

СОБЛЮДЕНИЕ КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРАВ ПРИ ОСМОТРЕ МОБИЛЬНОГО ТЕЛЕФОНА

Аннотация. В статье рассмотрена проблема соблюдения конституционных прав человека при проведении осмотра мобильного телефона. Автор обосновывает необходимость процессуального регулирования вопроса нарушения тайны переписки и переговоров при осмотре содержания мобильного телефона.

Ключевые слова: конституционные права, электронные сообщения, мобильный телефон, наложение ареста на почтово-телеграфные сообщения, осмотр мобильного телефона.

E. I. Tretiakova

COMPLIANCE WITH CONSTITUTIONAL RIGHTS WHEN INSPECTING A MOBILE PHONE

Abstract. The article deals with the problem of observance of constitutional human rights during the inspection of a mobile phone. The author substantiates the need for procedural regulation of the issue of violation of the secrecy of correspondence and negotiations when inspecting the contents of a mobile phone.

Keywords: constitutional rights, electronic messages, mobile phone, garnishment of postal and telegraph messages, mobile phone inspection.

XXI в. характеризуется развитием «информационной» цивилизации, в связи с чем «информация» как продукт жизнедеятельности приобретает огромное значение, в том числе и для правоприменительной деятельности. Процесс формирования «информации» как продукта, в свою очередь, стимулирует развитие в области орудий её производства, т. е. электронно-вычислительной техники, средств телекоммуникации и систем связи. Очевидно, на сегодняшний день, это уже не только привычные нам стационарные и переносные компьютеры, а современные устройства связи и коммуникации: мобильные телефоны, планшеты и другие устройства, которые, обладая широкими функциональными возможностями, перестали использоваться только по прямому назначению, например, как средство связи. Безусловно, они облегчают нашу жизнь, расширяют границы общения, позволяют дистанционно выполнять различные действия. Однако глобальная информатизация и связанная с ней телекоммуникационная среда обуславливают не только прогрессивные изменения в общественных отношениях, но и негативные тенденции развития преступного мира, приводит к появлению новых форм и видов преступных посягательств [1]. Мошенничество, незаконный сбыт

наркотических средств, вымогательство, преступления в сфере компьютерной информации — это лишь небольшая часть преступлений, которые совершаются с использованием информационных технологий и средств связи, самым доступным и распространённым из которых является мобильный телефон. Очевидно, что он становится не просто предметом преступного посягательства, а средством его совершения, и в этом случае наибольший интерес представляет не сам предмет с его внешними индивидуальными характеристиками, а информация, хранящаяся в его памяти. Поскольку даже самый простой из них содержит сведения о контактах из «записной книжки», текстовые сообщения; записи заметок или напоминаний, аудио-, видеозаписи звонков; сведения об управлении счетами электронных платёжных систем; данные геолокации, данные из приложений WhatsApp, Viber, Telegram и др. Ценность информации, которую можно извлечь из мобильного телефона, не вызывает сомнений. Но вот имеется некоторая неразбериха с порядком изъятия подобного электронного носителя информации и возможности внесудебного ознакомления с хранящейся на нём информацией.

Признавая особую значимость для уголовного судопроизводства электронных носителей информации, законодатель закрепил особый порядок их изъятия, который подразумевает участие специалиста [2]. Кроме того, закреплено право законного владельца информации на получение её копии с обязательным участием понятых при этом. Подобные законодательные изменения направлены, прежде всего, на обеспечение сохранности информации, хранящейся на электронных носителях при изъятии. Однако в процессе правоприменения рассматриваемых изменений можно наблюдать разнообразие понимания реализации положений ч. 9.1 ст. 182 и ч. 3.1 ст. 183 УПК РФ. Нетрудно догадаться, что ключевым звеном данного разнообразия является специалист и обязательность его привлечения при изъятии электронных носителей информации. Суть разнообразия так или иначе сводится к выборочному подходу исполнения рассматриваемых норм, во-первых, необходимость привлечения специалиста решается в зависимости от типа изымаемого носителя, во-вторых, наличия реальной необходимости использования его знаний при изъятии, в-третьих, необходимость должна быть определена сферой совершаемых преступлений [3]. С последним столь избирательным походом трудно согласиться, а вот привлечение специалиста в зависимости от реальной необходимости или типа изымаемого электронного носителя выглядит вполне логично. При этом аргументация неисполнения требований УПК РФ в рассматриваемом вопросе сводится к тому, что изъятие электронных носителей информации, таких как флеш-карты, жёсткие диски, телефоны, ноутбуки и др. подобных объектов, не требует использования специальных знаний, а необходимость их использования возникает при копировании информации. Подобные сомнения высказывались и в научной среде [см. напр.: 4, 5, 6].

Возникновение такого множества вариаций применения рассматриваемых законодательных норм стало возможным, прежде всего, с неопределённостью понятия «электронный носитель информации», которое не нашло своего разъяснения в уголовно-процессуальном законодательстве.

Большинство авторов, занимающихся исследованием рассматриваемой проблемы, для определения понятия электронного носителя информации обращаются к ГОСТу 2.051—2013 «Единая система конструкторской документации. Электронные документы. Общие положения», в соответствии с которым под электронным носителем понимается «материальный носитель, используемый для записи, хранения и воспроизведения информации, обрабатываемой с помощью средств вычислительной техники». В данном случае речь идёт о любых носителях информации, способных сохранять информацию в электронном виде, т. е. карты памяти, флеш-накопители, жёсткие диски и др. Ю. В. Гаврилин [7] и ряд других авторов [8] относят к электронным носителям информации также сами персональные компьютеры и серверы, иные микропроцессорные устройства, конструктивно предназначенные для постоянного или временного хранения компьютерной информации, такие как мобильный телефон. Аналогичная позиция отмечается и в правоприменительной практике. Думается, и законодатель вкладывал именно этот смысл в рассматриваемое понятие. Однако, чтобы не создавать «питательную среду» для стороны защиты для жалоб и ходатайств о признании недопустимыми доказательствами нарушения норм УПК РФ в рассматриваемой сфере, следует на законодательном уровне дать точное определение электронного носителя информации, что не позволит самовольной его трактовки и неопределённости.

Получение информации, содержащейся в мобильном устройстве, — следующий этап работы с электронным носителем информации. При этом следователь в своём арсенале имеет немного законных способов. Очевидно, самый распространённый и простой — это осмотр предметов, порядок проведения которого закреплён ст. 177 УПК РФ. [2] Несмотря на всю простоту следственного осмотра, возникает вопрос соблюдения конституционных прав при его проведении, поскольку информация которая может быть получена в результате такого осмотра, относится к категории охраняемой законом тайне (личной и семейной, переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений).

В соответствии с Конституцией РФ гарантом обеспечения защиты указанных прав в рамках уголовного судопроизводства выступает судебная власть (ст. 23). Однако в уголовно-процессуальном законодательстве нет прямого указания на необходимость получения судебного разрешения на осмотр содержимого телефона.

Анализ правоприменительной практики показал, что следователи достаточно широко используют имеющуюся возможность получения информации из телефона в рамках осмотра и доводы стороны защиты перед судом о нарушении конституционных прав подозреваемого остаются неубедительными, а ходатайства о признании результатов осмотра недопустимым доказательством — без удовлетворения.

Так, например, Верховный суд Российской Федерации вынес кассационное определение от 30 сентября 2014 г. в котором указал, что осмотр мобильного телефона, изъятого у подозреваемого К., проведён следователем

в соответствии со ст. 176 УПК РФ и, вопреки утверждениям осуждённого, для этого не требовалось судебного решения [9].

30 сентября 2014 г. Верховный суд Российской Федерации вынес аналогичное решение по кассационной жалобе на приговор Верховного суда Республика Хакассия, основным доводом которого является отсутствие уголовно-процессуального закрепления необходимости получения судебного разрешения при осмотре мобильного телефона.

С обоснованием судебной позиции об отказе в удовлетворении жалобы не поспоришь. Действительно, осмотр предметов, в частности мобильного телефона, не требует получения судебного разрешения, а ст. 177 УПК РФ не содержит даже никаких исключительных случаев, определяющих эту необходимость, но как быть с реальным положением дел о нарушении конституционных прав граждан? На сегодняшний момент, этот вопрос остаётся открытым.

Во избежание процессуальных неразберих и в целях обеспечения конституционных прав, в 2016 г. федеральным законом от 6 июля 2016 г. № 375-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации в части установления дополнительных мер противодействия терроризму и обеспечения общественной безопасности» законодатель закрепил обязанность следователя получать судебное разрешение при необходимости осмотра и изъятия электронных сообщений или иных передаваемых по сетям электросвязи сообщений.

Если рассматривать введённые изменения вне контекста статьи, в которую они были внесены (ст. 185 УПК РФ), то они выглядят вполне логичными и правильными. Однако с учётом системности норм уголовно-процессуального законодательства определяющей соотношения их частей как общее к частному обязывает при применении частной части статьи учитывать и соблюдать предписания общей. Иными словами, выемка и осмотр электронных сообщений (ч. 7 ст. 185 УПК РФ) возможны в рамках наложения ареста на почтово-телеграфные отправления (ст. 185 УПК РФ). В то же время предмет распространения указанной нормы определяется в ч. 1 как бандероли, посылки, почтово-телеграфные отправления, телеграммы или радиограммы. Кроме того, в отличие от ч. 1, ч. 7 ст. 185 УПК РФ не предусматривает возможность ареста электронных сообщений, в силу невозможности его фактического выполнения. Далее, для получения судебного разрешения следователь возбуждает перед судом ходатайство, содержание которого определено ч. 3 ст. 185 УПК РФ, т. е. применяя аналогию, в отношении электронных сообщений, в ходатайстве обязательно должна найти своё отражение информация о лице, электронные сообщения которого подлежат выемке и осмотру, об основаниях производства осмотра и выемки, а также «виды» электронных сообщений, подлежащих выемке и осмотру, и наименование учреждения связи, на которое возлагается обязанность предоставить для изъятия соответствующие электронные сообщения. Указать «виды» электронных сообщений, подлежащих осмотру и выемке не представляется возможным, поэтому думается, что следует указывать период, за который необходимо изъять электронные сообщения.

Однако в рассматриваемой статье нет никаких указаний на это. Кроме того, СМС-сообщения — это лишь малая доля электронных сообщений, которые возможно изъять. Переписка с использованием приложений, например, WhatsApp, Viber, Telegram осуществляется вне зоны действия операторов, предоставляющих услуги связи и поэтому получить доступ к ней возможно только путём осмотра устройства, на которое установлено приложение. Поэтому, очевидно, что не следует исключать осмотр предметов как средство получения доказательственной информации из мобильного телефона, однако важно урегулировать вопрос соблюдения конституционных прав граждан при его проведении.

Список использованной литературы

1. *Старичков М. В.* Тактика получения материалов для проведения компьютерной экспертизы из информационно-телекоммуникационных сетей // Криминалистика: вчера, сегодня, завтра: сб. науч. тр. — Иркутск, 2016. — С. 150—154.
2. *Земцова С. И.* Участие специалиста при осмотре сотового телефона по преступлениям, связанным с незаконным оборотом синтетических психоактивных веществ, совершаемых с использованием интернет-магазинов // Совр. право. — 2016. — № 1. — С. 135—141.
3. *Васюков В. Ф., Булыжкин А. В.* Изъятие электронных носителей информации при расследовании преступлений: нерешённые проблемы правового регулирования и правоприменения // Рос. следователь. — 2016. — № 6. — С. 3—8.
4. *Климов Д. В.* О необходимости привлечения специалиста для изъятия электронных носителей информации в ходе производства обыска и выемки // Проблемы применения уголовно-процессуального законодательства. — Барнаул, 2016. — С. 154—155.
5. *Шаевич А. А., Родивилин И. П.* Об участии специалиста при изъятии электронных носителей информации в ходе производства обыска и выемки // Криминалистика: вчера, сегодня, завтра: сб. науч. тр. — Иркутск: Вост.-Сиб. ин-т М-ва внутр. дел России, 2013. — С. 153.
6. *Старичков М. В.* Устройства мобильной связи как источник криминалистической информации // Криминалистические чтения на Байкале — 2015: матер. междунар. науч.-практ. конф. Иркутск, 2015. — С. 234.
7. *Гаврилин Ю. В.* Электронные носители информации в уголовном судопроизводстве // Тр. Акад. управления М-ва внутр. дел России. — 2017. — № 4 (44). — С. 45—50.
8. *Федюкина А. Ю.* Электронный носитель информации как доказательство по уголовным делам // Отеч. юриспруд. — 2016. — № 12 (14). — С. 44—46; *Скобелин С. Ю.* Использование специальных знаний при работе с электронными следами // Рос. следователь. — 2014. — № 20. — С. 32; *Старичков М. В.* Электронные носители как источники криминалистически значимой информации // Криминалистика: вчера, сегодня, завтра: сб. науч. тр. — 2013. — № 3 (4). — С. 123—127.
9. Кассационное определение Верховного суда Российской Федерации по делу № 55-014-6 [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://sudact.ru>; Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 30.09.2014 по делу 55-014-6 [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://sudact.ru> (дата обращения: 15.09.2018).