

УДК 343.98

DOI: 10.17223/22253513/37/3

В.Ф. Васюков

ИЗЪЯТИЕ ЭЛЕКТРОННЫХ НОСИТЕЛЕЙ ИНФОРМАЦИИ ПРИ ПРОИЗВОДСТВЕ СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ: НОВЕЛЛЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И ПРОБЛЕМЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

Рассматриваются вопросы изъятия электронных носителей информации сквозь призму положений Федерального закона от 27 декабря 2018 № 533-ФЗ, в котором отражены изменения в ст. 164 УПК РФ, устанавливающие ограничения при изъятии электронных носителей информации при производстве следственных действий по уголовным делам о преступлениях, совершаемых в сфере предпринимательской деятельности. Анализируются исключения из указанных ограничений, предусмотренных ч. 1 ст. 164.1 УПК РФ.

Ключевые слова: электронные носители информации, изъятие, осмотр, обыск, выемка, преступная деятельность, электронные устройства, судебное решение, назначение экспертизы.

Неуклонный рост числа людей, пользующихся компьютерными технологиями, открыл новые возможности для преступной деятельности. Это коснулось и нашей страны, что подтверждается взрывным ростом числа зарегистрированных преступлений, совершенных в сфере телекоммуникаций и компьютерной информации на территории Российской Федерации [1. С. 3]. Так, в 2013 г. было зарегистрировано 10 942 преступления в указанной сфере, в 2014 г. – 10 968, в 2015 г. – 43 816, в 2016 г. – 65 949, в 2017 г. – 90 587. В 2018 г. таких преступлений уже было зарегистрировано более 130 тыс.

Сложившаяся ситуация стала импульсом к росту потребности в специальных знаниях в сфере информационных технологий.

Не случайно 26 октября 2018 г. в своем выступлении на оперативном совещании А.И. Бастрыкин подчеркнул, что «...за первое полугодие 2018 г. следователи-криминалисты приняли участие в осмотре почти двух тысяч электронных устройств. В числе осмотренных объектов – компьютеры, ноутбуки, планшеты, мобильные телефоны, съемные носители информации...» [10].

Рассматриваемая проблематика не осталась без внимания и со стороны законодателя. Федеральным законом от 27 декабря 2018 г. № 533-ФЗ [3] ст. 164 УПК РФ была дополнена ч. 4¹, согласно положениям которой при производстве следственных действий по уголовным делам о преступлениях, совершаемых в сфере предпринимательской деятельности, не допускается необоснованное изъятие электронных носителей информации. При этом исключениями из указанного правила законодатель обозначил случаи, предусмотренные ч. 1 ст. 164.1 УПК РФ.

Первым исключением для правоприменителя являются случаи, когда вынесено постановление о назначении судебной экспертизы в отношении электронных носителей информации. Формирование данного случая в следственной практике крайне сомнительно, так как постановление о назначении судебной экспертизы в отношении электронных носителей информации может быть вынесено только после их осмотра и изъятия.

Крайне важно подчеркнуть, что, исходя из позиции, выраженной законодателем в п. 1 ч. 1 ст. 164.1 УПК РФ, формальным основанием изъятия электронного носителя информации является уже подготовленное постановление о назначении судебной экспертизы (соответственно, протокол ознакомления с постановлением также должен быть предоставлен для ознакомления заинтересованным лицам). Как это ни парадоксально, но формальным основанием для вынесения постановления о назначении судебной экспертизы является протокол следственного осмотра, обыска, выемки, в ходе которых были обнаружены, зафиксированы и изъяты объекты исследования – электронные носители информации. Осмелимся предположить, что подобная ситуация будет формироваться крайне редко.

Вторым исключением законодатель обозначает ситуацию, когда изъятие электронных носителей информации производится на основании судебного решения. Не исключаем, что толкование данного положения может быть несообразным.

Хотелось бы отметить, что до сих пор имеется противоречивая практика судебного санкционирования проведения осмотра содержимого мобильных телефонов.

Одним из примеров проблемности данного вопроса является прецедент, созданный в практике Приморского края в 2016 г. Следователь обратился в суд с ходатайством о разрешении осмотра сведений, находящихся на электронных носителях информации, которое Фрунзенским районным судом г. Владивостока было оставлено без удовлетворения. В апелляционном представлении прокурор Приморского края просил постановление суда отменить, ходатайство следователя о разрешении осмотра сведений, находящихся на электронных носителях информации, а также мобильных телефонах обвиняемого В. удовлетворить. Цитируя положения ст.ст. 13, 29 и 165 УПК РФ, а также ст. 23 Конституции РФ прокурор сослался на то, что ограничение права гражданина на тайну переписки, телефонных и иных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений (к которым можно отнести и sms-сообщения) допускается только на основании судебного решения. С учетом отсутствия согласия В. на осмотр электронных носителей, он предположил, что следователь обоснованно обратился в суд с ходатайством о разрешении производства осмотра предметов, изъятых у В., при этом настаивал на том, что отказ суда в удовлетворении ходатайства следователя может повлечь нарушение прав В. на тайну переписки, предусмотренных ч. 2 ст. 23 Конституции РФ, а также привести к получению следственным органом недопустимого доказательства, имеющего решающее значение для установления обстоятельств, предусмотренных ст. 73 УПК РФ.

Проверив представленные материалы, изучив доводы апелляционного представления, выслушав участвующих лиц, апелляционный суд не нашел оснований усомниться в правильности решения суда первой инстанции в связи с тем, что осмотр сведений, находящихся на электронных носителях информации, изъятых у В., производится следователем в соответствии со ст. 176 УПК РФ и для этого не требуется судебного решения [4].

Чуть позже Конституционным Судом РФ было разъяснено в одном из решений, что, если в ходе осмотра мобильного телефона владелец самостоятельно сообщает об установленном на нем пароле, выражает готовность представить распечатку телефонных соединений с используемого им номера, не возражает против исследования имеющихся в телефоне сообщений и сведений о телефонных соединениях, нарушение конституционного права не усматривается [5].

Между тем согласно позиции, выраженной Конституционным Судом РФ в определении от 25 января 2018 г. № 189-О, проведение осмотра и экспертизы с целью получения имеющей значение для уголовного дела информации, находящейся в электронной памяти абонентских устройств, изъятых при производстве следственных действий в установленном законом порядке, не предполагает вынесения об этом специального судебного решения [6].

Учитывая сказанное, есть основания предположить, что электронные носители информации могут быть изъяты в соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 164.1 УПК РФ в случае получения судебного решения на проведение следственных действий, круг которых очерчен в нормах ст. 29 УПК РФ.

Далее, в п. 3 ч. 1 ст. 164¹ УПК РФ определено три исключения, первое из которых экспонирует ситуацию, когда на электронных носителях содержится информация, полномочиями на хранение и использование которой владелец электронного носителя информации не обладает. В данном случае предполагается изъятие электронных носителей информации, которые (либо информация на которых) находятся у владельца в силу совершенных им противоправных действий. Например, фигурантом с помощью специального оборудования записывается на электронных носителях информации контрафактное программное обеспечение.

Следующее исключение обозначает случай, когда информация, содержащаяся на электронных носителях, может быть использована для совершения новых преступлений. Свидетельством такого использования может стать оперативно значимая и доказательственная информация.

Также исключением может стать ситуация, при которой копирование информации по заявлению специалиста может повлечь за собой ее утрату или изменение. При осуществлении изъятия электронных носителей вывод о возможной утрате или изменении информации делается только специалистом, участвующим в следственном действии. При этом данный вывод выражается в заявлении, которое фиксируется в протоколе следственного действия, в ходе которого осуществлялось изъятие. Отсутствие соответствующей записи о том, что копирование не может быть осуществлено

в связи с возможной утратой или изменением информации, является основанием признания недопустимыми действий лиц, осуществляющих изъятие электронных носителей информации.

Так, 13 марта 2018 г. Камчатским краевым судом были признаны незаконными действия оперуполномоченного ОЭБ и ПК ОМВД РФ по Елизовскому району, выразившиеся в отказе в удовлетворении ходатайства генерального директора ОАО «...» С. о копировании информации, изымаемой с электронных носителей в ходе обыска.

Как следовало из представленных суду материалов, в протоколе обыска зафиксировано пояснение С. о том, что изъятие электронных носителей информации (жестких дисков) полностью парализует работу предприятия. В ходе судебного заседания С. подтвердил, что просил сотрудников полиции произвести копирование информации, содержащейся на электронных носителях, предлагал для этого свой свободный от информации электронный носитель, но ему было отказано. Он желал написать замечания об этом в протокол, но ему не позволили этого сделать.

При этом суд апелляционной инстанции отметил, что данные пояснения С. ничем не опровергнуты. Сведений о том, что С. в ходе обыска было предложено скопировать изымающую с электронных носителей информацию, а он от этого отказался, в протоколе не имеется. Запись в протоколе обыска о том, что у С. отсутствуют замечания к протоколу, вопреки утверждению суда, не означает, что заявитель не ходатайствовал о копировании изымаемой информации.

Учитывая, что в протоколе обыска не имеется сведений, указывающих на то, что копирование информации, изъятой с электронных носителей, может воспрепятствовать расследованию или повлечь ее утрату или изменение, суд апелляционной инстанции пришел к выводу, что действия должностного лица, проводившего обыск, не отвечают в полной мере положениям, закрепленным уголовно-процессуальным законодательством [7].

Особого внимания заслуживают формулировки ч. 2 ст. 164.1 УПК РФ об обязательном участии специалиста при изъятии электронных носителей информации, которые уже использовались в утративших силу нормах ч. 9¹ ст. 182 и ч. 3¹ ст. 183 УПК РФ. При этом, как и прежде, законодатель оставляет вне поля зрения назревшие вопросы о том, какие носители относятся к этой категории и необходимо ли дифференцировать процедуру изъятия от копирования информации при проведении следственных действий.

Как нами уже неоднократно упоминалось [8–10], пробельность этих вопросов стала поводом многочисленных научных дискуссий [11, 12] и неоднозначных судебных решений.

Так, в одном случае судами делается вывод о том, что участие специалиста обязательно только при копировании информации, содержащейся на изъятых предметах [13]. В другом – дается пояснение, что «участие специалиста в производстве выемки в ходе изъятия электронных носителей информации требуется при наличии нуждаемости в данном специалисте. Фактически при проведении выемки не осуществлялось изъятие электрон-

ных носителей, а осуществлялось копирование имеющейся информации на отдельный носитель, что не запрещено нормами УПК РФ и не требует обязательного привлечения специалиста» [14].

В третьем случае суд признает отсутствие специалиста допустимым при проведении следственных действий, так как «электронные носители информации изымались целиком, т.е. без проверки и изъятия самой информации», что не дает суду оснований усомниться в достоверности информации, которая в последствии может быть обнаружена в этом носителе [15].

В четвертом – суд посчитал необоснованными и не подлежащими удовлетворению доводы апелляционной жалобы о нарушении при обыске положений об обязательном участии специалиста, поскольку, по мнению судей, «применение специальных познаний и навыков при изъятии компьютерного блока, составной частью которого является электронный носитель информации, без его вскрытия или копирования, не требовалось» [16].

Таким образом, есть веские доводы в пользу того, что на фоне различного понимания уместности использования специальных знаний при изъятии электронных носителей информации, приводимого судами в апелляционных решениях, дальнейшее правоприменение норм «электронного изъятия» будет сопровождаться еще большими трудностями. Это обусловлено тем, что, исходя из содержания ч. 2 ст. 164.1 УПК РФ, при производстве любого следственного действия участие специалиста обязательно в случае изъятия всех видов и типов электронных устройств, где может накапливаться и храниться информация. Учитывая распространность электронных носителей информации среди граждан, беспрекословное исполнение императивного правила, установленного ч. 2 ст. 164.1 УПК РФ приведет к повсеместному отвлечению экспертов от производства компьютерных экспертиз, потребность в которых уже возросла в несколько раз.

Учитывая сложившуюся ситуацию, следует проанализировать и внести изменения в численность экспертов государственных учреждений с учетом их возможной востребованности при раскрытии и расследовании преступлений.

Литература

1. Колычева А.Н. Фиксация доказательственной информации, хранящейся на ресурсах сети Интернет : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.12. М., 2019. 199 с.
2. Расширенное оперативное совещание по вопросам развития Криминалистического центра СК России 28 октября 2018 г. URL: <https://sledcom.ru/news/item/1266876>
3. О внесении изменений в статьи 76¹ и 145¹ Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации : федеральный закон от 27.12.2018 № 533-ФЗ // Российская газета. 2018. № 295. 29 дек.
4. Апелляционное постановление Приморского краевого суда от 31.05.2016 по делу № 22-3453/2016.
5. Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Попова Анатолия Николаевича на нарушение его конституционных прав статьями 176 и 177 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации : Определение Конституционного Суда РФ от 28.02.2017 № 338-О // СПС КонсультантПлюс.

6. Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Прозоровского Дмитрия Александровича на нарушение его конституционных прав статьями 176, 177 и 195 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации : определение Конституционного Суда РФ от 25.01.2018 № 189-О // СПС КонсультантПлюс.

7. Апелляционное постановление Камчатского краевого суда от 13.03.2018 по делу № 22к-160/2018.

8. Васюков В.Ф. Изъятие электронных носителей информации: нерешенные проблемы практики // Уголовный процесс. 2016. № 2 (134). С. 54–57.

9. Васюков В.Ф. Некоторые особенности изъятия электронных носителей при производстве обыска и выемки по уголовному делу // Библиотека криминалиста : научный журнал. 2016. № 2 (25). С. 35–42.

10. Васюков В.Ф., Гаврилов Б.Я., Кузнецов А.А. Способы получения доказательств и информации в связи с обнаружением (возможностью обнаружения) электронных носителей : учеб. пособие. М. : Проспект, 2017. 160 с.

11. Гаврилин Ю.В. Электронные носители информации в уголовном судопроизводстве // Труды Академии управления МВД России. 2017. № 4 (44). С. 45–50.

12. Гаврилов Б.Я. Получение доказательств и информации с электронных носителей: вопросы законодательного регулирования и правоприменения // Уголовное судопроизводство: проблемы теории и практики. 2018. Т. 3, № 3. С. 32–36.

13. Апелляционное постановление Самарского областного суда от 10.12.2018 по делу № 22-7165/2018.

14. Апелляционное определение Рязанского областного суда от 03.04.2018 по делу № 22-148/2018.

15. Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Ярославского областного суда от 11.07.2017 по делу № 22-968/2017.

16. Апелляционное определение Верховного Суда Республики Хакасия от 13.12.2018 по делу № 22-1516/2018.

Vasyukov Vitaly F., Orel Law Institute of the Ministry of Internal Affairs of Russia named after V.V. Lukyanov (Orel, Russian Federation)

WITHDRAWAL OF ELECTRONIC MEDIA IN THE COURSE OF INVESTIGATIONS: LEGAL DEVELOPMENTS AND LAW ENFORCEMENT ISSUES

Keywords: electronic media, withdrawal, inspection, search, excavation, criminal activity, electronic devices, court decision, purpose of the expertise.

DOI: 10.17223/22253513/37/3

Research on the seizure of electronic data carriers is of key importance for proving in a criminal case, particularly in the investigation of economic crimes, drug trafficking and in the area of computer information. In this connection, the author's goal in the article of a criminal law nature is the following: a study of the procedural institute of «electronic seizure», analysis of problems of its enforcement in court practice.

The methodological basis for this study is a set of methods of scientific cognition, among which the main methods are historicism, consistency, analysis and comparative law.

The results of the survey are as follows. The author's justified position in this work is based on legislation and the opinions of the competent scientific environment on the need to use special knowledge in research and the seizure (copying) of electronic information relevant to a criminal case. On the basis of a legal analysis of the norms of criminal procedure law, the systematisation of rules and exemptions that investigators must observe during inspections, searches and seizures is being carried out. Questions are being raised about the evidentiary value of the results of electronic seizure.

As a result of this study, it was found that the institute of «electronic seizure» is quite young and has not been sufficiently tested in investigative and judicial practice. It was found that the need for specialists in the field of information and communication technologies has increased to a large extent due to the increased use of computer devices by defendants and victims. At the same time, special knowledge must be applied to the appropriate extent both when removing the simplest devices - flash drives, modems and hard drives - and when removing smartphones, laptops, stationary computers and servers.

References

1. Kolycheva, A.N. (2019) *Fiksatsiya dokazatel'stvennoy informatsii, khranyashchey sya na resursakh seti Internet* [Fixation of evidentiary information stored in the Internet]. Law Cand. Diss. Moscow.
2. The Russian Federation. (2018a) *Rasshirennoe operativnoe soveshchanie po voprosam razvitiya Kriminalisticheskogo tsentra SK Rossii 28 oktyabrya 2018 g.* [Expanded operational meeting on the development of the Forensic Center of the IC of Russia on October 28, 2018]. [Online] Available from: <https://sledcom.ru/news/item/1266876>
3. The Russian Federation. (2018b) O vnesenii izmeneniy v stat'i 761 i 1451 Ugolovnogo kodeksa Rossiyskoy Federatsii i Ugolovno-protsessual'nyy kodeks Rossiyskoy Federatsii: federal'nyy zakon ot 27.12.2018 № 533-FZ [On amendments to Articles 761 and 1451 of the Criminal Code of the Russian Federation and the Criminal Procedure Code of the Russian Federation: Federal Law No. 533-FZ of December 27, 2018]. *Rossiyskaya gazeta*. 295. 29th December.
4. The Russian Federation. (2016) *Apellyatsionnoe postanovlenie Primorskogo kraevogo suda ot 31.05.2016 po delu № 22-3453/2016* [The appeal decision of the Primorsky Regional Court dated May 31, 2016 in case No. 22-3453 / 2016].
5. The Constitutional Court of the Russian Federation. (2017) *On the refusal to accept the complaint of citizen Anatoly Nikolayevich Popov on violation of his constitutional rights by Articles 176 and 177 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation: Resolution No. 338-O of the Constitutional Court of the Russian Federation dated February 28, 2017.* [Online] Available from: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ARB&n=493858#06448026215321043>. (In Russian).
6. The Constitutional Court of the Russian Federation. (2018) *On the refusal to accept the complaint of citizen Prozorovsky Dmitry Alexandrovich on violation of his constitutional rights by Articles 176, 177 and 195 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation: Resolution No. 189-O of the Constitutional Court of the Russian Federation dated January 25, 2018.* [Online] Available from: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=ARB&n=527893#05741087058308301>. (In Russian).
7. The Russian Federation. (2018c) *Apellyatsionnoe postanovlenie Kamchatskogo kraevogo suda ot 13.03.2018 po delu № 22k-160/2018* [The appeal ruling of the Kamchatka Regional Court dated March 13, 2018, in Case No. 22k-160/2018].
8. Vasyukov, V.F. (2016) *Iz'yatie elektronnykh nositeley informatsii: nereshennye problemy praktiki* [Withdrawal of electronic media: unresolved problems of practice]. *Ugolovnyy protsess*. 2(134). pp. 54–57.
9. Vasyukov, V.F. (2016) Nekotorye osobennosti iz'yatiya elektronnykh nositeley pri proizvodstve obyska i vyemki po ugolovnomu delu [Specificity of the seizure of electronic media during the search and seizure in a criminal case]. *Biblioteka kriminalista*. 2(25). pp. 35–42.
10. Vasyukov, V.F., Gavrilov, B.Ya. & Kuznetsov, A.A. (2017) *Sposoby polucheniya dokazatel'stv i informatsii v svyazi s obnaruzheniem (vozmozhnost'yu obnaruzheniya) elektronnykh nositeley* [Methods of obtaining evidence and information in connection with the detection of electronic media]. Moscow: Prospekt.

11. Gavrilin, Yu.V. (2017) Electronic Memory Devices in Criminal Procedure. *Trudy Akademii upravleniya MVD Rossii – Proceedings of Management Academy of the Ministry of the Interior of Russia.* 4(44). pp. 45–50. (In Russian).
12. Gavrilov, B.Ya. (2018) Poluchenie dokazatel'stv i informatsii s elektronnykh nositeley: voprosy zakonodatel'nogo regulirovaniya i pravoprimeneniya [Obtaining evidence and information from electronic media: issues of legislative regulation and enforcement]. *Ugоловное судо-производство: проблемы теории и практики – Criminal Procedure: Problems of Theory and Practice.* 3(3). pp. 32–36.
13. The Russian Federation. (2018d) *Apellyatsionnoe postanovlenie Samarskogo oblastnogo suda ot 10.12.2018 po delu № 22-7165/2018* [The appeal decision of the Samara Regional Court of December 10, 2018, in Case No. 22-7165 / 2018].
14. The Russian Federation. (2018e) *Apellyatsionnoe opredelenie Ryazanskogo oblastnogo suda ot 03.04.2018 po delu № 22-148/2018* [The appeal ruling of the Ryazan Regional Court dated april 3, 2018, in Case No. 22-148 / 2018].
15. The Russian Federation. (2017) *Apellyatsionnoe opredelenie Sudebnoy kollegii po ugolovnym delam Yaroslav-skogo oblastnogo suda ot 11.07.2017 po delu № 22-968/2017* [The appeal ruling of the Judicial Collegium for Criminal Cases of the Yaroslavl Regional Court dated July 11, 2017, in Case No. 22-968 / 2017].
16. The Russian Federation. (2018f) *Apellyatsionnoe opredelenie Verkhovnogo Suda Respubliki Khakasiya ot 13.12.2018 po delu №22-1516/2018* [The appeal ruling of the Supreme Court of the Republic of Khakassia dated December 13, 2018, in Case No. 22-1516 / 2018].