

МЕЖДУНАРОДНАЯ ПРАВОВАЯ ПОМОЩЬ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ VS ЦИФРОВИЗАЦИЯ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА: СОВМЕСТИМЫ ЛИ КОНЦЕПЦИИ В КОНТЕКСТЕ НОВЕЙШЕГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА США?

Леонид Головки

*Заведующий кафедрой уголовного процесса, правосудия и
прокурорского надзора юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова,
доктор юридических наук, профессор*

Уголовно-процессуальное взаимодействие государств осуществляется на основе взаимного уважения суверенитета. Это аксиома. Аксиомой является и то, что представители одного государства не вправе собирать доказательства на территории другого государства в обход механизмов международной правовой помощи по уголовным делам как важнейшего направления международного сотрудничества в сфере уголовного судопроизводства. Это исключает получение доказательств (совершение следственных действий, истребование и т.п.) без согласия того государства, где они находятся, причем безотносительно к тому, о каком источнике доказательств идет речь (показания свидетеля, вещественное доказательство, документ и т.п.). Требуется направление компетентным органом одного государства соответствующего запроса, его рассмотрение компетентным органом другого государства, совершение последним необходимого следственного действия, предоставление его результатов или искомого документа запрашивающему государству.

Данный порядок, в принципе, действует не только тогда, когда доказательство находится в распоряжении государственных органов запрашиваемого государства, но и когда им располагают частные (физические или юридические) лица. Никто, конечно, не может помешать гражданину государства X добровольно покинуть свое государство, чтобы дать показания на территории государства Y. Но если он остается в своем государстве, то его допрос возможен лишь в порядке межгосударственной правовой помощи даже в том случае, если гражданин готов принять у себя дома для дачи показаний следователя или судью иностранного государства (государства Y). Вопрос будет решаться, исходя не из его желания, а из императивов государственного суверенитета.

Чуть более сложной проблема является в той ситуации, когда речь идет не о следственных действиях, а о документах, находящихся в распоряжении физических и юридических лиц. Вправе ли они предоставлять их на основании прямого запроса органов следствия и суда иностранного государства, минуя механизмы международного сотрудничества в сфере уголовного процесса, т.е. направленного в обход компетентных органов государства места нахождения гражданина, коммерческой или некоммерческой организации? Чаще всего данная проблема возникает, разумеется, применительно к юридическим лицам. С одной стороны, ни юридические лица, ни тем более граждане не являются элементом сложной системы единой публичной власти, что предполагает для них право на *автономию* воли. Что мешает им в таком случае положительно отве-

тить на просьбу иностранного государства и предоставить соответствующий документ? С другой стороны, граждане и юридические лица должны оставаться лояльны «своему» государству, особенно с учетом того, что многие находящиеся у них документы могут быть весьма «чувствительны», содержать сведения, содержащие государственную тайну, балансирующие на грани такой тайны, просто конфиденциальные. Поэтому ни одно государство никогда не поощряло прямое и бесконтрольное взаимодействие своих граждан или расположенных на его территории юридических лиц с иностранными государствами даже в сугубо уголовно-процессуальных целях, пусть такое взаимодействие формально не всегда подпадает под строгие рамки механизмов международной правовой помощи по уголовным делам.

Не следует также забывать, что юридические лица, особенно самые значимые из них, сегодня подвергаются очень сильному давлению со стороны наиболее могущественных государств, требующих от них прямого сотрудничества. Например, США давно уже прибегают «не столько даже к экстерриториальному действию закона, сколько к экстерриториальным практикам», заключающимся в «обыкновении американской юстиции собирать доказательства посредством непосредственного обращения к находящимся за рубежом предприятиям, причем без использования каналов "классического" межгосударственного судебного сотрудничества»¹. Другими словами, вместо соответствующей традиционным представлениям о государственном суверенитете схемы «орган уголовного преследования или уголовный суд США → уполномоченный орган США, отвечающий за международное сотрудничество по уголовным делам → уполномоченный орган иностранного государства, отвечающий за международное сотрудничество по уголовным делам → иностранное юридическое лицо» здесь действует совершенно иная схема «орган уголовного преследования или уголовный суд США → иностранное юридическое лицо». Понятно, что формально ничто не препятствует иностранному юридическому лицу отклонить прямой запрос американских органов уголовной юстиции, предлагая им действовать в рамках процедур традиционного международного сотрудничества и ссылаясь на свою лояльность тому государству, на территории которого юридическое лицо находится. Но реальность оказывается сложнее: прекрасно осознавая гипотетическую возможность такого ответа, США создали достаточно эффективную «правовую сеть», делающую его в некоторых случаях крайне затруднительным для юридического лица. Иными словами, слово «сеть» следует здесь понимать в смысле не только модного сегодня «сетевое» регулирования, но и той рыболовной снасти, выбраться из которой подчас весьма сложно. Шанс не угодить в нее имеют лишь те юридические лица, чья деятельность сугубо локальна и не имеет ни малейших амбиций выхода на внешние рынки. Если же такие амбиции есть, не говоря уже о наличии мало-мальски значимой связи с США (открытие там филиалов, дочерних компаний, выход на аффилированные с США фондовые рынки, наличие счетов в транснациональных банках и т. п.), то выбраться из сети юридическому лицу фактически невозможно. Во-первых, речь идет о многочисленных американских законодательных актах и практиках, устанавливающих

¹ Asssemblée Nationale. № 4082. Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine. 2016. P. 14 – 15 (этот французский парламентский доклад, будучи вполне официальным документом, одновременно является по объему содержащихся в нем сведений и уровню их аналитической обработки, пожалуй, самым серьезным теоретическим исследованием по вопросу об экстерриториальности современного американского права, в том числе уголовно-процессуального).

разнообразные формы интрузивного (проникающего) внутреннего и внешнего контроля за деятельностью предприятий: *discovery* (обязанность самостоятельно раскрывать многие данные, которые ранее относились к коммерческой тайне и были «внутренним делом» предприятия); *compliance* (легендарный «комплаенс», то есть внутрикорпоративные механизмы контроля и надзора за соблюдением законов); *whistleblowing* (обязанность предприятия защищать служащих, сигнализирующих о нарушении закона); *monitoring* (установление внешнего контроля за нарушившим закон США предприятием). Все эти меры, включая одни только риски их применения, по сути погружают юридическое лицо в состояние презумпции нарушения американского законодательства, превращая его в реального или гипотетического правонарушителя и делая много более сговорчивым в плане предоставления необходимой доказательственной информации. Во-вторых, отдельные законодательные акты США конструируют специальные обязательства определенных юридических лиц, в частности, банков, предоставлять запрашиваемые сведения под угрозой наложения серьезных санкций. Так, например, принимая Закон о налоговом комплаенсе за иностранными счетами (Foreign Account Tax Compliance Act – FATCA) 2010 г., американский «Конгресс предпочел идти не по пути установления сети тесных межправительственных договорных связей для автоматического обмена информацией налогового характера между государствами (как это делают крупные европейские страны и рекомендует ОЭСР), а напрямую действовать в одностороннем и экстерриториальном порядке в отношении частных иностранных юридических лиц, банков всего мира, обязывая их предоставлять информацию об американских клиентах под угрозой изъятия 30 % всех финансовых ресурсов, поступающих в эти банки из США»¹. В-третьих, многие американские государственные административные органы вправе накладывать на имеющие хоть какую-то связь с США иностранные юридические лица так называемые «гражданские»² (несудебные) санкции. Таким правом, допустим, обладают Департамент юстиции (DoJ), Федеральный резерв (Fed), Комиссия по ценным бумагам и биржам (Securities and Exchange Commission - SEC) и др. В некоторых случаях, скажем, по делам о подкупе иностранных должностных лиц, Департамент юстиции и SEC имеют возможность возлагать на юридические лица санкции кумулятивно, совмещая свои компетенции³. Наконец, в-четвертых, техника наложения санкций, в том числе «гражданских», преследования по разным поводам и основаниям за нарушения законодательства США и т. п. всегда сопровождается в этой стране разнообразными «сделками», цель которых нередко сводится в том числе к получению информации (доказательств) по серьезным уголовным делам. Такие сделки заключаются и с иностранными юридическими лицами, никаких исключений для них нет. Наиболее известной в интересующем нас смысле является *Deferred*

¹ Ibid. P. 60.

² Авторы французского парламентского доклада справедливо отмечают, что подобные санкции правильнее было бы назвать «административными» (Ibid. P. 61), по крайней мере, с точки зрения логики континентального права. Однако американцы именуют их «гражданскими», опираясь на давнюю традицию называть «гражданскими» любые правонарушения и санкции, которые имеют штрафной денежный характер, но формально не считаются уголовными и не предусматривают уголовных наказаний (см., например, об этом: *Бернам У.* Правовая система США. М., 2006. С. 451, 858). Поэтому понятно, что американские «гражданские правонарушения» *mutatis mutandis* совпадают с российскими «административными правонарушениями», не имея при этом ничего общего с российскими же гражданскими правонарушениями (деликтами).

³ Assamblée Nationale. Rapport d'information. P. 62.

Prosecution Agreement (DPA): предприятие признает факты, но не вину, что дает возможность приостановить наложение на него санкций в обмен на выполнение предприятием определенных обязательств, чаще всего связанных с предоставлением некоей информации, ценной в доказательственном плане. Среди факкультативных обязанностей предприятия по сделке во многих случаях фигурируют запреты оспаривать в судебном и ином порядке соответствующие действия государственных органов США, сообщать о них в публичном пространстве и т. п.¹, что позволяет обеспечить подобные способы собирания доказательств необходимой завесой процессуальной тайны и лишить иностранное юридическое лицо перспектив поиска правовой защиты в своей стране.

Никоим образом не претендуя на исчерпывающий характер обзора всех ячеек сетей, расставленных для иностранных юридических лиц с транснациональными амбициями законодательством США (причем не только и не столько уголовным и уголовно-процессуальным), приведенных примеров, думается, вполне достаточно, чтобы понять те сложности, с которыми такие юридические лица сталкиваются при взаимодействии с американскими органами уголовной юстиции, ищущими доказательства за пределами своих государственных границ.

Реакция большинства государств на данную проблему является абсолютно *пассивной*, они предпочитают ее просто не замечать. Но есть и исключения в виде *активной* реакции, когда государство, понимая, что речь идет о вмешательстве в его суверенитет, пусть и не столь осязаемом визуально, стремится выстроить на этом пути правовые заслоны, не только ограждая расположенные на его территории юридические лица или проживающих на ней граждан от прямого уголовно-процессуального взаимодействия с иностранными властями (*de facto*, прежде всего, американскими), но и запрещая им такое взаимодействие.

Наиболее известным из них является принятый еще 26 июля 1968 г. и существенно измененный в 1980 г. в сторону ужесточения французский Закон «О предоставлении документов и сведений экономического, торгового, промышленного, финансового или технического порядка иностранным физическим или юридическим лицам»². В соответствии с ним, во-первых, гражданам Франции и лицам, постоянно проживающим во Франции, а также руководителям и сотрудникам юридических лиц, чье место нахождения расположено во Франции или имеющих какие-либо учреждения во Франции, запрещено передавать иностранным органам государственной власти какие-либо документы и сведения «экономического, торгового, промышленного, финансового или технического порядка, предоставление которых способно нанести урон суверенитету, безопасности, существенным экономическим интересам Франции или публичному порядку». Во-вторых, помимо того, этот закон, что для нас еще более важно, запрещает любому лицу «запрашивать, искать или предоставлять письменно, устно или в любой иной форме документы или сведения экономического, торгового, промышленного, финансового или технического порядка, направленные на формирование доказательств для целей иностранных судебных или административных производств или в рамках последних». Нарушение установленных законом запретов влечет уголовную ответственность в виде наказания до 6 месяцев лишения свободы или штрафом до 18 000 евро.

¹ Ibid. P. 70.

² До 1980 г. данный Закон назывался «О предоставлении иностранным органам государственной власти документов и сведений в сфере морской торговли». Впрочем, и тогда, и сейчас его наименование не вполне точно отражало содержание, что, возможно, объясняется соображениями сугубо дипломатического характера.

Во французской литературе данный закон принято называть «законом о блокировке»¹, не уточняя о блокировке чего идет речь, хотя это и так понятно: закон предлагает иностранным публичным властям действовать исключительно в порядке международного сотрудничества по оказанию взаимной правовой помощи, блокируя попытки любой иной «инфильтрации» в суверенное французское правовое пространство. Применяется он не часто², последний случай отмечен в 2007 г., когда французский адвокат был привлечен к уголовной ответственности и осужден к 10 000 евро штрафа за действия по сбору сведений по просьбе одного из административных органов штата Калифорния (США) в рамках расследования возможных злоупотреблений, которое власти штата вели в связи с покупкой американской компании *Executive Life* французским банком *Crédit Lyonnais* совместно с французской страховой компанией *MAAF*³. Закон во Франции часто критикуют, в том числе за неэффективность, крайне редкое использование, предлагают улучшить, изменить, даже отменить и т. п.⁴ Но он по-прежнему действует, причем в варианте 1980 г.

Ясно, что у французских юридических лиц возникают дополнительные основания для отказа органам уголовной юстиции США в предоставлении в экстерриториальном порядке соответствующих доказательственных сведений, поскольку они тем самым нарушают законодательство своей страны и даже, строго говоря, совершают преступление, что, конечно, не исключает продолжение давления на них американских властей, причем нередко весьма успешное⁵. Иначе говоря, французским компаниям, имеющим транснациональные экономические амбиции, приходится в какой-то мере выбирать то самое «право сильнейшего»⁶, которым чаще всего оказывается право США. Впрочем, нет у нас оснований утверждать и то, что французский закон полностью неэффективен⁷. В большинстве стран проблема, как уже отмечалось, вовсе замалчивается, что позволяет американской уголовной юстиции *de facto* действовать при собирании доказа-

¹ Ibid. P. 104.

² Мы здесь имеем в виду исключительно санкционирующее применение данного закона, когда лицо привлекается к уголовной ответственности за нарушение содержащихся в нем запретов. О превентивном его применении, когда он, напротив, соблюдается, см. далее.

³ Ibid. P. 106.

⁴ См. предлагаемые по его оптимизации меры: Ibid. P. 121.

⁵ См., например: *Pierucci F. Le piège américain. L'otage de la plus grande entreprise de déstabilisation économique raconte.* Paris, 2019. P. 157.

⁶ *Маженди Ж.-К. Международная юстиция: инструмент сотрудничества или инструмент интеграции? // Суд и государство / под ред. Л. В. Головки, Б. Матьё. М., 2018. С. 111.*

⁷ Во французском парламентском докладе приводятся примеры известных американских уголовных дел с участием крупных французских компаний, когда органы уголовной юстиции США были вынуждены корректировать условия «сделок» с этими компаниями с учетом именно французского Закона 1968 г. и предусматривать, допустим, что вся официальная доказательственная информация в рамках «сделки» будет поступать от французских компаний исключительно через компетентные французские государственные органы, дабы не вынуждать компании нарушать законодательство своей страны (см.: *Assemblée Nationale. Rapport d'information.* P. 68). Тем самым получается, что Закон о «блокировке» 1968 г. часто довольно успешно выполняет свою превентивную функцию, в каком-то смысле возвращая взаимодействие властей США с французскими юридическими лицами на традиционный межгосударственный уровень. Поэтому, рассуждая о его эффективности или неэффективности, необходимо четко определить, какой аспект имеется в виду: санкционирующий (когда закон нарушен) или превентивный (когда он, напротив, учтен иностранным государством и соблюден юридическими лицами).

тельств посредством иностранных юридических лиц по правилам универсальной юрисдикции, не нарушая границы других государств в физическом смысле, но явно не всегда замечая их в смысле юридическом (уголовно-процессуальном).

Однако ситуация резко изменилась в связи с движением по так называемой **цифровизации уголовного судопроизводства**, поставив под угрозу концепцию международной правовой помощи по уголовным делам (единственного легитимного способа собирания государством доказательств за пределами своих границ) как таковую. Напомним, что под «цифровизацией» понимаются попытки тотального, причем принудительного и без учета мнения отдельных акторов, перевода всей информации, в том числе административной, судебной, коммерческой, персональной и т. п., в цифровую форму. Изменилась она по двум причинам. Во-первых, если до того требовалось обращение за информацией непосредственно к ее *источнику*, который сам решал, как ему реагировать на запрос, в том числе с учетом своего национального законодательства, то при цифровизации это более не нужно - достаточно обратиться к *держателю* информации, то есть интернет-провайдеру, контролирующему соответствующие серверы, где она содержится. Серверы могут быть расположены на территории государства запрашиваемого лица, но могут находиться и на территории запрашивающего государства или вообще в третьих странах. В последних двух ситуациях французский закон о «блокировке» становится совершенно бесполезен. Во-вторых, если при традиционных подходах проблема возникала лишь у частных лиц (предприятий, компаний и т. п.), причем исключительно при их трансграничной или хотя бы трансграничной коммерческой деятельности, но была абсолютно нерелевантна для государственных органов, то сегодня это не так. Повальная цифровизация не только затронула государственную сферу, но именно в ней считается едва ли не приоритетной (концепция «цифрового государства», «электронного правительства» и т. п.¹). В силу этого держателем государственной информации, особенно с учетом необходимости обеспечения свободного доступа к ней всех или отдельных граждан страны², становится в большинстве случаев тот же интернет-провайдер, чьи серверы могут быть расположены, где угодно. Следовательно, никакой концептуальной разницы между собиранием

¹ См., например: *Малько А. В., Солдаткина О. Л.* Приоритеты российской правовой политики и изменения права в условиях цифровизации // Журнал российского права. 2019. № 9. С. 6 - 8; *Лопатина Т.* Цифровая трансформация органов правосудия и прокуратуры // Законность. 2019. № 11. С. 13 - 16 и др. По поводу «электронного правительства» (со ссылкой на соответствующее исследование ООН) см., например: *Масленникова Л., Топилина Т.* Зарубежный опыт использования онлайн-сервисов для подачи сообщения о преступлении // Законность. 2020. № 6. С. 62.

² См., например, применительно к деятельности прокуратуры: реализация Концепции цифровой трансформации органов и организаций прокуратуры до 2025 г. (утв. приказом Генерального прокурора РФ от 14 сентября 2017 г. № 627) предполагает «развитие свободного, устойчивого и безопасного взаимодействия органов прокуратуры с гражданами, организациями, институтами гражданского общества» (*Исаенко В.* Цифровые технологии в прокурорском надзоре за законностью и обоснованностью отказа в возбуждении уголовного дела // Законность. 2020. № 4. С. 6 - 7), что, разумеется, технически невозможно без использования сети Интернет. Есть и более радикальные предложения «объединить в единую платформу органы расследования, прокуратуры и суда, обеспечивающую доступ к правосудию в уголовном судопроизводстве» фактически неограниченного круга частных лиц с возможностью подачи ими в режиме онлайн сообщений о преступлении, получением электронных копий всех решений и т. п. (*Масленникова Л., Топилина Т.* Указ. соч. С. 65), что опять-таки предполагает соединение данной государственной платформы с сетью Интернет.

коммерческой и государственной информации при «цифровизации» уже нет: в обеих ситуациях важным является не вопрос, кто является источником информации (государство или частная организация), а вопрос, кто является ее «цифровым» держателем (тем самым провайдером) и где расположены технические средства аккумулирования «больших данных».

Нет ничего удивительного, что активный «цифровой бум», с одной стороны, породил проблемы в судебной практике государств, стремящихся уже сейчас действовать в уголовно-процессуальном плане универсальным образом (без оглядки на свои границы), а с другой – дал этим государствам возможность наступать в законодательном поле еще более решительно, стремясь не только преодолеть возникшие правоприменительные проблемы, но и экспансионистски завоевать новое правовое пространство (виртуальное или реальное) для своей уголовно-процессуальной деятельности.

Начнем с известного судебного дела *Microsoft v. United States*, которое на уровне Верховного суда США превратилось в дело *United States v. Microsoft*, поскольку апелляция в высшую судебную инстанцию исходила от американского правительства. Напомним, что в 2013 г. один из магистратских судов США выдал в порядке применения Закона о хранении информационных данных (Stored Communication Act) 1986 г. по ходатайству одного из американских органов уголовного преследования приказ, обязывающий компанию *Microsoft* раскрыть хранимую на ее серверах электронную информацию (содержимое электронной переписки и т. д.). Компания *Microsoft*, передав часть информации, отказалась передавать другую часть, сославшись, что последняя находится на серверах, расположенных за пределами США, а именно в Ирландии, и обжаловала на этом основании решение магистрата в вышестоящий федеральный суд. Вышестоящие суды (включая апелляционный), рассмотрев жалобу, подтвердили правоту компании *Microsoft*, указали, что американское государство вышло в данном случае за пределы своей территориальной компетенции, и отменили магистратский приказ в соответствующей части. Власти США отреагировали очень быстро, причем двояким образом. С одной стороны, они обратились с апелляционной жалобой в Верховный суд США, а с другой – стали пытаться максимально быстро решить проблему законодательным путем, нормативно урегулировав возникшую ситуацию, что требовало уголовно-процессуального выхода за пределы национальной территории и отказа от некоторых классических постулатов действия уголовно-процессуального закона в пространстве.

Первоначальные законопроекты, внесенные в 2015 и 2017 гг. в Конгресс США, были, в целом, встречены крупнейшими интернет-компаниями с пониманием, но и вызвали в некоторых аспектах их критику, показавшись чрезмерно радикальными. Обеспокоенность высказали и отдельные общественные организации. В результате был достигнут определенный компромисс, отраженный в новом законопроекте, который был окончательно принят Конгрессом США в апреле 2018 г. Так появился действующий в настоящее время в США Закон об уточнении правомерного использования расположенных за рубежом баз данных (Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act) 2018 г., более известный как ***Cloud Act***. Этот закон дополнил соответствующими положениями гл. 121 раздела 18 Свода законов США «Преступления и уголовный процесс», т.е. он имеет уголовно-процессуальную природу и регулирует порядок собирания по уголовным делам доказательств за пределами границ США. С принятием закона потерял смысл и спор между *Microsoft* и американским правительством, поэтому уже спустя буквально несколько дней после его вступления в силу Верховный суд

США вернул в апреле 2018 г. апелляционную жалобу правительства в нижестоящие суды для прекращения дела.

Cloud Act различает две ситуации: 1) когда США заключают с другим государством двухстороннее межправительственное соглашение (*executive agreement*) и собирают доказательства в расположенных за пределами территории США электронных базах данных на его основании; 2) когда они действуют вне рамок каких-либо международных соглашений. Именно последняя ситуация нас здесь, прежде всего, интересует. Рассмотрим ее подробнее.

Cloud Act устанавливает, что провайдер электронной информационной системы (*electronic communication service*) или удаленной программной системы (*remote computing service*)¹ обязан по требованию американских уголовно-процессуальных властей «хранить, копировать и раскрывать содержание принадлежащих пользователю или подписчику проводных или электронных сообщений, а также любые записи и иную информацию, которые находятся во владении провайдера или под его контролем, независимо от того, где такие сообщения, записи или информация находятся – внутри границ Соединенных Штатов или за их пределами (курсив наш – Л. Г.)». Пожалуй, впервые в истории современного уголовно-процессуального права одно из государств столь открыто объявляет о своем праве собирать доказательства на территории других государств вне рамок традиционного международного сотрудничества. Кроме того, в теоретическом и практическом смыслах возникает новая уголовно-процессуальная схема «государство в лице компетентного органа → провайдер», а сам провайдер становится полноценным участником уголовного судопроизводства, по крайней мере, в США.

В то же время суть упоминавшегося ранее компромисса, достигнутого при принятии Cloud Act, заключается в более широких правах, предоставленных провайдеру для оспаривания запросов американских уголовно-процессуальных властей, а также в некотором учете иностранного права, хотя и толкуемого в данном случае самими органами уголовной юстиции США, причем без каких бы то ни было обязательств с их стороны. Так, по получении данного запроса провайдер вправе в течение 14 дней направить в американский суд жалобу (*motion*), потребовав его отменить или изменить, если у провайдера есть основания полагать, что: а) пользователь или подписчик соответствующей электронной или проводной системы не имеет связи с США (*is not a US person*)² и не проживает постоянно в США; б) раскрытие информации создаст для провайдера реальный риск нарушения правовых норм и запретов того иностранного государства, на территории которого она хранится. При поступлении в суд жалобы провайдера американские власти могут, разумеется, предоставить суду возражения на нее. В конечном итоге, суд принимает решение либо об отклонении жалобы провайдера, либо об отмене или изменении запроса органов уголовного преследования о предоставлении информации, причем именно этот американский суд решает вопрос не только о том, является ли соответствующее лицо «US person», но и имеет ли место нарушение запретов, установленных правом иностранного госу-

¹ Мы будем для краткости именовать данное лицо провайдером.

² Надо иметь в виду, что понятие *US person* не ограничивается исключительно американскими гражданами и зарегистрированными в США юридическими лицами, будучи определяемым, прежде всего, судебной практикой в каждом конкретном случае и «являясь неопределенным и потенциально чрезмерно широким» (Assamblée Nationale. Rapport d'information. P. 58), поскольку распространяется на самый разнообразный круг лиц, имеющих с США прямые, а иногда и косвенные связи.

дарства, а также учитывает многие другие факторы, включая оценку интересов США, интересов расследования, характера и размера предусмотренного за совершение преступления наказания и др. Остается добавить, что направление провайдером жалобы в суд приостанавливает его обязанность раскрыть информацию (если только суд не распорядится о незамедлительном раскрытии), но не приостанавливает обязанность ее надлежащим образом сохранить.

В целом, ясно, что даже в случае удовлетворения жалобы провайдера и отмены судом запроса органов уголовного преследования о предоставлении информации сама по себе процедура как таковая представляет собой выход в уголовно-процессуальном смысле за пределы суверенной территории США, так как вопросы доступа к доказательственным сведениям, расположенным за границами США, обсуждаются и решаются американским судом без какого-либо взаимодействия с уполномоченными органами заинтересованных иностранных государств, т.е. в одностороннем порядке. Иначе говоря, вопрос о доступе к информации, хранящейся на суверенной территории другого государства, отнесен в данной ситуации законодательством США к компетенции американского суда, к тому же уполномоченного самостоятельно толковать при его решении право этого государства. Само же заинтересованное иностранное государство лишено каких-либо возможности эффективно влиять на ситуацию, причем не только юридически, но и физически, учитывая технологическую сторону проблемы.

Что касается предусмотренных *Cloud Act executive agreements*, то данная форма получения информации, содержащейся на расположенных в иностранном государстве серверах, в большей мере соответствует традиционным представлениям о международном сотрудничестве государств, поскольку речь в этом случае идет о двухсторонних соглашениях исполнительных властей (США и другого государства). Пока таких соглашений немного. Любопытно, что, оказавшись здесь в ситуации взаимности, американский законодатель пытается максимально защитить интересы США и их граждан. В частности, заключившее с США *executive agreement* иностранное государство ни при каких обстоятельствах не вправе запрашивать хранящуюся на территории США информацию о гражданах США и лицах, постоянно проживающих в США, а также об иностранных гражданах, если относящиеся к ним сведения в том числе затрагивают граждан США и лиц, постоянно проживающих в США. Подобные запросы подлежат в соответствии с *Cloud Act* автоматическому отклонению, невзирая на содержание того или иного межправительственного соглашения и те обязательства, которые взяло на себя по соглашению иностранное государство.

Если говорить об общей оценке новейших уголовно-процессуальных механизмов, то нельзя не согласиться, что *Cloud Act* 2018 г. «предоставляет органам уголовного преследования США неограниченную юрисдикцию в отношении любых данных, контролируемых интернет-провайдерами, независимо от того, где эти данные хранятся, и кто их создал»¹. Причем американских аналитиков более всего беспокоит, что «размах подобного одностороннего экстерриториального доступа к данным создаст опасный прецедент для других стран, которые также могут захотеть получить доступ к данным, хранящимся за пределами их собственных границ, включая данные, хранящиеся на территории Соединенных Штат

¹ *Fisher C.* The Cloud Act: A Dangerous Expansion of Police Snooping on Cross-Border Data // Electronic Frontier Foundation. 8 February 2018: <http://www.eff.org/deeplinks/2018/02/cloud-act-dangerous-expansion-police-snooping-cross-border-data> (последнее посещение - 11.07.2021).

тов»¹. Нет также никаких сомнений, что Cloud Act с его откровенной уголовно-процессуальной экстерриториальностью или даже универсальностью самым непосредственным образом затрагивает вопросы государственного суверенитета других стран, что отмечают уже европейские наблюдатели, призывающие незадолго длительно действовать². Но как действовать?

Понятно, что законодательство о «блокировке» типа французского Закона 1968 г. эффективным в данной ситуации быть не может, поскольку запрос направляется в адрес не в той или иной степени контролируемых заинтересованным государством юридическим лиц и граждан или полностью им контролируемых государственных органов, а фактически владеющих информацией интернет-провайдеров, в подавляющем большинстве случаев принадлежащих к той же юрисдикции, что и само запрашивающее государство (то есть США), что связано с современным состоянием экономики, информационных технологий и т. п. Понятно также, что по тем же причинам не выглядят эффективными и попытки «симметричного ответа», то есть конструирования собственного законодательства по образу и подобию американского Cloud Act. Бельгия, Монголия или, допустим, Россия могут, конечно, такое законодательство принять, но симметричным оно окажется не фактически, а сугубо нормативно, так как глобальные интернет-провайдеры не распределены по миру пропорционально – они сконцентрированы, главным образом, в тех же США, что делает надежду на «ответные меры» иллюзорными.

Здесь, по сути, ничего не остается, кроме как понять ключевую и неизбежную закономерность: чем более «цифровым» становится государство, тем менее суверенным оно является, по крайней мере в уголовно-процессуальном смысле. Иначе говоря, стимул для США сотрудничать с другими государствами в рамках оказания на взаимной основе традиционной правовой помощи сохраняется только при классических формах обработки и хранения информации, когда, в частности, уголовные дела остаются уголовными делами, не будучи оцифрованы, размещены в «облаках» и т. п., причем с неограниченным интернет-доступом к ним всех заинтересованных лиц. В противном случае тем же США много проще и надежнее напрямую взаимодействовать с крупными интернет-провайдерами, расположенными на их же территории или при любых обстоятельствах зависимыми от них (финансово, информационно, экономически, технически), нежели с равными им в формальном плане международно-правовыми партнерами (другими государствами). Данную объективную закономерность надо просто-напросто учитывать при анализе последствий воплощения разнообразных новомодных концепций вроде «электронного (цифрового) государства», «электронного (цифрового) правительства», «электронного (цифрового) правосудия», «электронного (цифрового) уголовного дела» и т. п., особенно когда речь идет о хранении государственно значимой информации и обеспечении уголовно-процессуального доступа к ней. При дальнейшем развитии данных концепций международное сотрудничество в сфере уголовной юстиции, основанное на взаимном признании соответствующими государствами суверенитета друг друга и связанных с ним классических подходов, вовсе теряет для некоторых наиболее сильных государств какой бы то ни было резон. Они смогут сконцентрироваться исключительно на своих уголовно-процессуальных отношениях с интернет-провайдерами как новыми участниками уголовного судопроизводства, подчиняя их национальному правовому регулированию и односторонне собирая лю-

¹ Ibid.

² *Pierucci F.* Op. cit. P. 380.

бую значимую информацию, формально (причем после «цифровизации» именно формально) принадлежащую иностранным государствам, в рамках внутреннего нормативного уголовно-процессуального пространства - не выходя за его границы и не нуждаясь в помощи остальных государств.

Поэтому нет ни малейших сомнений, что тотальная уголовно-процессуальная цифровизация, если таковая, паче чаяния, состоится¹, приведет к появлению у отдельных государств возможности самопроизвольного одностороннего расширения собственного суверенитета (в его уголовно-процессуальном преломлении) за счет, разумеется, фактического ограничения суверенитета других государств. Это не только кардинально изменит геополитический баланс, но и вызовет резкую минимизацию концепции международной правовой помощи по уголовным делам как единственного легитимного способа собирания доказательств в иностранных государствах на основе взаимного уважения суверенитета, а в каких-то случаях и ее полное разрушение, по крайней мере, во взаимоотношениях с теми государствами, в чьих руках находятся «цифровые ключи» и управление ими, имея, прежде всего, в виду США.

INTERNATIONAL LEGAL ASSISTANCE IN CRIMINAL MATTERS VS DIGITALIZATION OF CRIMINAL PROCEDURE: ARE THE CONCEPTIONS COMPATIBLE IN THE CONTEXT OF THE NEW US LEGISLATION?

Leonid Golovko

Head of the Chair of Criminal Procedure, Justice and Prosecutorial Oversight of the Moscow State University named after M. Lomonosov,

Doctor of Legal Sciences, Professor

The idea of digitalization of criminal procedure, turned into one of the ideological «markers» of the contemporary development, directly raises the question concerning the international cooperation of the states in criminal matters, essentially through the prism of the collection by one state of the evidence located on the territory of another state. The problem became even more complex after the adoption by the US of the Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (Cloud Act) 2018. There is an evident menace for the traditional approaches to mechanisms of the international legal assistance in criminal matters, based on principles of the state sovereignty and mutual respect of the states. This problem is underestimated in legal doctrine.

¹ О других проблемах, с ней связанных, см.: *Головко Л. В.* Цифровизация в уголовном процессе: локальная оптимизация или глобальная революция? // Вестник экономической безопасности. 2019. № 1. С. 15 – 25.

ՔՐԵԱԿԱՆ ԳՈՐԾԵՐՈՎ ՄԻՋԱԶԳԱՅԻՆ ԻՐԱՎԱԿԱՆ ՕԳՆՈՒԹՅԱՆ ԵՎ ՔՐԵԱԿԱՆ ԴԱՏԱՎԱՐՈՒԹՅԱՆ ԹՎԱՅՆԱՑՄԱՆ ԿՈՆՑԵՊՑԻԱՆԵՐԻ ՀԱՄԱՏԵՂԵԼԻՈՒԹՅՈՒՆԸ ԱՄՆ-Ի ՆՈՐԱԳՈՒՅՆ ՕՐԵՆՍԴՐՈՒԹՅԱՆ ՀԱՄԱՏԵՔՍՈՒՄ

Լեոնիդ Գոլովկո

*Մ. Վ. Լոնոնոսովի անվան Մոսկվայի պետական համալսարանի
իրավաբանական ֆակուլտետի քրեական դատավարության,
արդարադատության և դատախազական հսկողության ամբիոնի վարիչ,
իրավաբանական գիտությունների դոկտոր, պրոֆեսոր*

Քրեական դատավարության թվայնացման գաղափարը, որը դարձել է ժամանակակից զարգացման գաղափարական «նշաններից» մեկը, անմիջականորեն ազդում է պետությունների միջև քրեական գործի քննության ոլորտում միջազգային համագործակցության խնդրի վրա, առաջին հերթին՝ հավաքող մեկ պետության պրիզմայի միջով՝ ապացույցներ, որոնք գտնվում են այլ պետության տարածքում: Խնդիրն էլ ավելի է սրվել՝ կապված 2018 թվականին Միացյալ Նահանգներում Տվյալների արտասահմանյան օրինական օգտագործման հստակեցման օրենքի (Անպային օրենք) ընդունման հետ: Սա ակնհայտ սպառնալիք է քրեական գործերում միջազգային իրավական աջակցության մեխանիզմների ավանդական մոտեցումներին՝ կառուցված պետական ինքնիշխանության և պետությունների փոխադարձ հարգանքի սկզբունքների հիման վրա: Իրավաբանական գիտության մեջ այս խնդիրը թերագնահատված է:

Բանալի բառեր – *Քրեական գործերով միջազգային իրավական օգնություն, ապացույցների հավաքում, պետական ինքնիշխանություն, թվայնացում, Cloud Act 2018*

Ключевые слова: *международная правовая помощь по уголовным делам; собрание доказательств; государственный суверенитет; цифровизация; Cloud Act 2018*

Key words: *international legal assistance in criminal matters; collection of evidences; state sovereignty; digitalization; Cloud Act 2018*