Поэтому получение информации носит проблематичный характер из-за отсутствия международных соглашений, регулирующих данные вопросы. Принятие таких соглашений на любом уровне может оказать существенную помощь в обеспечении объективности процесса производства экспертизы и его детальной научной обоснованности. Оценка выводов в заключении эксперта рассмотрена в литературе весьма подробно. Можно отметить, что вывод, сделанный в вероятной форме, может быть признан только косвенным доказательством. Вместе с тем в какой бы форме не были изложены выводы в заключении – в категорической или вероятной, они отнюдь не означают, что данный вывод является достоверным. А назначение повторной экспертизы как средства оценки выводов в заключении не является таковой, а выражает результат этой оценки. Назначение повторной экспертизы может быть признано процессуальным актом реагирования соответствующего органа на результат оценки не только в части выводов в заключении эксперта, но и всех рассмотренных выше элементов процесса оценки заключения эксперта.

Следующим элементом оценки заключения эксперта является оценка правильности составления самого заключения. Оценка в таком случае сводится к установлению наличия всех реквизитов заключения, перечисленных в ст. 251 УПК Республики Казахстан, а кроме того, к установлению логической последовательности и взаимосвязи вводной, описательной, исследовательской и заключительной частей заключения эксперта. Что касается оценки вероятных ошибок, которые могут быть допущены экспертом в ходе производства экспертизы, то их перечень был сформулирован еще в 1956 году А.И. Винбергом и до настоящего времени не претерпел существенных изменений. Вместе с тем анализ некоторых ошибок проводится при оценке в заключении эксперта приведенных выше элементов, и повторная их оценка затрудняет процесс доказывания. В связи с этим анализ позиции А.И. Винберга с учетом рассмотренных элементов оценки позволяет выделить следующие варианты ошибок, которые возможны в ходе производства экспертизы:

1) произвольная терминология заключения эксперт, т.е. для отображения в заключении каких–либо понятий должна использоваться единая терминология. Одно из требований к заключению эксперта заключается в том, что оно должно быть, с одной стороны, профессиональным, а с другой – достаточно ясным для понимания участниками уголовного процесса, не являющимися специалистами в данной области. В нашем случае обилие технических терминов и отсутствие единого стандарта их использования могут привести к такой ошибке. Например, термины «WEB-узел», «Интернет-страница» и «Интернет-сайт» являются синонимами и означают практически одно и то же;

2) неконкретность выводов эксперта, приводящая в ряде случаев к бездоказательности заключения, т.е. половинчатость и неопределенность выводов эксперта;

3) стандартизация и шаблон исследовательской части заключения, т.е. проведенное один раз исследование становится стереотипом и используется в производстве аналогичных исследований без учета особенностей каждой конкретной экспертизы;

4) попытки давать в заключениях юридическую квалификацию устанавливаемого факта, т.е. эксперт не вправе в соответствии с законом доказывать виновность или невиновность лиц, обвиняемых в совершении преступлений, задачей эксперта является лишь установление фактов, получаемых в ходе производства исследования.

И лишь проделав работу по оценке всех этих элементов, субъект доказывания может переходить к оценке заключения эксперта в совокупности с другими доказательствами, его месту в системе других доказательств. Заключение эксперта и содержащиеся в нем фактические данные подлежат оценке с точки зрения их относимости и допустимости. Законодатель не придает доказательствам заранее установленной силы, но вместе с тем, в некоторых случаях, когда невозможно достоверно установить те или иные обстоятельства другими доказательствами, он указывает на необходимость наличия экспертизы в деле. Это возможно, например, когда стоит вопрос о возможности несанкционированного доступа с определенного компьютера в какую–либо систему. В таком случае производством следственного эксперимента можно доказать только возможность участия подозреваемого в таких действиях, тогда как готовность компьютера к этому возможно установить только экспертизой.

Особенности оценки заключения эксперта судом, несмотря на то, что предварительное следствие предшествует судебному разбирательству, заключается в том, что она проводится в том же объеме, что и в ходе предварительного следствия. В остальном же оценка осуществляется по всем элементам, рассмотренным выше. Заключительным этапом оценки заключения эксперта является определение места и роли установленного в ходе производства экспертизы факта в решении вопроса о доказанности или недоказанности тех или иных обстоятельств и фактов, имеющих значение для дела.

Таким образом, этап оценки заключения эксперта связан с определенными трудностями для следователя и суда, так как уяснение предмета исследования и научной обоснованности применяемых методик и средств, т.е. научной достоверности заключения, предполагает наличие специальных знаний у следователя и суда в области ВИТ, но, как отмечалось нами ранее, такие знания у перечисленных субъектов отсутствуют. Р.С.Белкин отмечал, что следователь и суд в состоянии оценить лишь полноту заключения, проверив, на все ли поставленные вопросы даны ответы; ни научную обоснованность выводов, ни правильность выбора и методов исследования, ни соответствия этих методов современным достижениям соответствующей области научного знания они оценить не в состоянии, поскольку субъекты такой оценки должны обладать теми же познаниями, что и эксперт. Отметим, что при оценке заключений эксперта следователь и суд сталкиваются с определенными проблемами, связанными с необходимостью самостоятельного поиска ими экспертов соответствующего уровня, а кроме того, с отсутствием как единой терминологии при производстве подобных экспертиз в сфере ВИТ, так и с большим многообразием программных и аппаратных продуктов и средств, имеющихся в настоящее время, и как результат этого – наличие в заключении экспертизы ошибок.

Определенные особенности оценки заключения эксперта связаны с оценкой заключения комплексной экспертизы. В таких случаях отдельные элементы оцениваются следователем или судом в двойном объеме, что связано, прежде всего, с одновременным участием в производстве таких экспертиз двух и более экспертов различных специальностей, о чем нами говорилось ранее, а также с использованием различных методик их производства. Кроме того, оценке подлежит количественная и качественная сторона участия каждого из экспертов в производстве экспертизы и взаимосвязь частных выводов с формированием общего вывода как результата экспертизы. Таким образом, можно будет более детально подойти к оценке такого элемента, как обоснованность заключения экспертизы, в целях повышения эффективности принципа персональной ответственности эксперта. Например, при идентификации распечатанного на принтере текста с его электронной формой в компьютере базирование общего результата исключительно на частном выводе эксперта по судебно-техническому исследованию документов по поводу тождества экспериментальных образцов, полученных в ходе экспертного эксперимента при распечатывании на принтере другого текста, может привести к ошибочности заключения. Действительно, в таком случае неучастие эксперта в исследовании соответствующего файла в компьютере, а также отсутствие учета особенностей частного вывода эксперта по компьютерным технологиям может привести к тому, что не будет выявлен факт распечатывания текста на данном принтере, но с использованием другого компьютера, содержащего такой же текст, что приведет к ошибочности всего заключения экспертизы.

Прошедшее таким образом оценку заключение эксперта способствует не только формированию доказательственной базы по преступлениям в сфере ВИТ, но и определению путей дальнейшего его использования как основы, на которой формируются частные криминалистические версии, которые определяют соответствующее поведение следователя при организации расследования подобных преступлений. Кроме того, как справедливо отмечал А.А. Исаев, заключение эксперта помогает установить не только предмет преступления, способствуя правильной квалификации соответствующих преступлений, но и оказывает влияние на направления дальнейшего расследования. Таким образом, процесс доказывания по делам о преступлениях в сфере ВИТ сопряжен с определенными трудностями. Заключение эксперта является лишь результатом криминалистического исследования, одним видов доказательств, который наряду с вещественными доказательствами и документами, по сравнению с некоторыми другими видами, например, протоколами процессуальных действий, показаниями участников уголовного процессам и т.п., более объективен ввиду сведения к минимуму влияния человеческого фактора на фактические данные, получаемые в ходе исследования. Они не приоритетны в доказывания, так как круг обстоятельств, которые могут быть выяснены в ходе производства экспертизы, ограничен объектами, представляемыми на экспертизу, а также кругом вопросов, решаемых ею. Многообразие технических средств совершения данных преступлений обусловливает обилие методов и способов, используемых в ходе производства экспертиз для установления фактических данных. Как видно из представленного выше, а также с учетом анализа практики расследования подобных преступлений на сегодняшний момент отсутствие надлежащего внимания к такой специфике процесса доказывания, действия субъектов доказывания по сбору, исследованию и оценке доказательств могут привести к недосказанности преступлений в сфере ВИТ. Поэтому акцентирование субъектов доказывания на особенностях процесса доказывания, связанных с получением доказательств, назначением и местом производства - согласно действующему законодательству, судебных экспертиз компьютерных технологий, особенности оценки заключений экспертов и анализа возможных ошибок в их производстве, учет рассмотренных особенностей оценки комплексных форм экспертизы является необходимым условием, позволяющим наиболее эффективно расследовать преступления в сфере высоких информационных технологий и достигать положительных результатов.