

УДК 343.1

DOI 10.36511/2078-5356-2020-1-169-174

Шигуров Александр Викторович
Alexander V. Shigurov

кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой уголовно-процессуального права и криминалистики

Средне-Волжский институт (филиал) Всероссийского государственного университета юстиции (РПА Минюста России) (430003, Саранск, ул. Федосеенко, 6)

candidate of sciences (law), assistant professor, head of the department of criminal procedure law and criminalistics

The Middle Volga Institute (branch) of the All-Russian State University of Justice (RPA of the Ministry of Justice of Russia) (6 Fedoseenko st., Saransk, Russian Federation, 430003)

E-mail: arshigurov@mail.ru

Подольный Николай Александрович
Nikolay A. Podol'nyu

доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой уголовного процесса и криминалистики Казанский институт (филиал) Всероссийского государственного университета юстиции (РПА Минюста России) (420126, Республика Татарстан, Казань, ул. Фатыха Амирхана, 12а)

doctor of sciences (law), associate professor, head of department of criminal procedure and criminalistics Kazan Institute (branch) of the All-Russian State University of Justice (RLA of the Ministry of Justice of Russia) (12a Fatykh Amirkhan st., Kazan, Republic of Tatarstan, Russian Federation, 420126)

E-mail: ipk-saransk@yandex.ru

**Проблемы правового регулирования изъятия
электронных носителей информации и копирования с них информации
при производстве следственных действий**

**Problems of legal regulation of the seizure of electronic information carriers
and copying information from them in the course of investigative actions**

Авторы поднимают ряд актуальных проблем, возникающих при изъятии электронных носителей информации и копировании с них информации при производстве следственных действий. В статье предлагается уточнить часть 1.1 статьи 64 Федерального закона от 7 июля 2003 года № 126-ФЗ «О связи»; ввести в Уголовно-процессуальный кодекс РФ самостоятельное следственное действие, в ходе которого следователь будет истребовать по решению суда данные, хранящиеся у операторов связи. Авторы обосновывают необходимость распространения предусмотренных в статьях 164, 164¹ УПК РФ гарантий прав владельцев электронных носителей информации на все категории преступлений. В статье критикуются положения части 2 статьи 164¹ УПК РФ об обязательном участии специалиста при изъятии электронных носителей информации.

The authors raise a number of urgent problems arising from the seizure of electronic information carriers and copying information from them in the course of investigative actions. The article proposes to expand the circle of bodies to which telecom operators are obliged to provide the electronic information stored by them with their subscribers by including all preliminary investigation bodies in them; introduce an independent investigative action into the Code of criminal procedure of the Russian Federation, during which the investigator will, by decision of the court, recover data stored by communication operators. The authors substantiate the need for dissemination provided for in art. 164, 164¹ of the Code of criminal procedure of the Russian Federation guarantees of the rights of owners of electronic storage media for all categories of crimes. The article criticizes the provisions of part 2 of art. 164¹ of the Code of criminal procedure on the mandatory participation of a specialist in the seizure of electronic storage media.

© Шигуров А.В., Подольный Н.А., 2020

Ключевые слова: следователь, суд, следственное действие, электронный носитель информации, оператор связи, выемка, обыск, осмотр.

Keywords: investigator, court, investigative action, electronic storage medium, telecom operator, seizure, search, inspection.

Развитие научно-технического прогресса делает все более доступными компьютерные средства хранения, передачи, обработки информации. На сегодняшний день мобильные телефоны, планшеты, ноутбуки и иные электронные устройства, содержащие в себе электронно-вычислительную технику, стали неотъемлемой частью жизни подавляющего большинства граждан. Применяемые в данных устройствах электронные носители информации способны стать ценным источником криминалистически значимых сведений для следователей, дознавателей, оперативных работников. В связи с этим уголовно-процессуальное законодательство должно предусматривать четко регламентированный процессуальный порядок нахождения, изъятия, исследования и использования при производстве по уголовному делу электронных следов преступления и электронных источников информации.

Ряд законодательных изменений, внесенных в данной сфере, свидетельствует о желании законодателя расширить возможности правоохранительных органов по работе с электронными следами преступления, создать дополнительные гарантии их достоверности и защиты прав участников соответствующих следственных действий. Вместе с тем, анализ действующего законодательства и практики его реализации свидетельствует о необходимости дальнейшей работы по их совершенствованию.

1. Необходимо уточнить законодательство в части регламентации полномочий и порядка действий следователей, дознавателей по получению от операторов связи информации и иных сообщений пользователей услугами связи, хранящейся на электронных носителях информации в соответствии со статьей 64 Федерального закона от 7 июля 2003 года № 126-ФЗ «О связи» (далее — ФЗ о связи).

В соответствии с частью 1.1 статьи 64 ФЗ о связи вышеуказанные сведения операторы связи обязаны в случаях, установленных федеральными законами, предоставлять органам, осуществляющим оперативно-разыскную деятельность или обеспечение безопасности Российской Федерации. На наш взгляд, данная норма сформулирована неудачно, поскольку она содержит слишком узкий круг органов,

по запросу которых операторы связи обязаны предоставлять хранящуюся у них информацию. Подчеркнем то обстоятельство, что в законе указываются лишь органы, осуществляющие оперативно-разыскную деятельность и обеспечение безопасности Российской Федерации. Возникает вопрос, относятся ли следователи СК России, следователи, дознаватели МВД России, дознаватели ФССП России и т. п. к сотрудникам органа, осуществляющего обеспечение безопасности Российской Федерации. Если в положении об МВД России в числе задач указывается обеспечение общественной безопасности, безопасности дорожного движения (но не безопасности Российской Федерации) [1], то в Федеральном законе «О Следственном комитете Российской Федерации» [2], Положении о Федеральной службе судебных приставов [3] задачи или полномочия, связанные с обеспечением безопасности Российской Федерации, не закреплены.

Таким образом, буквальное толкование данной нормы позволяет сделать вывод о том, что следователи, дознаватели большинства органов предварительного расследования (кроме ФСБ России) напрямую не наделены правом заявлять в суд ходатайство об истребовании электронной информации, переданной пользователями услугами операторов связи и хранящейся у последнего до 6 месяцев. В этой части данная норма противоречит части 5 статьи 64 ФЗ о связи, которая возлагает на операторов связи обязанность оказывать содействие органам предварительного расследования в проведении следственных действий в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства. При разрешении данного противоречия следует учитывать приоритетность уголовно-процессуального законодательства при регулировании уголовно-процессуальных отношений, связанных с проведением следственных действий, направленных на выявление и собирание доказательств при производстве по уголовному делу с участием операторов связи. В связи с вышесказанным, предлагаем уточнить содержание части 1.1, предусмотрев в ней обязанность оператора связи предоставлять данные сведения и иным государственным органам по основаниям и в порядке, предусмотренным федеральным законодательством.

Кроме того, необходимо предусмотреть в действующем Уголовно-процессуальном законе специальное следственное действие, связанное с истребованием по решению суда данных, хранящихся у операторов связи. Процессуальный порядок данного следственного действия должен учитывать, во-первых, то, что сведения, составляющие тайну телефонных и иных переговоров, уже записаны и их необходимо лишь истребовать с соблюдением требований тайны следствия и гарантий защиты тайны телефонных переговоров, сообщений, передаваемых по сетям электрической связи, то есть по решению суда; во-вторых, хранящиеся у операторов связи сведения могут находиться в другом субъекте Российской Федерации, в связи с чем они должны предоставляться оператором связи по аналогии с правилами статьи 186¹ УПК РФ в опечатанном виде с сопроводительным письмом, в котором указываются период, за который они предоставлены, и номера абонентов и (или) абонентских устройств.

2. Требуют совершенствования формулировки части 4¹ статьи 164 УПК РФ, предусматривающей ограничения на изъятие электронных носителей информации при производстве по уголовным делам о преступлениях, предусмотренных частями 1—4 статей 159, 159¹—159³, 159⁵, 159⁶, 160, 165 УК РФ, если эти преступления совершены в сфере предпринимательской деятельности, а также частями 5—7 статей 159, 171, 171¹, 171³—172², 173¹—174¹, 176—178, 180, 181, 183, 185—185⁴ и 190—199⁴ УК РФ. При расследовании данных преступлений законодатель запретил «необоснованное изъятие электронных носителей информации, за исключением случаев, предусмотренных частью первой статьи 164¹ настоящего Кодекса».

Мы считаем, что законодатель не должен был в данном случае вводить дифференциацию уголовно-процессуальной формы по делам в отношении лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность. Следует помнить о том, что в основе уголовного судопроизводства лежит конституционный принцип равенства граждан перед законом и судом, который требует по общему правилу устанавливать единый порядок судопроизводства в отношении всех граждан независимо от их имущественного и должностного положения и других обстоятельств и запрещает дискриминацию граждан по признакам социальной принадлежности (ст. 19 Конституции РФ). Любые исключения из данного принципа должны быть убедительно обоснованы необходимостью защиты основ

конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (ст. 55 Конституции РФ).

Безусловно, проблема необоснованного изъятия электронных носителей информации характерна не только по уголовным делам в отношении предпринимателей или по делам о преступлениях в сфере экономики. Так, например, электронные носители информации изымаются при расследовании всех компьютерных преступлений, нарушения авторских прав (ст. 146 УК РФ), преступлений, совершаемых с использованием компьютерной техники, и др.

Наличие у следователя дискреционных полномочий по определению относимости к делу электронных носителей информации, составлению плана расследования, определению очередности проведения следственных действий по их исследованию и отсутствие в законе четких ограничительных норм по срокам их хранения, исследования и возвращения законному владельцу приводит к тому, что следователь при принятии решений в сфере использования электронных носителей информации вправе полностью игнорировать заинтересованность законного владельца в возвращении их ему.

В связи с этим обратившим внимание на данную проблему Минюсту России (разработчики законопроекта) и законодателю следовало, на наш взгляд, в общих нормах закрепить гарантии прав владельцев электронных носителей информации, независимо от того, по какой категории преступлений они изымаются. Действующая же формулировка не только противоречит принципу равенства граждан перед законом и судом, но и является «подводным камнем», о который способны разбиться планы законодателя создать надежные гарантии защиты предпринимателей.

Существуют сразу две «лазейки» для обхода требований закона.

Во-первых, закон предусматривает ограничения «при производстве по уголовным делам о преступлениях...». Таким образом, данное ограничение действует на той стадии производства, когда ведется производство по уголовному делу, а уголовное дело считается возбужденным после принятия соответствующего постановления. Следовательно, производство осмотра места происшествия и выемки в стадии возбуждения уголовного дела не требует при буквальном толковании закона соблюдения ограничений, предусмотренных частью 4¹ статьи 164, частью 1 статьи 164¹ УПК РФ, даже если проводится доследственная проверка по сообщению о выше-

указанных преступлениях в сфере предпринимательской деятельности и при этом изымаются электронные носители информации.

Вторая проблема заключается в том, что для того чтобы снять с себя рассматриваемые ограничения, следователю достаточно при возбуждении уголовного дела «расширить» квалификацию за счет любого состава, не указанного в части 4¹ статьи 164 УПК РФ. Несмотря на свою незаконность, практика так называемой «квалификации с запасом» или «завышенной квалификации» была распространенным явлением и до введения рассматриваемой нормы. Она позволяла повлиять на решение судом ходатайства об избрании меры пресечения в виде заключения под стражу в отношении подозреваемого, обвиняемого, «улучшить» показатели по раскрываемости тяжких или особо тяжких преступлений или избежать необходимости возвращения судом уголовного дела прокурору по статье 237 УПК РФ [4, с. 186] и т. д. При этом у стороны защиты нет надежного механизма пресечения подобного нарушения на стадии возбуждения уголовного дела и в ходе предварительного расследования. Прокуроры и судьи исходят из того, что предварительная квалификация выявленного преступления является исключительной компетенцией следователя, дознавателя. Отметим при этом, что у судов в настоящее время нет полномочий на досудебных стадиях влиять на квалификацию преступления, содержащуюся в постановлениях о возбуждении уголовного дела, о привлечении лица в качестве обвиняемого. Возможности влияния прокурора на следователя в вопросах квалификации были существенно ограничены в 2007 году, когда прокуроры были лишены права давать указания следователю о квалификации преступлений. Таким образом, реальная возможность воспрепятствовать «завышенной квалификации» имеется лишь у руководителей соответствующего следственного органа. Однако их служебная заинтересованность в показателях раскрываемости преступлений мотивирует их не реагировать на подобные нарушения Уголовного закона, поскольку никаких негативных для стороны обвинения процессуальных последствий такие нарушения не влекут. Анализ правоприменительной практики также свидетельствует о том, что руководители следственных органов, начальники органов дознания, прокурор и судьи не реагируют на подобные «ошибки», допущенные при квалификации расследуемого деяния на досудебных стадиях [5, с. 132].

3. Вызывает обоснованные сомнения необходимость обязательного участия специалиста

при изъятии электронных носителей информации (ч. 2 ст. 164¹ УПК РФ). Рядом исследователей [6, с. 17] справедливо критиковались положения ранее действовавших части 9¹ статьи 182, части 3¹ статьи 183 УПК РФ, требовавшие производить изъятие электронного носителя информации при выемке и обыске с обязательным участием специалиста. Однако после изменений 2018 года данная особенность была распространена на все следственные действия, в ходе которых осуществляется изъятие электронного носителя информации. Следовательно, вновь возникает необходимость оценить правильность такой модели правового регулирования, отличающейся от общего принципа определения следователем по своему усмотрению необходимости участия специалиста в следственном действии (ст. 168 УПК РФ).

Первый момент, который необходимо при этом учесть, заключается в том, что привлекаемый по требованию законодателя специалист в данном случае выполняет функцию содействия следователю в обнаружении, закреплении и изъятии электронных носителей информации с использованием имеющихся у него специальных знаний и при необходимости технических средств (ч. 1 ст. 58 УПК РФ). Специалист привлекается к участию следователем, действует под его руководством, выполняя конкретные задания, касающиеся работы с электронными носителями информации. В научной литературе верно отмечается заинтересованность следователя в привлечении специалиста в тех случаях, когда для изъятия электронных носителей информации необходимо вскрыть корпус компьютера или совершить иные действия, требующие соответствующих знаний и практических навыков, чтобы при этом не был причинен вред как носителю информации, так и информации на нем [7, с. 9]. В связи с этим на практике не возникает проблем, связанных с нежеланием следователя, некомпетентного в области компьютерной техники, привлекать специалиста. Также очевидна для следователя целесообразность привлечения специалиста в тех случаях, когда предполагается возможность противодействия, в том числе скрытого и осуществляемого при помощи специальных программ и механизмов, соответствующим следственным действиям и др.

С другой стороны, базовые знания и практические навыки для работы с электронными носителями информации становятся все более доступными и известными, в том числе следователям. Кроме того, изъятие электронных носителей информации, хранящихся отдельно от

компьютеров (компакт-диски, флешки, винчестеры и др.), изъятие их вместе с телефоном, фотоаппаратом, компьютером может быть без какого-либо вреда для информации осуществлено следователем самостоятельно [8, с. 58]. В такой ситуации требование законодателя влечет излишние расходы и создает организационные сложности при подготовке и проведении соответствующих следственных действий.

Во-вторых, обратим внимание на то, что рассматриваемое требование законодателя сформулировано крайне небрежно. В частности, закон не определяет какие-либо квалификационные требования к специалисту. В связи с этим формально требования закона будут соблюдены, если к участию будет привлечен специалист-криминалист, не обладающий специальными знаниями и практическими навыками в области компьютерной техники и информации.

В-третьих, отметим непоследовательность законодателя. Сравнение требований частей 2 и 3 статьи 164¹ УПК РФ позволяет сделать вывод о том, что закон допускает копирование следователем информации с электронного носителя информации без участия следователя; участие специалиста обязательно лишь в том случае, когда электронные носители изымаются. Так, например, следователь Б., которому было поручено проведение проверки по факту обнаружения трупа, до возбуждения уголовного дела изъяс на флэш-носитель видеозапись в магазине «П.». Суды первой и апелляционной инстанции признают участие специалиста не обязательным, поскольку электронный носитель информации не изымался и на этом основании отклоняют доводы стороны защиты о том, что это является нарушением закона [9].

Однако копирование информации в не меньшей степени, чем изъятие его электронного носителя, требует применения специальных знаний в данной области.

С учетом вышесказанного, мы приходим к выводу о целесообразности исключения из части 2 статьи 164¹ УПК РФ положения об обязательном участии специалиста в изъятии электронного носителя информации. Закон должен предоставить следователю право решать при планировании следственного действия, привлекать ли специалиста в области компьютерной техники и информации или самостоятельно производить выемку электронных носителей информации и передавать их для исследования соответствующим специалистам или экспертам.

Как показывает анализ правоприменительной практики, суды фактически игнорируют

рассматриваемое требование закона об обязательном участии специалиста в выемке электронного носителя информации. Приведем ряд примеров. В Ненецком автономном округе при рассмотрении уголовного дела в отношении О.Е.А. суды первой, апелляционной и кассационной инстанций признали законной выемку CD-RW диска без участия специалиста [10; 11]. Суд апелляционной инстанции обосновал это тем, что в соответствии со статьей 168, частью 5 статьи 164 УПК РФ привлечение специалиста — это право следователя, который самостоятельно решает данный вопрос. В данном деле копирования информации с диска на иные носители не осуществлялось. Судья Верховного Суда РФ в постановлении от 25 ноября 2019 года № 23-УД19-11 признает необоснованными доводы жалобы о том, что телефон и электронный носитель информации изъят у потерпевшего без специалиста, и приходит к выводу об отсутствии оснований для признания доказательства недопустимым [12]. Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ по делу № 53-АПУ17-6 не признала отсутствие специалиста нарушением уголовно-процессуального закона [13]. В Московской области суды первой и апелляционной инстанций отказали обвиняемому в удовлетворении жалобы в порядке статьи 125 УПК РФ и признали, что отсутствие специалиста при изъятии ноутбука, лазерных дисков не нарушило конституционные права заявителя, не является таким нарушением уголовно-процессуального законодательства, которое влечет незаконность и необоснованность действий следователя при производстве обыска [14]. Данный перечень мы могли бы продолжить. Однако уже из указанных решений следует вывод о том, что рассматриваемая норма фактически не применяется. Предлагаем закрепить сложившуюся практику в действующем законе.

Примечания

1. Об утверждении Положения о Министерстве внутренних дел Российской Федерации и Типового положения о территориальном органе Министерства внутренних дел Российской Федерации по субъекту Российской Федерации: указ Президента РФ от 21 декабря 2016 г. № 699 // Собрание законодательства РФ. 2016. № 52. Ч. V, ст. 7614.

2. О Следственном комитете Российской Федерации: федеральный закон от 28 декабря 2010 г. № 403-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2011. № 1, ст. 15.

3. Вопросы Федеральной службы судебных приставов: указ Президента РФ от 13 октября 2004 г. № 1316 // Собрание законодательства РФ. 2004. № 42, ст. 4111.

4. Колосовский В.В. О соотношении квалификации с запасом, обвинительного уклона и квалификационных ошибок // Российский юридический журнал. 2011. № 3. С. 186—190.
5. Суханова Л.Г. Возможности влияния адвоката-защитника на изменение «квалификации с запасом», сформулированной по уголовному делу органами расследования // Известия АлтГУ. 2018. № 6 (104). С. 130—134.
6. Козловский П.В., Седельников П.В. Участие специалиста в изъятии электронных носителей // Научный вестник Омской академии МВД России. 2014. № 1 (52). С. 17—19.
7. Закомолдин А.В. Проблемы определения критерия необходимости в привлечении специалиста при изъятии электронных носителей информации в уголовном процессе России // Вектор науки Тольяттинского государственного университета. Серия: Юридические науки. 2019. № 1 (36). С. 9—13.
8. Зуев С.В. Осмотр и изъятие электронных носителей информации при проведении следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий // Законность. 2018. № 4. С. 58—60.
9. Постановление Президиума Верховного суда Республики Бурятия от 30 августа 2019 г. № 44У-87/2019. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 29.03.2020).
10. Апелляционное определение Суда Ненецкого автономного округа от 13 апреля 2015 г. по делу № 22-27/2015. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 29.03.2020).
11. Постановление Президиума суда Ненецкого автономного округа от 10 мая 2016 г. № 44У-1/2016. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 29.03.2020).
12. Постановление Верховного Суда РФ от 25 ноября 2019 г. № 23-УД19-11. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 29.03.2020).
13. Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 18 мая 2017 г. № 53-АПУ17-6. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 29.03.2020).
14. Апелляционное постановление Московского областного суда от 13 марта 2014 г. № 22к-1335/14. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 29.03.2020).
2. On the Investigative committee of the Russian Federation: federal law of December 28, 2010 no. 403-FZ. *Collection of legislative acts of the RF*, 2011, no 1, art. 15. (In Russ.)
3. Issues of the Federal service of bailiffs: decree of the President of the Russian Federation of 13.10.2004 no. 1316. *Collection of legislative acts of the RF*, 2004, no. 42, art. 4111. (In Russ.)
4. Kolosovsky V.V. On the correlation of qualifications with margin, accusatory bias and qualification errors. *Russian Journal of Law*, 2011, no 3, pp. 186—190. (In Russ.)
5. Sukhanova L.G. Possibilities of the influence of a defense attorney on changing the “qualification with a margin” formulated in a criminal case by the investigating authorities. *News of AltSU*, 2018, no. 6 (104), pp. 130—134. (In Russ.)
6. Kozlovsky P.V., Sedelnikov P.V. Specialist participation in the seizure of electronic media. *Scientific Herald of the Omsk Academy of the Ministry of Internal Affairs of Russia*, 2014, no. 1 (52), pp. 17—19. (In Russ.)
7. Zakomoldin A.V. Problems of determining the criterion of the need to attract a specialist in the removal of electronic information carriers in the criminal process of Russia. *Vector of science of the Togliatti State University. Series: Jurisprudence*, 2019, no 1 (36), pp. 9—13. (In Russ.)
8. Zuev S.V. Inspection and seizure of electronic storage media during investigative actions and operational-search measures. *Legality*, 2018, no 4, pp. 58—60. (In Russ.)
9. Decision of the Presidium of the Supreme Court of the Republic of Buryatia dated August 30, 2019 no. 44U-87/2019. Access from the reference legal system “ConsultantPlus” (accessed 29.03.2020). (In Russ.)
10. Appeal ruling of the Court of the Nenets Autonomous Okrug of April 13, 2015 in case no. 22-27/2015. Access from the reference legal system “ConsultantPlus” (accessed 29.03.2020). (In Russ.)
11. Decision of the Presidium of the Court of the Nenets Autonomous Okrug dated 05.10.2016 no. 44U-1/2016. Access from the reference legal system “ConsultantPlus” (accessed 29.03.2020). (In Russ.)
12. The decision of the Supreme Court of the Russian Federation of November 25, 2019 no. 23-UD19-11. Access from the reference legal system “ConsultantPlus” (accessed 29.03.2020). (In Russ.)
13. Appeal ruling of the Judicial Collegium for Criminal Cases of the Supreme Court of the Russian Federation of May 18, 2017 no. 53-APU17-6. Access from the reference legal system “ConsultantPlus” (accessed 29.03.2020). (In Russ.)
14. Appeal ruling of the Moscow Regional Court of March 13, 2014 no. 22k-1335/14. Access from the reference legal system “ConsultantPlus” (accessed 29.03.2020). (In Russ.)

References

1. On approval of the Regulation on the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation and the Model Regulation on the territorial body of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation for the constituent entity of the Russian Federation: decree of the President of the Russian Federation of December 21, 2016 no. 699. *Collection of legislative acts of the RF*, 2016, no. 52, part V, art. 7614. (In Russ.)