



УДК 347.941: 004

## ПРОБЛЕМЫ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ЭЛЕКТРОННЫХ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В НОВОЙ РЕДАКЦИИ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА УКРАИНЫ

**Андрей КАЛАМАЙКО,**  
кандидат юридических наук,  
ассистент кафедры гражданского процесса  
Национального юридического университета имени Ярослава Мудрого

### АННОТАЦИЯ

В статье исследована проблема обеспечения электронных доказательств в соответствии с новой редакцией Гражданского процессуального кодекса Украины. Предложено использовать разнообразные внесудебные способы фиксации информации, в том числе обращение к нотариусу и специализированным организациям, которые могут предоставить информацию о состоянии необходимой веб-страницы на момент обращения или даже в прошлом. Проанализированы проблемы обеспечения доказательств судом, предложены пути их решения на основе существующей правоприменительной практики зарубежных стран. Обращено внимание на некоторые юридико-технические несовершенства действующих процессуальных кодексов, приведены предложения по дальнейшему совершенствованию законодательства в этой сфере.

**Ключевые слова:** обеспечение доказательств, электронные доказательства, электронные средства доказывания, доказательства, доказывание.

### CHALLENGES IN SECURING ELECTRONIC EVIDENCE IN THE NEW EDITION OF THE CIVIL PROCEDURE CODE OF UKRAINE

**Andrey KALAMAYKO,**  
PhD in Law, Assistant of the Department of Civil Procedure  
of Yaroslav Mudryi National Law University

### SUMMARY

The article explores the problem of securing electronic evidence in accordance with the new edition of the Civil Procedure Code of Ukraine. It is proposed to use a variety of extrajudicial methods of recording information, including contacting a notary and specialized organizations that can provide information about the status of a necessary web page at the time of application or even in the past. The problems of providing evidence by the court are also analyzed and ways to solve them are proposed, based on the existing law enforcement practice of foreign countries. Attention is drawn to some of the legal and technical imperfections of the current procedural codes and suggestions are made for further improvement of legislation in this area.

**Key words:** securing of evidence, electronic evidence, electronic means of evidence, evidence, proving.

**Постановка проблемы.** В условиях широкого распространения электронной переписки, бурного роста электронной коммерции и развития других аспектов активного использования всемирной сети Интернет как средства коммуникации закономерным является появление новой, электронной формы существования информации, которая может иметь значение при разрешении споров судом. В то же время аспекты, связанные с порядком использования электронных доказательств при осуществлении правосудия, требуют научного исследования и соответствующего законодательного урегулирования.

В 1869 г. один из американских судов в решении по делу “Howley v. Whipple” высказался следующим образом по правовым аспектам использования телеграфа, который был в то время

революционным достижением технического прогресса и, конечно, не был предусмотрен ни одним процессуальным законом того времени: «Нет фактической разницы в том, пишет оператор оферту или акцепт стальным пером длиной в дюйм, или его перо – это медный провод длиной несколько тысяч миль» [1]. Уже 150 лет это выражение остается актуальным, ведь недостаточная четкость правового регулирования не должна быть основанием отказа в использовании современных носителей информации при осуществлении правосудия.

Одной из ключевых особенностей электронной формы существования информации является отсутствие жесткой привязки к определенному носителю, что приводит к легкости изменения или удаления данной информации. В случае необходимости использовать

такую информацию в ходе судебного разбирательства возникает потребность в ее надлежащей фиксации и сохранении до момента рассмотрения дела судом.

**Целью и задачей статьи** является описание существующих проблем в обеспечении сохранности информации в электронной форме и поиск способов их решения в рамках гражданского процессуального законодательства Украины после изменений, внесенных в 2017 г.

**Изложение основного материала.** В гражданском процессуальном праве существует комплекс норм, которые формируют самостоятельный институт обеспечения доказательств, а именно меры, направленные на сохранение сведений об обстоятельствах дела, когда есть основания предполагать, что использование этих сведений в даль-



нейшем может стать затрудненным или невозможным [2, с. 495]. В случае электронных доказательств, особенно информации в Интернете, такой риск повышается в силу специфики объектов.

Меры, которые будущие участники процесса могут использовать с целью обеспечения доказательств для представления в суд иска, можно разделить на такие две группы: внесудебные обеспечительные меры и судебные обеспечительные меры.

К группе внесудебных обеспечительных мер относятся те способы достижения цели обеспечения доказательств, которые можно осуществить без обращения в суд. Больше всего внимания привлекает перспектива обеспечения доказательств нотариусами, впрочем, она неоднозначно воспринимается как с точки зрения теории, так и с точки зрения практики [3, с. 134; 4, с. 171–175; 5, с. 111]. По нашему мнению, развитие обеспечения доказательств путем предоставления нотариусам отдельных полномочий в этой сфере является перспективным путем повышения эффективности судопроизводства.

В соответствии со ст. 102 Закона Украины «О нотариате» нотариусы наделены правом обеспечивать доказательства, необходимые для ведения дел в органах иностранных государств, однако четкого порядка осуществления таких действий указанная норма не содержит. Кроме этого, п. 8 гл. 7 разд. II Порядка совершения нотариальных действий нотариусами Украины [6] предусматривает полномочия удостоверить подлинность электронной цифровой подписи, однако по правилам, предусмотренным действующим законодательством, которые не определены.

В научной литературе предлагается следующая процедура обеспечения доказательств нотариусом. Лицо, желающее обеспечить необходимые доказательства, направляет нотариусу запрос. В нем указываются сведения, которые необходимо зафиксировать, адрес интернет-страницы, реквизиты документа и др. С учетом специфики электронного документа в таком запросе целесообразно дополнительно указать наименование файла, определенные конкретные цитаты из него или

краткое описание и т. п. Нотариус, получив запрос, проверяет соответствие сведений в запросе сведениям, содержащимся на интернет-странице. После этого нотариус составляет протокол нотариального действия, а именно обеспечение доказательства путем доступа к интернет-странице и дальнейшего осмотра или даже видеозаписи процедуры осмотра сайта [7, с. 79]. Протокол будет служить доказательством того, что на определенную дату среди данных определенного сайта действительно содержалась заявленная информация.

В настоящее время в Украине отсутствует такая нотариальная практика из-за упомянутого отсутствия полномочий в законе, однако такой протокол, составленный нотариусом другого государства, является допустимым средством доказывания по делам в украинских судебных учреждениях на основе ч. 2 ст. 13 Международной Конвенции «О правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам» от 22 января 1993 г., ратифицированной Украиной 10 ноября 1994 г. Согласно указанной конвенции документы, которые на территории одной из Договаривающихся Сторон рассматриваются как официальные документы, пользуются на территориях других Договаривающихся Сторон доказательной силой официальных документов. Таким образом, протокол, составленный нотариусом одной из Договаривающихся Сторон, имеет статус официального документа при рассмотрении гражданского дела судом другой Договаривающейся Стороны. С учетом этого в судебной практике отмечается, что указанный нотариальный протокол является относимым доказательством по делу в судах Украины [8; 9]. Стоит добавить, что в вышеупомянутых решениях суды ошибочно говорят об относимости доказательств, ведь относимым будет любое доказательство, которое содержит информацию о предмете доказывания. В то же время из положений вышеназванной Конвенции и фактически материалов дел вытекает, что проблемным является вопрос именно допустимости такой формы существования информации, как нотариальный протокол, следовательно, правиль-

но говорить о допустимости средств доказывания и утверждать, что указанный нотариальный протокол будет допустимым средством доказывания в судах Украины.

Поскольку нотариус изначально является тем лицом, которое обладает полномочиями по засвидетельствованию бесспорных фактов, а рассматриваемая процедура имеет практическую эффективность, представляется целесообразным внести изменения в законодательство о нотариате и предоставить нотариусам полномочия удостоверить наличие и содержание сведений, размещенных в электронной форме на веб-сайтах в Интернете, если есть основания предполагать, что такая информация будет потеряна или умышленно изменена, или уничтожена.

Перспективным путем внесудебного обеспечения доказательств может быть обращение к независимым организациям, оказывающим услуги по фиксации информации на веб-страницах. Существуют ресурсы, которые позволяют сделать «снимок» (“snapshot”) информации, размещенной на сайте на определенный момент времени (например, <https://archive.is>). Такой файл хранится на сервере организации и размещается в публичном доступе, благодаря чему суд может непосредственно убедиться в существовании такой информации.

Кроме того, существует интернет-архив “Wayback Machine” (<https://archive.org>), являющийся независимым ресурсом, который сохраняет копии веб-страниц через разные промежутки времени в зависимости от их популярности. Он принадлежит некоммерческой организации и имеет юридический статус библиотеки [10]. Благодаря этому он активно используется в судебной практике, а его доказательная сила была признана решением по делу “Telewizja Polska USA, Inc. v. Echostar Satellite” от 15 октября 2004 г. [11]. С учетом независимости ресурса и его авторитетного статуса его можно использовать в национальной судебной практике.

Что касается судебных обеспечительных мер, то ст. 116 ГПК Украины предусматривает право лиц, участвующих в деле, обратиться в суд с заявлением об обеспечении доказательств, если представление необходимых



доказательств невозможно или у них есть сложности в представлении этих доказательств. Такое процессуальное действие может быть совершено еще до предъявления иска в суд, однако в таком случае заявитель должен подать исковое заявление в течение десяти дней со дня вынесения постановления об обеспечении доказательств.

Отдельные аспекты совершения мер обеспечения доказательств разъяснены в Постановлении Пленума ВСУ «О применении норм гражданского процессуального законодательства, регулирующих производство по делу до судебного разбирательства» от 12 июня 2009 г. № 5. В частности, разъяснено, что процессуальный закон не ограничивает круг доказательств, которые могут быть обеспечены судом, и осуществление процессуальных действий по обеспечению доказательств. Впрочем, отдельные аспекты обеспечения именно электронных доказательств в этом Постановлении не упоминаются, поскольку таких средств доказывания на тот момент закон не предусматривал.

Согласно ч. 2 ст. 116 ГПК Украины способами обеспечения судом доказательств является допрос свидетелей, назначение экспертизы, истребование и (или) осмотр доказательств, в том числе по их местонахождению, запрет совершать определенные действия с доказательствами, обязательство совершить определенные действия. В необходимых случаях судом могут быть применены другие способы обеспечения доказательств, определенные судом.

Ранее в судебной практике для осмотра веб-сайта применялась процедура осмотра доказательств по их местонахождению, хотя статья прямо не упоминала электронные доказательства. После изменений 2017 г. в ГПК Украины прямо предусмотрена возможность непосредственного осмотра веб-сайтов судом. Так, согласно ч. 7 ст. 85 ГПК Украины, в порядке, предусмотренном настоящей статьей, суд по заявлению участника дела или по собственной инициативе может осмотреть сайт (страницу), другие места хранения данных в Интернете с целью установления и фиксации их содержания. В случае необхо-

димости для проведения такого осмотра суд может привлечь специалиста. Далее дополнительно указывается, что суд может назначить экспертизу для установления и фиксации содержания сайта (страницы), других мест хранения данных в Интернете, если это требует специальных знаний и не может быть осуществлено судом самостоятельно или с привлечением специалиста.

Поскольку существует риск удаления важной для рассмотрения дела информации заинтересованными в этом лицами, следует упомянуть о необходимости информирования других лиц, участвующих в деле, о подаче заявления об обеспечении доказательств. Поскольку при этом возникает конфликт между защитой интересов заявителя и другой стороны, вопрос является дискуссионным. Сейчас же, согласно действующей ч. 2 ст. 85 ГПК Украины, о дате, времени и месте осмотра доказательств по их местонахождению информируются участники дела. Невяка этих лиц не является препятствием для проведения осмотра. Таким образом, суд обязан заранее уведомить об осмотре веб-сайта, из-за чего заинтересованное лицо имеет возможность заблаговременно удалить информацию, нивелируя саму суть обеспечения доказательств.

В контексте провозглашенного курса Украины на Евроинтеграцию уместно учесть положения законодательства Европейского Союза, в частности Директивы Европейского Парламента и Совета «О защите интеллектуальной собственности» от 29 апреля 2004 г. 2004/48/ЕС, которая содержит отдельный раздел «Доказательства», целью которого стала гармонизация гражданского процессуального законодательства стран-членов ЕС касательно истребования и обеспечения доказательств нарушения прав интеллектуальной собственности.

В соответствии со ст. 7 указанной Директивы страны – члены Союза обязаны обеспечить то, чтобы даже до начала рассмотрения дела по существу компетентные судебные органы имели право по заявлению стороны, представившей достаточные доказательства обоснованности ее иска о произошедшем или могущем произойти

нарушении ее прав на интеллектуальную собственность, вынести предписание о принятии незамедлительных и эффективных обеспечительных мер по сохранению доказательства предполагаемого нарушения при условии защиты конфиденциальной информации. Такие меры должны быть приняты, если необходимо, без заслушивания другой стороны, особенно когда любая отсрочка может причинить непоправимый вред правообладателю или имеется обоснованный риск уничтожения доказательства. Когда меры по сохранению доказательства приняты без заслушивания другой стороны, заинтересованные стороны должны быть уведомлены об этом незамедлительно после принятия таких мер. По запросу заинтересованных сторон производится пересмотр решения с предоставлением права быть выслушанным для оценивания необходимости изменения, отмены или подтверждения принятых мер в течение разумного срока после уведомления о таких мерах [12].

Приведенные выше правила применяются при обеспечении каких-либо доказательств, в том числе электронных средств доказывания. Однако в рамках отечественного процессуального законодательства они будут противоречить принципу состязательности, согласно которому бремя доказывания фактов лежит на той стороне, которая на них ссылается. Кроме того, суд не имеет права до решения дела по существу делать предварительные выводы о наличии или отсутствии оснований для удовлетворения исковых требований, тогда как положения ст. 7 Директивы требуют от суда принятия вывода о наличии оснований полагать, что право будет нарушено еще до подачи заявления на стадии предварительного обеспечения доказательств. Указанная коллизия требует гармонизации указанных норм Директивы и отечественного законодательства.

Кроме того, проблемой является ответственность за уклонение от предоставления затребованных доказательств или их умышленное уничтожение. Долгое время украинское гражданское процессуальное законодательство не содержало подобных норм, только ст. 93 ГПК в редакции до



2017 г. предусматривала, что в случае непредставления без уважительных причин письменных или вещественных доказательств, истребованных судом, и несообщения причин их непредставления суд может вынести постановление о временном изъятии этих доказательств для исследования судом. Указанная проблема особенно обостряется в контексте электронных средств доказывания, которые легко могут быть уничтожены или «утрачены» заинтересованным в этом лицом.

Статья 84 ГПК Украины в редакции 2017 г. предусматривает, что в случае несообщения суду о невозможности представить доказательства, истребованные судом, а также за непредставление таких доказательств по причинам, признанным судом неуважительными, суд применяет к соответствующему лицу меры процессуального принуждения, предусмотренные настоящим Кодексом.

В частности, речь идет о вынесении определения о временном изъятии этих доказательств государственным исполнителем для исследования судом (ст. 147 ГПК Украины), а также решении о взыскании в доход государственного бюджета с соответствующим лицом штрафа в сумме от 0,3 до 3 размеров прожиточного минимума для трудоспособных лиц (ч. 1 ст. 148 ГПК Украины), что по состоянию на 2019 г. составляет от 576,3 грн. до 5 763 грн. Указанный штраф взыскивается в случаях невыполнения процессуальных обязанностей, в частности уклонения от совершения действий, возложенных судом на участника судебного процесса; злоупотребления процессуальными правами, совершения действий или допущения бездействия с целью препятствования правосудию; несообщения суду о невозможности представить доказательства, истребованные судом, или непредставления таких доказательств без уважительных причин; невыполнения постановления об обеспечении доказательств.

При этом в случае повторного или систематического невыполнения процессуальных обязанностей, повторного или неоднократного злоупотребления процессуальными правами, повторного или систематического непредставления истребованных судом доказательств без уважитель-

ных причин или без их уведомления, продолжающегося невыполнения постановления об обеспечении иска или доказательств суд с учетом конкретных обстоятельств взымает в доход государственного бюджета с соответствующего участника судебного процесса или соответствующего другого лица штраф в сумме от одного до десяти размеров прожиточного минимума для трудоспособных лиц (ч. 2 ст. 148 ГПК Украины).

Следует обратить внимание на то, что, согласно ч. 9 ст. 84 ГПК Украины, привлечение виновных лиц к ответственности не освобождает их от обязанности представить затребованные судом доказательства.

Впрочем, в случае рассмотрения спора на сумму, которая превышает потенциальный размер штрафа, заинтересованная и недобросовестная сторона может пойти на сокрытие доказательств, если это позволит ей выиграть дело, поэтому требуются иные методы влияния на стороны. В этом плане ценным может оказаться опыт США, где стороны активно пытаются привлечь суд к вопросам сохранения информации на самых ранних стадиях процесса [13, с. 7–22], а санкции за уничтожение доказательств различны по строгости и могут как иметь денежный характер, так и быть представлены в форме судебного решения или заключения в пользу другой стороны и т. п.

Интересен такой пример судебной практики. В споре “United States v. Philip Morris, USA, Inc.” No. CIV.99-2496, 2004 WL 1627252 (D.D.C. July 21, 2004) компания не выполнила предписание суда о сохранении доказательств и уничтожила электронные почтовые сообщения. Кроме того, группа должностных лиц, которые были вызваны в качестве свидетелей, не сберегла свои электронные почтовые сообщения в соответствии с политикой «распечатывать и сохранять». В результате были применены следующие санкции: суд не разрешил ответчику использовать показания свидетелей среди служащих, которые не сохранили относящиеся к делу записи; ответчику было предписано выплатить \$2 750 000 штрафа за уничтожение электронных почтовых сообщений [13, с. 215–221].

Особый интерес вызывает такая санкция, как вывод в пользу другой стороны. Такая концепция иногда именуется как «вывод из умышленного уничтожения» (“spoliation inference”) [14]. Ее применение позволяет присяжным сделать вывод о том, что сторона, которая уничтожила потенциально надлежащее доказательство, сделала это из-за понимания того, что представление в суд такого доказательства было бы для нее неблагоприятным.

Мы предлагали использовать аналогичный подход в национальном процессуальном законодательстве, закрепив как штраф, так и вывод в пользу иной стороны [15, с. 189], а после изменений в 2017 г. в ГПК Украины появились штраф как мера процессуального принуждения и следующее правило. В случае непредставления участником дела по неуважительным причинам или без объяснения причин доказательств, истребованных судом, суд в зависимости от того, какое лицо уклоняется от их представления, а также какое значение имеют эти доказательства, может признать обстоятельство, для выяснения которого требовалось доказательство, или отказать в его признании, или осуществить рассмотрение дела по имеющимся в нем доказательствам, или в случае непредставления таких доказательств истцом оставить исковое заявление без рассмотрения (ч. 10 ст. 84 ГПК Украины).

Отмечая в целом прогрессивность указанной нормы, обращаем внимание на проблему использованной юридической техники, которая фактически привела к неравноправному статусу сторон. Если ответчик не предоставит затребованные по инициативе истца доказательства, суд вправе признать установленным обстоятельство и в результате принять решение в пользу истца. Если ответчик истребовал доказательства у истца для подтверждения своих возражений, а истец их не предоставил, то суд может оставить исковое заявление без рассмотрения. Таким образом, истец в дальнейшем снова сможет обратиться в суд, а ответчик снова будет втянут в судебный процесс. На наш взгляд, указанное положение требует уточнения с целью восстановления равного правового статуса обеих сторон.



В целом же приведенный опыт США по применению санкций за уничтожение доказательств целесообразно учесть для разработки более строгих правил ответственности в украинском процессуальном законодательстве. Такие изменения не только положительно повлияют на выполнение сторонами обязанности по представлению доказательств, но и станут условием эффективного использования электронных средств доказывания в гражданском процессе.

**Выводы.** Таким образом, вопрос обеспечения электронных доказательств является комплексным и включает различные мероприятия, которые можно отнести к внесудебному и судебному обеспечению. Использование внесудебных мер почти не урегулировано законом, а институт обеспечения доказательств в суде требует дальнейшего совершенствования с учетом судебной практики зарубежных государств. В целом же вопрос обеспечения электронных доказательств с учетом специфики объектов обеспечения недостаточно урегулирован законодательно, но решение указанных вопросов является непременным элементом нормального функционирования в качестве электронного документооборота, а в дальнейшем – системы полноценного электронного правосудия.

#### Список использованной литературы:

1. Privacy Issues In Federal Systems // CATO institute. URL: <http://www.cato.org/publications/speeches/privacy-issues-federal-systems>.
2. Комаров В.В., Бігун В.А., Баранкова В.В. та ін. Курс цивільного процесу : підручник. Харків : Право, 2011. 1352 с.
3. Вайшнурс А.А. Правонарушения в Интернете: применимое право и доказательства. *Доказательства в арбитражном процессе. Судебная практика*. Москва : Библиотека ЭЖ-Юрист, 2004. С. 134.
4. Марченко Р.В. Возможность забезпечення доказів нотаріусами чи іншими особами, які мають право вчиняти нотаріальні дії. *Університетські наукові записки*. 2013. № 1 (45). С. 171–175.
5. Фурса С.Я., Цюра Т.В. Докази і доказування у цивільному процесі. Київ : Видавець Фурса С.Я., КНТ, 2005. 256 с.
6. Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України // Офіційний портал Верховної Ради України. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12/print1398399737350159>.
7. Горелов М.В. Электронные доказательства в гражданском судопроизводстве : дисс. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2005. 79 с.
8. Рішення Приморського районного суду міста Одеси від 1 березня 2012 р. по справі № 1522/11748/11 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/27144156>.
9. Ухвала Апеляційного суду Автономної Республіки Крим від 2 липня 2012 р. по справі № 22-ц/0190/4422/2012 / Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/25117960>.
10. Internet Archive: Digital Library of Free Books, Movies, Music & Wayback Machine. URL: <https://archive.org/about>.
11. Telewizja Polska USA, Inc. v. Echostar Satellite. American Bar Association. URL: [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/litigation\\_news/telewizja-polska-echostar.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/litigation_news/telewizja-polska-echostar.authcheckdam.pdf).
12. Директива № 2004/48/EC Европейского парламента и Совета ЕС об обеспечении прав на интеллектуальную собственность. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994\\_b39](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b39).
13. Michael R. Arkfeld Electronic Discovery and Evidence. Law Partner Publishing, LLC. Phoenix, Arizona. 2006–2007 ed. P. 7–22.
14. Spoliation of Evidence. *US Legal*. URL: <http://civilprocedure.uslegal.com/discovery/spoliation-of-evidence>.
15. Каламайко Ю.А. Електронні засоби доказування в цивільному процесі: дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 ; Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2016. 189 с.

онального юридического университета имени Ярослава Мудрого

INFORMATION ABOUT THE AUTHOR  
**Kalamayko Andrey Yuryevich** – PhD in Law, Assistant of the Department of Civil Procedure of Yaroslav Mudryi National Law University

*kalamaiko@nlu.edu.ua*

#### ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРЕ

**Каламайко Андрей Юрьевич** – кандидат юридических наук, ассистент кафедры гражданского процесса Наци-