

УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

DOI: 10.17803/1994-1471.2023.146.1.124-135

А. Л. Осипов*

Защита права граждан на неприкосновенность их частных коммуникаций в уголовном судопроизводстве: национальный и зарубежный аспекты

Аннотация. В статье рассматриваются вопросы понимания терминов, составляющих право на тайну частной жизни и защиту частных коммуникаций между индивидами в уголовном судопроизводстве. Исследуются современное состояние правового регулирования и проблемы реализации данного права при получении доказательств по уголовным делам. Анализируются алгоритмы судебного контроля за законностью ограничения конституционного права на неприкосновенность частных коммуникаций с использованием зарубежных доктрин «необходимость (ограничений) в демократическом обществе», а также expectation of privacy test. Рассматривается зарубежный опыт решения данных вопросов в рамках различных правовых систем, включая практику ЕСПЧ. Подробно рассматривается проблема судебного санкционирования доступа к данным из электронной памяти абонентских устройств при производстве различных следственных действий. На основе полученных выводов делаются предложения по совершенствованию национально-правового регулирования процедур контроля за законностью ограничения права граждан на неприкосновенность их частных коммуникаций в уголовном процессе, а также по совершенствованию гарантий применения этих процедур в судебной практике.

Ключевые слова: уголовное судопроизводство; частные коммуникации; переписка; переговоры; неприкосновенность частной жизни; вмешательство государства; доступ к информации; абонентское устройство; судебный контроль; суд.

Для цитирования: Осипов А. Л. Защита права граждан на неприкосновенность их частных коммуникаций в уголовном судопроизводстве: национальный и зарубежный аспекты // Актуальные проблемы российского права. — 2023. — Т. 18. — № 1. — С. 124–135. — DOI: 10.17803/1994-1471.2023.146.1.124-135.

© Осипов А. Л., 2023

* Осипов Артем Леонидович, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовно-процессуального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), младший советник юстиции
Садовая-Кудринская ул., д. 9, г. Москва, Россия, 125993
osipov1280@mail.ru

Protection of Citizens' Right to Privacy of their Communications in Criminal Proceedings: National and Foreign Aspects

Artem L. Osipov, Cand. Sci. (Law), Associate Professor, Department of Criminal Procedure Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Junior Councilor of Justitia
ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9, Moscow, Russia, 125993
osipov1280@mail.ru

Abstract. The paper discusses the issues of understanding the terms that make up the right to privacy and protection of private communications between individuals in criminal proceedings. The author studies the current state of legal regulation and the problems related to the implementation of this right in obtaining evidence in criminal cases. The paper analyzes the algorithms of judicial control over the legality of the restriction of the constitutional right to the inviolability of private communications using foreign doctrines of «necessity (restrictions) in a democratic society», as well as «expectation of privacy test». The foreign experience of resolving these issues within the framework of various legal systems, including the practice of the ECtHR, is considered. The problem of judicial authorization of access to data in the electronic memory of subscriber devices in the course of various investigative actions is scrutinized. Based on the findings, the author proposes to improve the national legal regulation of procedures for monitoring the legality of restricting the right of citizens to the inviolability of their private communications in criminal proceedings, as well as to improve the guarantees for the application of these procedures in judicial practice.

Keywords: criminal proceedings; private communications; correspondence; negotiation; privacy; government intervention; access to information; subscriber device; judicial control; court.

Cite as: Osipov AL. Zashchita prava grazhdan na neprikosnovennost ikh chastnykh kommunikatsiy v ugovnom sudoproizvodstve: natsionalnyi i zarubezhnyi aspekty [Protection of Citizens' Right to Privacy of their Communications in Criminal Proceedings: National and Foreign Aspects]. *Aktual'nye problemy rossijskogo prava*. 2023;18(1):124-135. DOI: 10.17803/1994-1471.2023.146.1.124-135. (In Russ., abstract in Eng.).

На современном этапе научно-технического прогресса в сфере развития средств и способов межперсональной коммуникации для правовой науки и практики повышается актуальность вопросов, связанных с защитой права граждан на неприкосновенность их частной жизни. Данная сфера бытия личности подразумевает большое разнообразие форм ее личной и деловой коммуникации, для которых законодательством установлены различные правовые режимы обеспечения их неприкосновенности. Уголовное судопроизводство в этом отношении имеет ряд особенностей, обусловленных его публично-правовой природой, предполагающей и оправдывающей существование наиболее радикальных форм вмешательства государства в неприкосновенность частной жизни и личных коммуникаций индивидов в целях обеспечения всестороннего, полного и объективного установления обстоятельств уголовного дела и справедливого разрешения уголовно-правового конфликта.

Вопросы обеспечения формальной законности, обоснованности и пределов вмешательства государства в сферу личной тайны субъектов уголовно-процессуальных отношений в цифровую эпоху выходят на качественно новый уровень. С учетом технических достижений этой эпохи наиболее актуальными формами частных коммуникаций в рассматриваемом нами аспекте являются различные виды переписки и телефонных переговоров индивидов. В результате своего технического и функционального развития средства связи и иные технические устройства в настоящее время могут выступать в качестве носителя всего спектра конфиденциальной информации о частной жизни гражданина (фото, видео, пароли, переписки). К таким устройствам можно отнести мобильные телефоны, стационарные компьютеры и ноутбуки, а также другие технические средства, функционал которых обеспечивает доступ в информационно-телекоммуникационную сеть Интернет.

Федеральный законодатель не дает легального определения терминам «переписка», «переговоры», «тайна связи». Вместе с тем в ст. 2 Закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»¹ дано понятие «информация» и определены связанные с ним свойства и процессы, такие как «конфиденциальность», «предоставление информации», «распространение информации», «электронное сообщение», «электронный документ» и многие другие. Более глубокое исследование указанных явлений, процессов и их свойств предполагает обращение к материалам официального судебного толкования соответствующих правовых норм. Конституционный Суд РФ выработал устойчивые правовые позиции по вопросу толкования терминов «информация», «переписка», «переговоры», двигаясь как бы «от общего к частному». Толкуя содержание ч. 2 ст. 23 Конституции РФ, Конституционный Суд РФ уточнил, что конституционные и международные стандарты защиты права не неприкосновенность частной жизни в полной мере относятся к любой информации, независимо от места и способа ее производства, передачи и распространения, включая сведения, размещаемые (передаваемые, распространяемые) в информационно-телекоммуникационной сети Интернет. Российская Федерация обязана обеспечить баланс интересов государства и граждан в вопросах защиты информации (в первую очередь содержащей в себе сведения об их частной жизни и коммуникациях), а также определить правовое положение участников правоотношений, возникающих в связи с вопросами охраны информации².

Конституционный Суд РФ рассматривает термины «переписка» и «переговоры» как информацию, передаваемую от одного субъекта другому (в широком смысле). Суд определяет право на тайну переговоров как комплекс действий по защите личных прав граждан в сфере информации, получаемой посредством телефонной связи, причем независимо от времени поступления такой информации, степени полноты сведений, зафиксированных в процессе осуществления телефонных переговоров. В конституционно-правовом смысле информацией, полученной в ходе телефонных переговоров, являются любые сведения, передаваемые с помощью телефонной аппаратуры, а также сведения, касающиеся данных о входящих и (или) исходящих сигналах соединения телефонных гарнитур определенных пользователей сотовой связи³.

В вопросе определения понятий «переписка» и «переговоры» необходимо отметить и практику межгосударственных судебных органов. Так, Европейский Суд по правам человека (ЕСПЧ) в постановлении по делу «Роман Захаров против России» рассматривает понятие телефонных переговоров, в отличие от Конституционного Суда РФ, более узко, определяя их как любые разговоры по мобильному телефону⁴. В процессе рассмотрения жалоб ЕСПЧ также указал, что как на телефонные переговоры, так и на переписку определенно распространяется понятие «корреспонденция», закрепленное в ст. 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 04.11.1950⁵.

Указанные правовые позиции Конституционного Суда РФ и ЕСПЧ имеют большое значение для эффективного конструирования и приме-

¹ Федеральный закон от 27.07.2006 № 149-ФЗ (ред. от 02.07.2021) «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» // СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3448.

² Постановление Конституционного Суда РФ от 26.10.2017 № 25-П «По делу о проверке конституционности пункта 5 статьи 2 Федерального закона “Об информации, информационных технологиях и о защите информации” в связи с жалобой гражданина А. И. Сушкова» // СЗ РФ. 2017. № 45. Ст. 6735.

³ Постановление КС РФ от 26.10.2017 № 25-П.

⁴ Постановление ЕСПЧ от 04.12.2015 по делу «Роман Захаров против России» // Официальная база данных решений ЕСПЧ HUDOC. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/> (дата обращения: 15.07.2022).

⁵ Постановление ЕСПЧ от 05.09.2017 по делу «Бэрбулеск против Румынии» // Официальная база данных решений ЕСПЧ HUDOC. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/> (дата обращения: 15.07.2022).

нения правовых норм об ограничении права на неприкосновенность частных коммуникаций в российском уголовном судопроизводстве. Соответствующее конституционное право личности нашло отражение в числе принципов уголовного судопроизводства (ст. 13 УПК РФ), то есть среди наиболее общих положений, определяющих содержание уголовно-процессуальной деятельности на всех этапах производства по уголовному делу. В дальнейшем эти положения детализируются в нормах отдельных институтов, включая положения о порядке производства отдельных следственных действий, основными целями для которых являются собирание, фиксация и (или) изъятие информации о частных коммуникациях граждан (ст. 185, 186, 186.1 УПК РФ). Неотъемлемой правовой гарантией доступа к данным сведениям является предварительный судебный контроль за законностью подобных вмешательств. Гарантия судебного контроля за законностью вмешательства в право на уважение тайны связи (тайны переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений) предусмотрена не только УПК РФ, но и корреспондирующими ему нормами Закона «О связи»⁶ (ст. 63).

Важно упомянуть и подзаконные акты, регулирующие вопрос о защите частных коммуникаций граждан. К таковым можно отнести Указ Президента РФ «Об утверждении перечня сведений конфиденциального характера», который определяет конфиденциальную информацию как данные, передаваемые посредством переписки, телефонных переговоров, почтовых отправлений, а также сведения, связанные с профессиональной деятельностью, такой как нотариальная, адвокатская и др.⁷

Говоря о вмешательстве государства в право граждан на уважение различных аспектов их

частной жизни, ЕСПЧ выработал устойчивые критерии оценки правомерности такого вмешательства. Отталкиваясь от содержания ч. 2 ст. 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 04.11.1950 в постановлении по делу «Зубков против России», ЕСПЧ применительно к российскому законодательству об оперативно-розыскных мероприятиях повторил свои устойчивые правовые позиции о необходимости оценки допустимости вмешательства государства в сферу частных коммуникаций с точки зрения правомерности такого вмешательства и его «необходимости в демократическом обществе». При этом вмешательство считается необходимым в демократическом обществе, если осуществляется в законных целях, отвечает значительной общественной потребности и является соразмерным преследуемой цели. При этом мотивы вмешательства в тайну корреспонденции государственными властями должны представляться относимыми и достаточными⁸. Пленум Верховного Суда РФ в постановлении от 31.10.1995 № 8 также указывал на то, что ограничение конституционного права на тайну переписки, телефонных переговоров, телеграфных и иных сообщений допускается только при достаточном основании полагать, что конкретным лицом подготавливается, совершается или уже совершено противоправное деяние. Пленум Верховного Суда РФ разъяснил, что удовлетворение ходатайства о производстве оперативно-розыскного мероприятия, направленного на ограничение тайны переписки, телефонных переговоров должно быть соразмерным и достаточным, осуществляться только при наличии информации о совершении (равно как и о потенциальной возможности совершения) противоправных деяний⁹.

По вопросу толкования термина «вмешательство» представляется интересной и пози-

⁶ Федеральный закон от 07.07.2003 № 126-ФЗ (ред. от 30.12.2021) «О связи» // СЗ РФ. 2003. № 28. Ст. 2895.

⁷ Указ Президента РФ от 06.03.1997 № 188 (ред. от 13.07.2015) «Об утверждении перечня сведений конфиденциального характера» // СЗ РФ. 1997. № 10. Ст. 1127.

⁸ Постановление ЕСПЧ от 07.11.2017 по делу «Зубков против России» // Официальная база данных решений ЕСПЧ HUDOC. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/> (дата обращения: 26.07.2022).

⁹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31.10.1995 № 8 (ред. от 03.03.2015) «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» // Российская газета. 1995. № 247.

ция ЕСПЧ в постановлении по делу «Иващенко против России», согласно которой вмешательство рассматривается в узком смысле — как некое негативное воздействие, оказанное должностными лицами государственных органов власти на уважение корреспонденции гражданина¹⁰. В рассматриваемом постановлении ЕСПЧ снова ссылается на принцип соразмерности ограничения права на тайну корреспонденции правомерным целям и необходимости такого ограничения. ЕСПЧ обращает внимание на необходимость ясного законодательного закрепления пределов полномочий и конкретных способов их реализации сотрудниками органов государственной власти. В том же постановлении Суд указал на отсутствие со стороны Российской Федерации должного уровня правовой защиты гражданина от злоупотреблений должностных лиц в ходе выборочного изъятия электронных данных с электронного устройства, содержащих в себе информацию о личной корреспонденции заявителя.

В российском законодательстве и судебной практике термин «вмешательство в право» не нашел распространения. Ему соответствуют более привычные для российской правовой семантики концепты «ограничения права», «нарушения тайны» и «незаконного доступа». Так, в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 № 46 сказано, что нарушением тайны телефонных переговоров является, в частности, незаконный доступ к информации о входящих и об исходящих сигналах соединения между абонентами или абонентскими устройствами пользователей связи (дате, времени, продолжительности соединений, номерах абонентов, других данных, позволяющих идентифицировать абонентов).

Незаконный доступ к содержанию переписки, переговоров, сообщений может состоять в ознакомлении с текстом и (или) материалами переписки, сообщений, прослушивании телефонных переговоров, звуковых сообщений, их копировании, записывании с помощью различных технических устройств и т.п.¹¹

Правовой режим ограничения права на уважение неприкосновенности личной жизни и связанных с ней межперсональных коммуникаций в уголовном судопроизводстве регламентирован рядом норм УПК РФ (ст. 29, 182, 183, 186, 186.1). Важнейшей правовой гарантией является закрепленная в данных статьях процедура получения судебного решения о производстве следственных действий, направленных на получение и процессуальное закрепление информации о частных коммуникациях. Доступ к процедуре судебного контроля опосредован прохождением уровней ведомственного процессуального контроля и прокурорского надзора, в рамках которых законность и обоснованность ходатайств следователя и дознавателя о получении доступа к информации о частных коммуникациях проверяется руководителем следственного органа и прокурором соответственно. Подробнее нормы этих статей разъясняет Пленум Верховного Суда РФ, указывая на разрешение некоторых проблем, связанных с вопросами, возникающими у судов при рассмотрении ходатайств органов предварительного расследования по ограничению конституционных прав граждан. Суд определяет конкретные требования к ходатайствам о проведении рассматриваемых следственных действий, к лицам, правомочным заявлять перед судом соответствующие ходатайства, к месту подачи ходатайств и др.¹²

¹⁰ Постановление ЕСПЧ от 13.02.2018 по делу «Иващенко против России» // Официальная база данных решений ЕСПЧ HUDOC. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/> (дата обращения: 15.07.2022).

¹¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 25.12.2018 № 46 «О некоторых вопросах судебной практики по делам о преступлениях против конституционных прав и свобод человека и гражданина (статьи 137, 138, 138.1, 139, 144.1, 145, 145.1 Уголовного кодекса Российской Федерации)» // Российская газета. 2019. № 1.

¹² Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 01.06.2017 № 19 «О практике рассмотрения судами ходатайств о производстве следственных действий, связанных с ограничением конституционных прав граждан (статья 165 УПК РФ)» // Российская газета. 2017. № 125.

К числу нормативных правовых актов, регламентирующих основания и возможность ограничения тайны переписки и телефонных переговоров, можно отнести, например, Федеральный закон о «Федеральной службе безопасности», ст. 15 которого закрепляет право доступа соответствующей федеральной службы к аппаратным средствам граждан¹³. Федеральный закон «О противодействии терроризму» в ст. 11 позволяет в период проведения контртеррористической операции «ведение контроля телефонных переговоров и иной информации, передаваемой по каналам телекоммуникационных систем, а также осуществление поиска на каналах электрической связи и в почтовых отправлениях в целях выявления информации об обстоятельствах совершения террористического акта, о лицах, его подготовивших и совершивших, и в целях предупреждения совершения других террористических актов»¹⁴.

Значительная часть нормативного регулирования посвящена вопросам юридической ответственности за умышленное нарушение неприкосновенности частных коммуникаций. Подробный анализ этих аспектов выходит за пределы задач настоящего исследования. Укажем лишь на то, что ч. 2 ст. 138 УК РФ предусматривает возможность привлечения сотрудника государственных органов к уголовной ответственности за нарушение тайны переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных или иных сообщений граждан, совершенное с использованием своего служебного положения. Аналогичные нормы существуют и в иных государствах. Так, статья 226-15 УК Республики

Франции гласит, что «наказываются недобросовестные действия по перехвату, присвоению, использованию или разглашению корреспонденции, выданной, переданной или полученной в электронном виде, или установке устройств, которые позволяют осуществлять такие перехваты»¹⁵. Статья 432-9 УК Республики Франции содержит дополнение о совершении названного преступления государственным служащим, «когда лицо, обладающее государственными полномочиями или находящееся на государственной службе, действуя при исполнении или по случаю исполнения своих обязанностей, приказывает, совершает или способствует, за исключением случаев, предусмотренных законом, присвоению, удалению или вскрытию корреспонденции или раскрытию содержания такой корреспонденции, наказывается тремя годами лишения свободы и штрафом в размере 45 тыс. евро».

Аналогично российскому законодательству право Франции предусматривает возможность «перехвата» корреспонденции с электронных устройств и средств связи, который направлен на поиск информации, затрагивающей публичные интересы Республики: вопросы общественной безопасности, защиты экономического и научного потенциала Франции, предотвращения террористических актов и возможности деятельности организованной преступности. Названные положения закреплены в Законе «О тайне корреспонденции, передаваемой по каналам связи»¹⁶, измененном и дополненном Законом 2004 г.¹⁷. Закон определяет и процессуальный порядок вынесения решения о перехвате кор-

¹³ Федеральный закон от 03.04.1995 № 40-ФЗ (ред. от 01.07.2021) «О федеральной службе безопасности» // СЗ РФ. 1995. № 15. Ст. 1269.

¹⁴ Федеральный закон от 06.03.2006 № 35-ФЗ (ред. от 26.05.2021) «О противодействии терроризму» // СЗ РФ. 2006. № 11. Ст. 1146.

¹⁵ Légifrance. Le service public de la diffusion du droit. Code penal // URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000042193573 (дата обращения: 06.07.2022).

¹⁶ Légifrance. Le service public de la diffusion du droit. Loi № 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques // URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000173519/> (дата обращения: 26.11.2021).

¹⁷ Légifrance. Le service public de la diffusion du droit. Loi № 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle // URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000439399/2021-11-28/> (дата обращения: 26.11.2021).

респонденции, выделяя такие критерии, как письменная форма и мотивированность принятого решения.

Возвращаясь к принципу соразмерности вмешательства государства в частную жизнь граждан, важно отметить, что названного постулата в той или иной форме придерживаются все европейские государства, которыми была ратифицирована Конвенция о защите прав человека и основных свобод от 04.11.1950. В качестве примера использования данного критерия правомерности ограничения тайны частных коммуникаций можно привести решение Уголовной палаты Кассационного Суда Франции от 19.02.2013, согласно которому вмешательство в тайну переписки может быть оправданным в той ситуации, когда оно преследует цель составления доказательств, при условии соразмерности, пропорциональности и необходимости таких действий¹⁸.

Указанные законодательные и правоприменительные примеры свидетельствуют о том, что под вмешательством в тайну частных коммуникаций следует понимать любые способы и формы осуществляемой государством деятельности по собиранию, обработке, хранению и передаче сведений о межперсональных коммуникациях, относящихся к частной жизни граждан. Учитывая требования международных стандартов, правовой режим такого вмешательства в ясной и недвусмысленной форме должен предусматривать наличие у него одной или нескольких правомерных целей, настоятельной социальной необходимости (цели раскрытия или предупреждения преступления), а также закреплять требование соразмерности характера и пределов вмешательства указанным в законе правомерным целям.

При исследовании правоприменительной практики российского уголовного судопроизводства нами были выявлены некоторые проблемы в реализации конституционных и международно-правовых стандартов защиты права на неприкосновенность частных коммуникаций. Одной из таких проблем является вопрос о

гарантиях судебной защиты от произвольного вмешательства в тайну частной жизни и коммуникаций индивидов при осмотре данных из электронной памяти их абонентских устройств (например, мобильного телефона). Доступ следователя или оперативного сотрудника к абонентскому устройству или иному портативному накопителю цифровых данных может быть обеспечен в результате различных оперативных и процессуальных действий, таких как обследование помещений и транспортных средств, исследование предметов, процессуальные обыск, выемка, изъятие предмета в ходе осмотра места происшествия или осмотра помещения. Проблема возникает там, где классический по своему пониманию институт процессуального осмотра (то есть действия, направленного на визуальное исследование и фиксацию внешних свойств предмета, документа или помещения) применяется для производства поисковых по своему характеру действий, направленных на изучение скрытого от посторонних глаз содержимого электронной памяти портативного девайса. В ходе такого осмотра субъектом уголовного преследования могут быть предприняты действия, заключающиеся в произвольном посягательстве на тайну переписки, осуществляемые в виде ознакомления, копирования и последующего использования данных о частных коммуникациях между гражданами. Полученные сведения могут быть приобщены к делу в качестве доказательств обвинения при отсутствии решения суда, санкционирующего доступ к указанной информации.

Проблема внесудебного порядка осмотра мобильного телефона является не новой для юридического дискурса. В частности, А. М. Багмет и С. Ю. Скобелин полагают, что не во всех случаях осмотра мобильного телефона необходимо получение соответствующего решения суда. Так, по их мнению, при получении информации о телефонных звонках, данных записной книжки, заметок в календаре телефона санкция суда не требуется. С другой стороны, те же ученые полагают, что для просмотра содер-

¹⁸ Lègifrance. Le service public de la diffusion du droit. Cour de cassation, Chambre criminelle, 19 février 2013, 12-81.044 // URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000027207878> (дата обращения: 15.07.2022).

жания СМС-сообщений, переписок в различных мессенджерах или по электронной почте, хранящихся в телефоне, санкция суда все-таки требуется¹⁹. Другие исследователи отмечают непоследовательность подхода, при котором судебная санкция требуется на обыск в жилище, но не нужна для осмотра содержимого смартфона, который может содержать не меньший объем конфиденциальной информации²⁰. Российская судебная практика в большинстве случаев указывает на то, что получать специальное судебное решение для осмотра мобильного телефона (в том числе для целей фиксации данных, хранящихся в его электронной памяти) не требуется²¹. Данная правовая позиция отражена в решениях Конституционного Суда РФ²² и решениях иных судов по конкретным уголовным делам²³. В основу данной позиции положена некая комбинация двух видов толкования уголовно-процессуального закона: буквального (грамматического) и телеологического. Отправной точкой для применения этой комбинации является идентификация цели и соответствующего ей вида проводимого следственного действия. Поскольку в данном случае речь идет об осмотре мобильного телефона (или иного типа портативного девайса), то следователем применяются ст. 176, 177 УПК РФ, регламентирующие производство осмотра предметов. Указанный в этих статьях порядок производства осмотра не требует вынесения специального судебного решения, верифицирующего правовые основания

и ограничивающего пределы вмешательства в сферу неприкосновенности частной жизни граждан. При таком подходе изучение следователем содержимого электронной памяти осматриваемого абонентского устройства рассматривается как «побочный эффект» по отношению к основной цели следственного действия — изучению физических свойств осматриваемого объекта. Уязвимость данного подхода вполне очевидна в контексте современного развития цифровых технологий, при котором осмотр *содержания* электронной памяти осматриваемого устройства выходит на первое место по отношению к визуальному наблюдению физических свойств соответствующего устройства (цвет, форма, размеры, биологические следы на поверхности). В этом отношении интересен зарубежный опыт. В известном решении Верховного суда США по делу *Riley v. California* обстоятельно разъясняется значимость мобильных телефонов как носителей информации в современных реалиях. Верховный суд США не рассматривает мобильный телефон, обозначая как какое-то условное средство связи, а придает ему куда большее значение, называя его «микрокомпьютером», «видеокамерой», «видеопроектором», «записной книжкой», «телевизором», «газетой», заключенными вместе в одно техническое устройство, характеризующееся колоссальной емкостью памяти²⁴. Суд отмечает, что до появления настолько технически развитых мобильных телефонов обыск человека ограничивался лишь

¹⁹ Багмет А. М., Скобелин С. Ю. Извлечение данных из электронных устройств как самостоятельное следственное действие // *Право и кибербезопасность*. 2013. № 2. С. 22–27.

²⁰ Коновалов С. Г. Использование в уголовном процессе цифровых данных, хранящихся в телефоне: назревшие вопросы и пути их решения // *Закон*. 2021. № 11. С. 128–138.

²¹ Редко встречаются случаи, говорящие об обратном. См., например: приговор Советского районного суда города Владикавказа от 17.04.2018 № 1-11/2018 // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

²² Определение Конституционного Суда РФ от 25.01.2018 № 189-О ; определение Конституционного Суда РФ от 31.05.2022 № 1380-О // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

²³ Определение Первого кассационного суда общей юрисдикции от 09.12.2020 № 77-2557/2020 ; определение Первого кассационного суда общей юрисдикции от 09.06.2021 № 88-14021/2021 ; кассационное определение Второго кассационного суда общей юрисдикции от 14.09.2021 № 77-2903/2021 ; кассационное определение Седьмого кассационного суда общей юрисдикции от 29.09.2021 № 77-4096/2021 (доступ из СПС «КонсультантПлюс»).

²⁴ Supreme Court of the United States of America, *Riley v. California*, Decision of 25 June 2014, № 13-132 // URL: https://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-132_8l9c.pdf (дата обращения: 20.07.2022).

некоторыми физическими аспектами и, соответственно, не представлял из себя значительного покушения на частную жизнь, осуществляемого путем просмотра данных о коммуникационной деятельности гражданина, содержащихся в соответствующем девайсе. Верховный суд США указывает, что в современном мире каждый человек, по сути, носит с собой целый спектр личных конфиденциальных данных, хранящихся в мобильном устройстве. Это означает, что при осмотре телефона право на тайну частной жизни, переписки и телефонных переговоров ограничивается в значительном объеме. Таким образом, судьи продемонстрировали, в какой мере развивающиеся технологии влияют на аспект неприкосновенности частной жизни человека в процессе расследования преступления. К сходным выводам приводит и анализ российской судебной практики. В большинстве изученных нами приговоров суды оценивали доказательственное значение протоколов осмотров мобильных телефонов не в части их внешних *физических* свойств, а в части свойств *информационных* (время, частота, адресаты телефонных соединений, адреса базовых станций сотовой связи, содержание текстовых сообщений и медиаконтента)²⁵. Иными словами, для целей расследования и разрешения дела по существу следственные и судебные органы интересуют прежде всего содержание информации с изъятого абонентского устройства. Этот вывод ставит под сомнение справедливость и системность существующего правового регулирования, при котором получение информации о соединениях абонентских устройств требует обязательного предварительного судебного контроля (ст. 186.1 УПК РФ), а осмотр мобильного телефона, преследующий по преимуществу ту же цель, такого судебного контроля не предусматривает.

Отсутствие правовой определенности в вопросе обеспечения равных и соизмеримых по значимости правовых гарантий защиты от произвольного доступа к информации в памяти мобильных устройств можно усмотреть и в редких примерах получения оперативными сотрудниками специальных судебных решений, санкционирующих обследование мобильных телефонов²⁶. Несмотря на то что при производстве оперативно-розыскных мероприятий собираются не доказательства, а иные сведения, подлежащие процессуальной проверке, в указанных (хотя и редких) случаях реализуется более высокий уровень правовых гарантий в виде предварительного судебного контроля.

Отдельно следует проанализировать предложенную Конституционным Судом РФ схему ретроспективного судебного контроля за законностью осмотров электронной памяти абонентских устройств, при которой любое заинтересованное лицо вправе оспорить законность проведения осмотра его абонентского устройства в суде *постфактум* в порядке ст. 125 УПК РФ²⁷. Разумеется, для этого варианта судебной защиты характерен целый ряд изначально присущих ему ограничений: невозможность рассмотрения вопросов, которые впоследствии могут стать предметом судебного разбирательства по существу дела; невозможность рассмотрения жалобы после направления уголовного дела в суд и др. В научной среде не сформировалось единого подхода к вопросу об эффективности ретроспективного судебного контроля в подобной ситуации. Некоторые исследователи, говоря о низкой эффективности контроля предварительного, предлагают (развивая линию, заданную Конституционным Судом РФ) повсеместно внедрить ретроспективный судебный контроль за ограничением конституционных прав гражд-

²⁵ Апелляционное определение Ставропольского краевого суда от 29.10.2021 по делу № 22-5612/2021 ; приговор Центрального районного суда города Челябинска от 14.03.2022 по делу № 1-60/2022 ; кассационное определение Седьмого кассационного суда общей юрисдикции от 13.04.2022 № 77-1643/2022 (доступ из СПС «КонсультантПлюс»).

²⁶ Приговор Пятигорского городского суда Ставропольского края от 11.11.2019 № 1-349/2019 // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

²⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 25.01.2018 № 189-О ; определение Конституционного Суда РФ от 31.05.2022 № 1380-О.

дан в уголовном процессе²⁸. Другие исследователи справедливо указывают на неизбежность конституционных обязательств государства и отмечают риски абсолютизации ретроспективного судебного контроля главным образом из-за отсутствия у него качества оперативности²⁹.

Изученные нами примеры судебных решений говорят о том, что именно на заявителя в ситуации ретроспективного контроля возлагается бремя доказывания таких обстоятельств, как: 1) содержание сведений, находившихся в памяти мобильного устройства на момент его осмотра; 2) причинно-следственная связь между самим фактом, а также пределами доступа следователя к данным сведениям и причинением ущерба конституционным правам заявителя (либо возможностью причинения такого ущерба в будущем); 3) каким именно образом следователь использовал или мог использовать данные из памяти устройства³⁰. В ряде случаев суды общей юрисдикции вообще отказывают в удовлетворении жалобы на незаконность изъятия и осмотра мобильного телефона на основании того, что вопросы допустимости доказательств не могут быть рассмотрены судом до разрешения дела по существу³¹.

На наш взгляд, описанная ситуация разбалансированности уровней правовых гарантий защиты права на неприкосновенность частных коммуникаций граждан может быть разрешена несколькими способами. Если говорить о законотворческом уровне, то можно предложить внести изменения в ст. 176 УПК РФ, сконструировав ее по примеру ч. 3 ст. 183 УПК РФ. Суть предлагаемой новеллы заключается в том, чтобы производство осмотра предметов и документов, содержащих сведения, составляющие государственную и иную охраняемую федераль-

ным законом тайну, производилось только на основании судебного решения. В этом случае следователь сам решал бы вопрос о необходимости обращаться в суд в зависимости от того, что его интересует: только внешний вид или информационные свойства абонентского устройства, подлежащего осмотру. Данную новеллу необходимо сопроводить корреспондирующим дополнением ч. 5 ст. 165 УПК РФ относительно возможности проведения осмотра предметов, содержащих охраняемую федеральным законом тайну, без судебного решения в случаях, не терпящих отлагательства, при условии последующего рассмотрения судом вопроса законности и обоснованности данного процессуального действия в соответствии с действующим сейчас порядком.

Мы прекрасно понимаем, что данное решение не может являться панацеей во всех случаях необходимости защиты неприкосновенности частной жизни по целому ряду причин. Простое повышение нагрузки на суд без изменения институциональных условий его деятельности и стандартов мотивированности судебных актов способно только усилить тенденцию к «шаблонизации» правосудия, снижению качества проверки оснований для вмешательства государства в сферу личных прав индивидов. Именно поэтому требуется дальнейшее совершенствование разъяснений Пленума Верховного Суда РФ относительно предмета и пределов судебного контроля в порядке ст. 125 УПК РФ за законностью ограничения конституционных прав граждан. Существующее ограничение предмета и пределов такого контроля в связи с недопустимостью предрешения судами вопросов оценки доказательств при рассмотрении жалоб по ст. 125 УПК РФ следует уточнить раз-

²⁸ См. подробнее: *Овчинников Ю. Г.* Эффективность судебного контроля за следственными действиями, ограничивающими конституционные права граждан: теоретический и практический взгляд на проблему // *Российский судья*. 2019. № 5. С. 13–17.

²⁹ См. подробнее: *Апостолова Н. Н.* Права личности в уголовном судопроизводстве в эпоху цифровых технологий // *Администратор суда*. 2022. № 2. С. 35–38.

³⁰ См., например: решение Октябрьского районного суда города Мурманска от 28.09.2020 по делу № 2-2827/2020 // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

³¹ См., например: апелляционное постановление Ставропольского краевого суда от 19.02.2014 № 22-733/14 // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

яснением о недопустимости произвольного отклонения поданной жалобы только лишь на том основании, что заявитель оспаривает допустимость полученных следователем доказательств. Во всяком случае, суд при рассмотрении такой жалобы должен проверить законность производства соответствующего следственного или иного процессуального действия, способного причинить ущерб конституционным правам заявителя, воздержавшись в своих выводах от оценки допустимости доказательств в строгом смысле слова. При оценке содержания сведений, имеющих в электронной памяти абонентского устройства, разумно использовать зарубежный опыт. В его основу положена презумпция приватности соответствующей информации исходя из места, условий и иных обстоятельств ее хранения индивидом. Reasonable expectation of privacy test — это юридический критерий, который имеет решающее значение для определения границ защиты частной жизни, предусмотренной Четвертой поправкой к Конституции США. Он связан, но не тождественен праву на неприкосновенность частной жизни, гораздо более широкому понятию, которое встречается во многих правовых системах. Причем доктрина expectation of privacy (в русском переводе доктрина «ожидания приватности») подразумевает определение зоны автономии личности, гарантированной от произвольных вмешательств государства, с точки зрения объективных признаков (место хранения и (или) передачи информации, форма такой передачи или хранения и т.п.). Эти признаки позволяют оценить наличие и степень оправданности субъективных ожиданий частного лица относительно конфиденциальности его коммуникаций. Названный принцип охватывает и рассмотренные ранее вопросы, касающиеся коммуникаций в электронно-цифровой сфере. Например, Апелляционный суд США по Шестому округу в 2010 г. постановил, что пользователи имеют обоснованные ожидания приватности в отношении

содержимого своей электронной почты (решение по делу *United States v. Warshak*³²).

На основе данного опыта можно предложить при рассмотрении жалоб в порядке ст. 125 УПК РФ исходить из презумпции конфиденциальности сведений, содержащихся в электронной памяти абонентского устройства. Бремя опровержения данной презумпции, равно как и обоснование законности вмешательства в неприкосновенность частных коммуникаций, должно быть возложено на соответствующие органы уголовного преследования.

Кроме того, представляется разумным разработать специализированные инструкции и методические рекомендации для органов, уполномоченных на проведение оперативных мероприятий и предварительного расследования, в которых бы подробным образом регламентировались полномочия сотрудников государственных органов при производстве оперативных и процессуальных действий в отношении информации о частной жизни граждан. Некоторые ученые обращают особое внимание на необходимость фиксировать в протоколе следственного действия не только внешние физические характеристики телефона, но и его технические характеристики, содержание карты памяти телефона, информацию о звонках и СМС-сообщениях³³.

Проведенное исследование позволяет сделать вывод о том, что современная система правового регулирования доступа к сведениям о частной коммуникации граждан не учитывает стремительных тенденций развития цифровых технологий и всё еще находится в первом десятилетии двухтысячных годов, когда электронные устройства не содержали в себе огромный спектр личной информации о человеке. Всё это приводит к мысли о необходимости совершенствования имеющихся и введения дополнительных гарантий защиты такой информации, в том числе в сфере уголовно-процессуальных отношений.

³² *United States v. Warshak* — 631 F.3d 266. 6th Cir. 2010 // URL: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-united-states-v-warshak> (дата обращения: 10.07.2022).

³³ *Островский С. А.* Типичные нарушения, выявляемые в ходе надзора за расследованием уголовных дел о хищениях, совершенных с использованием средств мобильной связи // *Законность*. 2017. № 2. С. 23.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Апостолова Н. Н. Права личности в уголовном судопроизводстве в эпоху цифровых технологий // Администратор суда. — 2022. — № 2. — С. 35–38.
2. Багмет А. М., Скобелин С. Ю. Извлечение данных из электронных устройств как самостоятельное следственное действие // Право и кибербезопасность. — 2013. — № 2. — С. 22–27.
3. Бутенко О. С. Криминалистические и процессуальные аспекты проведения осмотра мобильных телефонов в рамках предварительного следствия // Lex russica. — 2016. — № 4. — С. 49–60.
4. Коновалов С. Г. Использование в уголовном процессе цифровых данных, хранящихся в телефоне: назревшие вопросы и пути их решения // Закон. — 2021. — № 11. — С. 128–138.
5. Овчинников Ю. Г. Эффективность судебного контроля за следственными действиями, ограничивающими конституционные права граждан: теоретический и практический взгляд на проблему // Российский судья. — 2019. — № 5. — С. 13–17.
6. Островский С. А. Типичные нарушения, выявляемые в ходе надзора за расследованием уголовных дел о хищениях, совершенных с использованием средств мобильной связи // Законность. — 2017. — № 2. — С. 23–26.
7. Следственный осмотр. Понятие, виды и доказательственное значение / С. Н. Банникова, А. К. Иванова [и др.]; отв. ред. О. А. Луценко. — Элиста, 2007. — 121 с.

Материал поступил в редакцию 7 августа 2022 г.

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Apostolova N. N. Prava lichnosti v ugovolnom sudoproizvodstve v epokhu tsifrovyykh tekhnologiy // Administrator suda. — 2022. — № 2. — S. 35–38.
2. Bagmet A. M., Skobelin S. Yu. Izvlechenie dannykh iz elektronnykh ustroystv kak samostoyatelnoe sledstvennoe deystvie // Pravo i kiberbezopasnost. — 2013. — № 2. — S. 22–27.
3. Butenko O. S. Kriminalisticheskie i protsessualnye aspekty provedeniya osmotra mobilnykh telefonov v ramkakh predvaritelnogo sledstviya // Lex russica. — 2016. — № 4. — S. 49–60.
4. Konovalov S. G. Ispolzovanie v ugovolnom protsesse tsifrovyykh dannykh, khranyashchikhsya v telefone: nazrevshie voprosy i puti ikh resheniya // Zakon. — 2021. — № 11. — S. 128–138.
5. Ovchinnikov Yu. G. Effektivnost sudebnogo kontrolya za sledstvennymi deystviyami, ogranichivayushchimi konstitutsionnye prava grazhdan: teoreticheskiy i prakticheskiy vzglyad na problemu // Rossiyskiy sudya. — 2019. — № 5. — S. 13–17.
6. Ostrovskiy S. Tipichnye narusheniya, vyyavlyaemye v khode nadzora za rassledovaniem ugovolnykh del o khishcheniyakh, sovershennykh s ispolzovaniem sredstv mobilnoy svyazi // Zakonnost. — 2017. — № 2. — S. 23–26.
7. Sledstvennyy osmotr. Ponyatie, vidy i dokazatelstvennoe znachenie / S. N. Bannikova, A. K. Ivanova [i dr.]; отв. ред. О. А. Лутсенко. — Элиста, 2007. — 121 с.