**Ирина Анатольевна
ДАНИЛЕНКО,**

доцент кафедры уголовно-
процессуального права
Университета имени
О.Е. Кутафина (МГЮА),
кандидат юридических наук
[irinadanilenko35@
gmail.com](mailto:irinadanilenko35@gmail.com)

125993, Россия, г. Москва,
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

**Николай Владимирович
ВАСИЛЬЕВ,**

старший преподаватель
кафедры
уголовно-процессуального
права
Университета имени
О.Е. Кутафина (МГЮА),
кандидат юридических наук
vasilyevix@gmail.com

125993, Россия, г. Москва,
ул. Садовая-Кудринская, д. 9

СОБЛЮДЕНИЕ КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРАВ ЛИЧНОСТИ НА НЕПРИКОСНОВЕННОСТЬ ЧАСТНОЙ ЖИЗНИ, ЛИЧНУЮ И СЕМЕЙНУЮ ТАЙНУ, ТАЙНУ ПЕРЕПИСКИ, ПОЧТОВЫХ, ТЕЛЕГРАФНЫХ И ИНЫХ СООБЩЕНИЙ ПРИ ОСМОТРЕ МОБИЛЬНОГО УСТРОЙСТВА (РОССИЙСКИЙ И ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ)

Аннотация. В статье затрагиваются вопросы соотношения конституционных прав личности и проведения осмотра мобильного устройства правоохранными органами в целях раскрытия и расследования преступлений. Рассмотрены основания и процедура осмотра мобильного устройства. Поднимается вопрос о необходимости получения для этого судебного решения.

Ключевые слова: осмотр мобильного устройства, расследование преступлений, изъятие информации, правоохранные органы, неприкосновенность частной жизни, личная и семейная тайна, тайна переписки, почтовых, телеграфных и иных сообщений.

DOI: 10.17803/2311-5998.2020.74.10.150-157

I. A. DANILENKO,

Associate Professor of the Chair of Criminal Procedure Law
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Cand. Sci. (Law)
irinadanilenko35@gmail.com

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

N. V. VASILIEV,

Senior Lecturer of the Department of Criminal Procedure Law
of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Cand. Sci. (Law)
vasilyevix@gmail.com

125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

COMPLIANCE WITH THE CONSTITUTIONAL RIGHTS OF AN INDIVIDUAL TO PRIVACY, PERSONAL AND FAMILY SECRETS, SECRECY OF CORRESPONDENCE, POSTAL, TELEGRAPH AND OTHER MESSAGES WHEN EXAMINING A MOBILE DEVICE (RUSSIAN AND FOREIGN EXPERIENCE)

Abstract. The article touches upon the issues of correlation of the constitutional rights of the individual and the examination of a mobile device by law enforcement agencies in order to disclose and investigate crimes. The grounds and procedure for examining a mobile device are considered. The question is raised about the need to obtain a court decision for this.

© И. А. Даниленко,
Н. В. Васильев, 2020

Keywords: *mobile device inspection, investigation of crimes, confiscation of information, law enforcement agencies, privacy, personal and family secrets, secrecy of correspondence, postal, telegraphic and other messages.*

Согласно Конституции РФ каждый имеет право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени (ч. 1 ст. 23), право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, ограничение которого допускается только на основании судебного решения (ч. 2 ст. 23).

Данное право относится к категории личных прав человека — естественных и неотъемлемых прав личности, обретаемых в силу рождения. В его основе — приоритет индивидуального интереса человека перед общественным, гарантия сохранения частной автономии.

Сохранение конфиденциальности коммуникаций, как защита от необоснованного постороннего вмешательства в личную жизнь, с развитием технологий требует дополнительных уточнений. Сама по себе формулировка данного права в ст. 23 Конституции РФ предполагает возникновение все новых видов коммуникаций между людьми: от почтовой переписки, телеграфных сообщений, телефонных переговоров — к иным видам сообщений.

Интернет-коммуникации, распространение персональных компьютеров, а в последнее время — смартфонов существенным образом изменили правовой статус отдельных предметов, находящихся при человеке. Использование сотовых телефонов населением в сочетании с их способностью хранить огромное количество подробной личной информации существенно отличает их от прежних аналоговых телефонов.

В современном мире мобильные телефоны, особенно смартфоны, стали важным инструментом почти для каждого человека. Большинство программных приложений смартфона связаны с обработкой персональной личной информации о владельце и обеспечивают возможность мгновенных коммуникаций между людьми. Указанные коммуникации могут носить как публичный характер (распространяться для широкого доступа — в чатах, на сайтах и т.д.), так и частный (обмен сообщениями с конкретными людьми).

Несмотря на то, что личная информация обрабатывается, передается, хранится определенными поставщиками, такими как поставщики услуг электронной связи и удаленных вычислений, на нее всецело распространяется требование конфиденциальности. Законодательство запрещает поставщикам услуг сознательно раскрывать содержание электронных сообщений или записей абонентов клиентов.

Значительный массив персональной информации, хранящейся на легко передаваемом мобильном устройстве, вызывает у владельцев смартфонов разумное ожидание неприкосновенности своей частной жизни, что, в свою очередь, требует соответствующих гарантий защиты от неправомерного доступа к информации от производителей и государства.

В настоящее время технологически предусмотрены системы, ограничивающие доступ посторонних к данным смартфона: PIN-коды, блокировка, цифровые и графические пароли доступа, электронное дактилоскопирование, видеооцен-

ка биометрических данных, удаленная очистка, шифрование данных и т.п. Это означает, что общество признает и поддерживает право владельца смартфона на конфиденциальность информации, хранящейся в его электронной памяти.

Достигнутый консенсус по поводу строгой защиты информации на мобильном устройстве от других членов общества не влечет столь же единого подхода в понимании, в какой мере эта же информация должна защищаться от правоохранительных органов. Где пределы допустимого вмешательства в цифровую жизнь человека при раскрытии и расследовании преступлений?

Положения уголовно-процессуального кодекса (далее — УПК РФ) допускают производить такие следственные действия, как осмотр места происшествия, местности, жилища, иного помещения, предметов и документов. Указанные действия производятся в целях обнаружения следов преступления, выяснения других обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела.

При этом закон не требует от сотрудников правоохранительных органов получения разрешения суда на их производство, за исключением осмотра жилища, если проживающие в жилище лица возражают против осмотра (ч. 5 ст. 177 УПК РФ). В этом случае следователь возбуждает перед судом ходатайство о производстве осмотра в соответствии со ст. 165 УПК РФ. Остальные виды осмотра не содержат таких ограничений и предполагают возможность визуального доступа к предметам на основании усмотрения лица, производящего предварительное расследование уголовного дела.

Одним из таких предметов может являться находящийся при гражданине карманный персональный компьютер, дополненный функциональностью мобильного телефона — смартфон. Осмотр смартфона, как обычного предмета не обеспечивается гарантиями неприкосновенности переписки и не защищается со стороны УПК РФ предварительным судебным контролем. УПК РФ не требует для осмотра наличия определенных оснований, а лишь формулирует широкую цель: обнаружение следов преступления, выяснение других обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела (ст. 176 УПК РФ).

Сотрудники правоохранительных органов во время осмотра могут свободно проверять физические аспекты телефона, чтобы убедиться, что он не будет использоваться в качестве оружия, что на его поверхности имеются/отсутствуют визуально различимые следы преступления, могут сличить номер, указанный на корпусе. Однако цифровые данные, хранящиеся на смартфоне, в момент изъятия для осмотра либо самого осмотра тоже могут оказаться видны сотруднику правоохранительных органов без согласия владельца. Современные технологии в области криминалистики позволяют получать доступ к этой информации, минуя установленные пароли блокировки.

Ряд авторов считают, что сведения, которые хранятся на телефоне, подлежат строгой защите, поэтому могут быть получены только при добровольном согласии владельца либо на основании судебного решения¹. Другие российские кримина-

¹ Бычков В. В. Соблюдение прав граждан на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений при проверке сообщений о преступлениях и в ходе их расследования // Российский следователь. 2013. № 24. С. 10—13.

листы уверенно предполагают, что процедура осмотра содержимого смартфона не требует судебного разрешения и не должна существенно отличаться от проведения осмотра обычного предмета, поэтому правоохранным органам не требуется получение судебного разрешения².

Примечательными в этой связи являются результаты опроса, проведенного одним из исследователей данной тематики в следственных подразделениях МВД России: только 15 % опрошенных считают необходимым получать перед осмотром мобильного смартфона письменное согласие владельца либо судебное решение. Подавляющее большинство (72 %) готовы (и осуществляют) осмотр содержимого смартфонов в общем порядке, руководствуясь требованиями ст. 166, 176, 177 УПК РФ. При этом у них не возникают какие-либо проблемы, связанные с признанием данных доказательств недопустимыми³.

Согласно данным другого исследования, все следственные управления Следственного комитета РФ активно используют в своей деятельности аппаратно-программные комплексы UFED. Это средство для проведения оперативного исследования мобильных устройств. Оно позволяет проводить простое и быстрое извлечение информации из различных мобильных девайсов: мобильных телефонов, смартфонов, планшетов, телефонов китайской сборки на базе микропроцессора, некоторых моделей GPS-приемников, сим-карт мобильных устройств и карт памяти⁴.

В достаточно короткий срок (от 2 до 5 часов) из каждого мобильного устройства (в том числе заблокированного) можно получить следующую информацию: записи телефонной книги, списки и журналы звонков, сохраненные на сим-карте, данные вызовов IP-телефонии, SMS, MMS, журналы средств оперативной пересылки сообщений, пароли, данные телефона (IMEI/ESN), изображения, видео- и аудиофайлы и другие изображения, видео-, системные файлы и картографическую информацию GPS.

Ключевым аргументом сторонников «несудебного осмотра» смартфонов при обсуждении вопроса о судебных гарантиях конституционного права на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, тайну переписки, почтовых, телеграфных и иных сообщений становится утверждение, что защита переписки обеспечивается лишь на этапе пересылки сообщения. Охранный статус теряется с момента получения письма адресатом, в том числе это касается электронных писем, полученных на смартфон. Следовательно, допустимо получать информацию в порядке ст. 86 УПК РФ в ходе следственных действий без судебного разрешения⁵.

² Гаас Н. Н. Осмотр изъятого мобильного устройства: проблемы правоприменения // Вестник Уральского юридического института МВД России. 2019. № 4. С. 28—32.

³ Гаас Н. Н. Указ. соч. С. 30.

⁴ Бутенко О. С. Криминалистические и процессуальные аспекты проведения осмотра мобильных телефонов в рамках предварительного следствия // Lex russica. 2016. № 4. (113). С. 49—59.

⁵ Яковлев А. Н. Правовой статус цифровой информации, извлекаемой из компьютерных и мобильных устройств: «электронная почта» // Вестник Воронежского института МВД России. 2014. № 4. С. 46. См. также: Багмет А. М., Скобелин С. Ю. Пределы ограни-

Следует отметить, что существенный перевес в пользу сторонников несудебного осмотра привнесло определение Конституционного Суда РФ от 25 января 2018 г. № 189-О «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». В данном определении Суд указал, что не требуется вынесение специального судебного решения о проведении осмотра и экспертизы абонентских устройств, изъятых при проведении следственных действий в целях получения информации, которая имеет значение для уголовного дела.

Вместе с тем авторы данной публикации убеждены, что сведения, хранящиеся на мобильном устройстве гражданина, должны подлежать самой строгой защите, а позиция Конституционного Суда должна быть пересмотрена. Любое конституционное право должно быть обеспечено правовыми гарантиями защиты от чрезмерного вмешательства со стороны государства. Тайна коммуникаций в любых формах (переписки, телефонных переговоров и т.д.) должна защищаться судебным контролем. В период создания Конституции РФ (1993 г.) и УПК РФ (2002 г.), «точкой вторжения» в тайну переписки считалось учреждение почтовой связи. Именно там происходила перлюстрация передаваемых сообщений. В дальнейшем этот подход распространился и на поставщиков услуг электронной связи.

Согласно ст. 15 Федерального закона «О почтовой связи» информация об адресных данных пользователей услуг почтовой связи, о почтовых отправлениях, почтовых переводах денежных средств, телеграфных и иных сообщениях, входящих в сферу деятельности операторов почтовой связи, а также сами эти почтовые отправления, переводимые денежные средства, телеграфные и иные сообщения являются тайной связи и без судебного решения могут выдаваться только отправителям (адресатам) или их представителям.

Согласно ст. 185 УПК РФ при наличии достаточных оснований полагать, что предметы, документы или сведения, имеющие значение для уголовного дела, могут содержаться соответственно в бандеролях, посылках или других почтово-телеграфных отправлениях либо в телеграммах или радиogramмах, на них может быть наложен арест. Наложение ареста на почтово-телеграфные отправления, их осмотр и выемка в учреждениях связи производятся на основании судебного решения; осмотр, выемка и снятие копий с задержанных почтово-телеграфных отправлений — следователем в соответствующем учреждении связи.

При наличии достаточных оснований полагать, что сведения, имеющие значение для уголовного дела, могут содержаться в электронных сообщениях или иных передаваемых по сетям электросвязи сообщениях, следователем по решению суда могут быть проведены их осмотр и выемка.

Вместе с тем развитие технологий в настоящее время позволяет обеспечить указанную «точку вторжения» в находящемся при человеке смартфоне путем доступа к хранящейся в нем информации. В этом случае отсутствует требуемый ст. 185 УПК РФ оператор связи как хранитель и обработчик информации.

чения конституционных прав граждан в ходе осмотра сотовых телефонов участников уголовного судопроизводства // Уголовное право. 2017. № 6. С. 97—103.

Европейский суд по правам человека, толкуя в своих постановлениях право на уважение частной и семейной жизни, жилища и корреспонденции, предусмотренного ст. 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, разъяснил, что право на уважение корреспонденции должно защищать личные сообщения независимо от их формы или содержания. В настоящее время понятие «корреспонденция» включает письма по обычной почте, общение по пейджеру, телефонную и факсимильную связь, электронную почту и использование Интернета. Другие формы связи также могут подпадать под правовую защиту ст. 8 Конвенции, хотя соответствующий уровень защиты, требуемый понятием «уважение», должен будет учитывать применяемые методы⁶.

Конституционный Суд РФ в постановлении от 18.02.2000 № 3-П указал, что законодатель, при определении способов и средств защиты государственных интересов, должен применять лишь те из них, которые исключают возможность несоразмерного ограничения прав и свобод человека и гражданина для конкретной правоприменительной ситуации.

Законные основания для вторжения в тайну переписки должны не просто существовать в виде цели, но и быть достаточно точными и конкретными в описании способа вмешательства, момента его начала и окончания, а также его пределов.

Законные основания для вторжения в тайну переписки должны быть достаточно точными и конкретными в определении способа вмешательства, момента его начала и окончания, его пределов. Эти основания не могут существовать просто в виде цели. Для того чтобы исключить нарушение ст. 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, необходимо не только «предусмотреть это законом», каждая конкретная мера наблюдения должна соответствовать строгим условиям и процессуальным нормам, установленных законом⁷.

Положения ст. 164, ч. 1 ст. 176, ч. 1—4 и 6 ст. 177 УПК РФ не обладают достаточной конкретностью относительно границ вмешательства органов предварительного расследования в тайну личной жизни, переписки, почтовых, телеграфных и иных сообщений при проведении осмотра предметов, являющихся персональными компьютерами (смартфонами), используемыми для коммуникации и хранения личной информации.

Тот факт, что Конституционный Суд РФ уже сформулировал правовую позицию по данному вопросу, не означает окончательности разрешения рассматриваемой проблемы. Практика российской конституционной юстиции уже и раньше знала примеры изменения правового подхода, тем более, сформулированного в определении.

Развитые современные демократические государства также не сразу пришли к правовой защите сообщений, передаваемых цифровым способом с помощью технических средств. Характерным примером в этом отношении являются США, где защита тайны переписки обеспечивается в соответствии с четвертой поправкой к Конституции США: «Право народа на охрану личности, жилища, бумаг и имущества от необоснованных обысков и арестов не должно нарушаться.

⁶ См.: Halford v. UK, 1997-111, 24 FHRR 523 ; Taylor-Sabori v. UK // HUDOC (2002), 36 EHRR 248 ; Copland v. UK, 2007-1,45 EHRR 858 ; Kennedy v. UK // HUDOC (2010), 52 EHRR 207.

⁷ См.: Klass and Others v. Germany, 6 September 1978. Series A. No. 28.

Ни один ордер не должен выдаваться иначе, как при наличии достаточного основания, подтвержденного присягой или торжественным заявлением; при этом ордер должен содержать подробное описание места, подлежащего обыску, лиц или предметов, подлежащих аресту».

В деле «Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928)» Верховный суд США пришел к выводу, что правоохранительным органам можно получать доступ к телефонным переговорам обвиняемого, если это не нарушает его домашний мир и не конфискован какой-либо предмет. Судья Верховного суда Брайндейс в своем особом мнении указал, что в какой-нибудь чудесный день вполне спокойно могут появиться методы, с помощью которых власти смогут воспроизводить в суде документы, не открывая тайников, в которые их спрятали. Скамье присяжных можно будет показать самые интимные события семейной жизни.

В последующих решениях Верховный суд США постепенно перенес акцент с защиты предметов на защиту частной жизни. В деле «Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967)» был сформулирован так называемый «тест Каца», позволяющий оценить во многих случаях, особенно с развитием технологий, границы конфиденциальности. Тест определяет «разумное ожидание неприкосновенности частной жизни». Первая часть теста связана с понятием «на видном месте». Конфиденциальность не предполагается, если человек не совершил разумных усилий, чтобы скрыть что-то от случайного зрителя (в отличие от слежки). Вторая часть текста анализируется объективно: признаются ли обществом ожидания человека о неприкосновенности его частной жизни разумными? Если очевидно, что человек не хранил спорные доказательства в уединенном месте, то для их обнаружения не требуется никакого поиска. Например, как правило, разумный человек не будет ожидать, что предметы, помещенные в мусор, обязательно останутся частными.

В деле «Riley v. California, 573 U.S. (2014)» мобильный телефон арестованного был проверен полицией без судебного ордера. В качестве доказательств участия обвиняемого в преступлении использовались контакты, текстовые сообщения, фотографии и видеоклипы, которые были изъяты со смартфона. Верховный суд США единогласно постановил, что поиск и изъятие цифрового содержимого мобильного телефона во время ареста является неконституционным.

Согласно мнению Суда, высказанному судьей Робертсом, «современные мобильные устройства — это не только еще одно технологическое удобство. Со всем, что они содержат и что они могут раскрыть, они составляют для многих американцев “неприкосновенность жизни”. Тот факт, что технологии теперь позволяют человеку нести такую информацию в своих руках, не делает эту информацию менее достойной защиты, для которой Основатели сражались».

В 2018 г. вышеупомянутое особое мнение судьи Брандейса стало основой решения Верховного суда США в деле «Carpenter v. United States, № 16-402, 585 US (2018)», в котором Суд постановил, что нарушается неприкосновенность частной жизни при получении доступа к историческим записям, содержащим информацию о местонахождении мобильных телефонов, без ордера на обыск.

Подводя итог, можно сформулировать следующую позицию: применение положений ст. 164, ч. 1 ст. 176, ч. 1—4 и 6 ст. 177 УПК РФ при проведении осмотра предметов, являющихся персональными компьютерами (смартфонами), используемыми для коммуникации и хранения личной информации, без получения су-

дебного разрешения вступает в противоречие с Конституцией РФ, Конвенцией о защите прав и свобод человека и международной практикой развитых демократических государств, не предоставляет требуемых гарантий для защиты права на неприкосновенность частной жизни, тайны переписки почтовых, телеграфных и иных сообщений.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Багмет А. М., Скобелин С. Ю. Пределы ограничения конституционных прав граждан в ходе осмотра сотовых телефонов участников уголовного судопроизводства // Уголовное право. — 2017. — № 6. — С. 97—103.
2. Бычков В. В. Соблюдение прав граждан на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений при проверке сообщений о преступлениях и в ходе их расследования // Российский следователь. — 2013. — № 24. — С. 10—13.
3. Гаас Н. Н. Осмотр изъятого мобильного устройства: проблемы правоприменения // Вестник Уральского юридического института МВД России. — 2019. — № 4. — С. 28—32.
4. Бутенко О. С. Криминалистические и процессуальные аспекты проведения осмотра мобильных телефонов в рамках предварительного следствия // Lex russica. — 2016. — № 4 (113). — С. 49—59.
5. Яковлев А. Н. Правовой статус цифровой информации, извлекаемой из компьютерных и мобильных устройств: «электронная почта» // Вестник Воронежского института МВД России. — 2014. — № 4.