

*Карлов А.Л.*

*старший преподаватель кафедры уголовного процесса*

*Сибирский юридический институт МВД России*

*Россия, г. Красноярск*

## **К ПРОБЛЕМЕ ОПРЕДЕЛЕНИЯ СЛЕДСТВЕННОГО ДЕЙСТВИЯ ДЛЯ ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ ФИКСАЦИИ ИНТЕРНЕТ-ПЕРЕПИСКИ**

***Аннотация:** Статья посвящена вопросам выбора следственного действия в ситуации, когда в ходе расследования уголовного дела возникает необходимость процессуально зафиксировать факт и содержание переписки между отдельными лицами.*

***Ключевые слова:** интернет-переписка, доказательство, следственные действия, тайна связи.*

***Annotation:** The article is devoted to the issues of choosing an investigative action in the situation when during the investigation of a criminal case it becomes necessary to record the fact and content of correspondence between individuals in a procedural way.*

***Key words:** Internet correspondence, proof, investigative actions, communication secrets.*

В современных условиях информационного общества все более распространенным становится использование компьютерной техники, специального программного обеспечения и глобальной сети Интернет в качестве орудий и средств совершения различных правонарушений. Использование указанных средств формирует новые способы совершения преступлений, таких как «бесконтактный сбыт», контрабанда, совершенная путем заказа наркотика через сеть Интернет и др.

Анализ судебной и следственной практики показывает, что информационно-компьютерные средства используются злоумышленниками

на всех этапах преступной деятельности (при подготовке к совершению преступлений; при их непосредственном совершении и дальнейших действиях, направленных на сокрытие следов преступлений или распоряжение полученными денежными средствами).

В большинстве случаев использование компьютерной техники и сети Интернет при совершении преступлений сводится к обмену различными сведениями между абонентами, причем наибольшее значение приобретает обнаружение и процессуальная фиксация интернет-переписки<sup>1</sup>, которая зачастую позволяет подтвердить (доказать) место, время, способ совершения преступления, факт достижения сговора, а также отдельные обстоятельства, свидетельствующие о наличии умысла на совершение преступления.

Несмотря на большое доказательственное значение интернет-переписки, достаточно часто следователь получив доступ к о переписке сталкивается с проблемами её надлежащего процессуального закрепления и дальнейшего использования в доказывании, в том числе с проблемой выбора следственного действия.

Начать нужно с того, что интересующая следователя переписка может храниться в сети Интернет (на удаленных серверах) либо на электронных носителях пользователя, причем на данных носителях она может находиться как в явном виде (текстовые файлы, архивы программы и т.д.), так и в зашифрованном (log-файлов, системных файлов, данных реестра и т.д.), причем в каждом из указанных случаев, процессуальная форма фиксации сведений должна отличаться.

В ситуации нахождения переписки на электронных носителях, значительных трудностей при выборе следственного действия не возникает, и в большинстве случаев следователи абсолютно оправданно проводят осмотр предметов (самого электронного носителя: телефона, ноутбука, USB-

---

<sup>1</sup> Под интернет-перепиской в данной статье следует понимать обмен текстовыми сообщениями, а также файлами различного содержания между пользователями, посредством сети Интернет.

накопителя и др.), либо судебную экспертизу, если для извлечения информации с такого носителя требуются специальные познания. Значительно большие затруднения возникают в случаях, когда переписка хранится на удаленных серверах сети Интернет.

Анализ материалов следственной и судебной практики позволяет выделить несколько вариантов проводимых следственных действий. Первый заключается в том, что следователь получает судебное решение о наложении ареста на почтово-телеграфные отправления (ст. 185 УПК РФ), их осмотр и выемку в учреждениях связи, после чего производит выемку переписки у оператора связи (на электронном носителе либо в виде распечатанного текста) и её осмотр. Нам такой вариант представляется не приемлемым, поскольку, во-первых, данное следственное действие направлено на ознакомление с бандеролями, посылками, другими почтово-телеграфными отправлениями либо телеграммами или радиограммами, то есть с корреспонденцией, предусмотренной Федеральным законом «О почтовой связи» № 176-ФЗ от 17.07.1999 г., соответственно интернет-переписка вне зависимости от места её хранения к предмету регулирования ст. 185 УПК РФ не относится. Во-вторых, данное следственное действие подразумевает «задержание» отправления до получения адресатом, тогда как в большинстве случаев следствие интересуется уже полученная адресатом интернет-переписка за предшествующий период.

Стоит отметить, что изменениями от 06.07.2016 года (Федеральный закон №375-ФЗ) рассматриваемая статья была дополнена частью 7 следующего содержания «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», однако в силу приведенных доводов, полагаем, что включение электронных сообщений в предмет регулирования ст. 185 УПК РФ является не

корректным и не позволяет сделать правильный выбор следственного действия в рассматриваемом случае, что отмечается многими авторами [1, 3].

Достаточно распространены случаи получения интернет-переписки в ходе выемки предметов и документов, содержащих охраняемую федеральным законом тайну, которая производится непосредственно у представителя оператора связи, на основании полученного следователем судебного решения. С учетом положений ст. 13 и п.7 ч.2 ст. 29 УПК РФ данный подход можно признать в полной мере законным и обоснованным, однако с учетом далекого расположения организаций, владеющих серверами крупных социальных сетей и других коммуникационных сервисов (г. Москва, г. Санкт-Петербург), производство таких выемок для следователей Красноярского края становится достаточно затратным как по времени, так и по средствам реализации, а в случае нахождения сервера за пределами Российской Федерации (электронные почтовые ящики вида @gmail.com, @google.com, @hotmail.com, социальная сеть facebook) – практически невозможным.

Одним из вариантов дистанционной фиксации интернет-переписки является её осмотр путем введения адреса и пароля с последующей фиксацией в протоколе текста переписки. Говоря об осмотре, как о следственном действии необходимо отметить, что ст. 176 УПК РФ предусматривает два наиболее подходящих к нашей ситуации варианта – это осмотр предметов и осмотр документов. Автору встречались примеры осмотра страницы сети Интернет посредством такого следственного действия, как «осмотр предметов», в протоколе которого следователь указывал, что объектом осмотра является компьютер, однако нужно понимать, что компьютер в данном случае выступает лишь используемым техническим средством, и сам осмотр не направлен на установление его свойств, поэтому осмотр предметов в рассматриваемом случае не приемлем.

За неимением ничего более подходящего, мы предлагаем использовать в подобных случаях осмотр документа (электронного), поскольку любой

интернет-сайт, в том числе содержащий какую-либо переписку, может быть отнесен к электронному документу. Данная позиция косвенно подтверждается положениями Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и защите информации» №149-ФЗ от 27.07.2006 г.<sup>2</sup> Автор неоднократно принимал участие в составлении протоколов осмотра электронного документа, например, с фиксацией содержания созданного мошенниками интернет-сайта, рекламирующего услуги регистрации по месту жительства, выдачу разрешений на работу и т.д., этим же следственным действием был оформлен осмотр содержания профиля одного из преступников в социальной сети «ВКонтакте» (в показаниях он категорически отрицал факт знакомства с соучастником, однако последний довольно долго состоял у него в друзьях).

Не редки случаи, когда интернет-переписка фиксируется в ходе проверки показаний на месте. Опуская некоторое терминологическое несоответствие (местом, где будут проверяться показания, по сути будет выступать интернет-пространство), полагаем такой вариант также приемлемым, однако с учетом целей и характера данного следственного действия считаем, что его производство целесообразно в ситуации, когда показания лица о переписке носят фрагментарный характер, точное содержание и местоположение этой переписки точно указать он не может, следовательно сопутствующей целью ознакомления с перепиской является получение новых сведений или уточнение данных им показаний.

Встречаются случаи процессуального закрепления интернет-переписки при проведении следственного эксперимента, в ходе которого лицо, чья

---

<sup>2</sup> Согласно указанному закону под **электронным документом** необходимо понимать: «документированную информацию, представленную в электронной форме, то есть в виде, пригодном для восприятия человеком с использованием электронных вычислительных машин...». В свою очередь под **документированной информацией** понимается «зафиксированная на материальном носителе путем документирования информация с реквизитами, позволяющими определить такую информацию или в установленных законодательством Российской Федерации случаях ее материальный носитель. Требуемыми реквизитами на наш взгляд вполне может выступать всегда оригинальный электронный адрес любой интернет-страницы.

переписка представляет интерес, самостоятельно заходит на соответствующий ресурс сети Интернет и, открывая входящие и исходящие сообщения, позволяет следователю зафиксировать в протоколе их содержание. Стоит отметить, что данный подход не лишен логики, поскольку результат совершаемых действий заранее не известен (страница сети Интернет может быть удалена, изменена и т.д.). А цели в общем соответствуют заявленным в ст. 181 УПК РФ (проверяется возможность восприятия каких-либо фактов, совершения определенных действий, наступления какого-либо события, а также выявляются последовательность происшедшего события и механизм образования следов), однако в контексте нашего исследования, можно утверждать, что следственный эксперимент должен проводиться для проверки навыков лица, в случаях, когда возникает сомнение в его возможности осуществить определенные операции в сети Интернет. Дополнительным аргументом может служить тот факт, что открытие профиля социальной сети или электронной почты на сегодняшний день нельзя отнести к действиям, имеющим сложную познавательную структуру, что является одним из критериев отграничения следственного эксперимента от осмотра [4, с.145]. То есть непосредственно для фиксации содержания интернет-переписки на наш взгляд данное следственное действие не подходит.

Определившись с выбором следственного действия, необходимо отдельно рассмотреть проблему, связанную с ограничением тайны связи<sup>3</sup>, которая сопутствует рассматриваемым следственным действиям. Для этого, в первую очередь нужно ответить на два вопроса: 1) относятся ли сведения о переписке, сохранившиеся на техническом устройстве коммуникации к какому-либо виду охраняемой законом тайны? 2) если относятся - то к какому из видов тайны.

---

<sup>3</sup> К тайне связи в соответствии с ч.1 ст.63 ФЗ от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи» относится тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электросвязи и сетям почтовой связи.

На первый вопрос, несомненно, следует ответить положительно, так как по содержанию личная переписка отражает частные стороны жизни, при этом механизм передачи рассматриваемых сообщений подразумевает осознание определенной конфиденциальности по отношению к третьим лицам. Разрешение второго вопроса сложнее, поскольку статья 23 Конституции Российской Федерации содержит две части, в первой из которых говорится о тайне частной жизни, личной, семейной тайне, а во второй – о тайне переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений.

Таким образом законодатель разделяет эти виды тайн, указывая, что, что доступ к сведениям о частной жизни, личной и семейной тайне не требует получения судебного решение (в соответствии с ч.3 ст. 55 Конституции РФ ограничение прав допускается федеральным законом, в том числе Уголовно-процессуальным кодексом РФ), а ограничение тайны связи, напротив, в обязательном порядке требует решение суда.

Приведем пример судебной практики: из определения Омского областного суда от 24 мая 2012 года следует, что адвокат в интересах подзащитного обратился в суд с жалобой на действия следователя, который без судебного решения осмотрел СМС-сообщения, телефонные соединения, контакты и т.д. Суд, разрешая данную жалобу, признал в действиях следователя нарушение ч.1 ст. 13 УПК РФ и ч. 2 ст. 23 Конституции Российской Федерации. Суд указал, что информация о факте и содержании переписки, хранящаяся в мобильном телефоне относятся к тайне переписки, так как «имеет двусторонний характер и содержит мысли не только потерпевшего, но и других лиц, пусть и имеющих отношение к делу, но вообще никак не уведомленных о том, что их личная переписка будет достоянием органов предварительного следствия...при осмотре мобильного телефона следователем подвергались тщательному описанию все соединения между абонентами, вплоть до указания времени соединений, номеров

телефонов и имен лиц, которые этими телефонами пользуются. Между тем статья 186.1 УПК РФ предусматривает необходимость судебного разрешения на получение информации о соединениях между абонентами». Используя приведенные доводы, суд признал действия следователя незаконными.

На наш взгляд, в данном случае суд необоснованно отнес сведения, хранящиеся в памяти мобильного телефона к тайне связи. Ведь если следовать этой логике, то у следователей возникает обязанность получать судебное решение при ознакомлении с содержанием любой переписки, сохранившейся в памяти компьютера, планшета и т.д.

В качестве единственного критерия отнесения данных сведений к тайне связи суд принял содержание переписки, но в таком случае по аналогии необходимо получать судебное решение на осмотр полученного ранее по почте и изъятого в ходе расследования письма, либо распечаток интернет-переписки. Ошибочность применённого судьей подхода подтверждается другими примерами судебной практики<sup>4</sup>.

Первым критерием отграничения данных видов тайн действительно выступает их форма и содержание, поскольку сведения служебного характера, как и другие, не отражающие частные стороны жизни человека, к рассматриваемым видам тайн не относятся, однако в связи с тем, что без ознакомления с перепиской мы не можем определить ее характер, следователю следует исходить из того, в чьем распоряжении она находится. Переписка, которая ведется с использованием служебных аккаунтов (представленных работодателем), может располагаться на серверах разных операторов (работодатель самостоятельно решает, какой из сервисов для этого использовать, но наиболее распространенными являются такие почтовые сервисы, как Mail.ru, Gmail, Yahoo messenger, Яндекс.Почта и др.), при этом работодатель имеет право на получение и использование данной переписки в

---

<sup>4</sup> Апелляционное постановление Приморского краевого суда от 02.02.2015 года по делу № 22-455/15 URL: <https://rospravosudie.com/court-primorskij-kraevoj-sud-primorskij-kraj-s/act-469764857/> (дата обращения: 20.08.2018).

полном объеме, поскольку эти данные не относятся к тайне связи<sup>5</sup>. Однако ограничиваться этим было бы неправильным.

Следующим обязательным критерием выступает нахождение интересующей следствие переписки в ведении оператора связи. Для подтверждения состоятельности данного критерия нужно обратиться к разъяснениям Конституционного Суда Российской Федерации, так как на уровне федеральных законов вопрос разграничения тайны связи от иных видов тайны не урегулирован. В Определении Конституционного Суда РФ от 25.01.2018 г. №189-О, содержится категоричный вывод о том, что проведение осмотра и экспертизы с целью получения имеющей значение для уголовного дела информации, находящейся в электронной памяти абонентских устройств, изъятых при производстве следственных действий в установленном законом порядке, не предполагает вынесения об этом специального судебного решения.

Кроме того, тайна связи, включающая в себя тайну переписки, телефонных и иных переговоров регламентирована положениями Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи». Часть 2 ст. 63 указанного федерального закона говорит о том, что обязанность по соблюдению тайны связи возлагается на операторов связи, то есть никто кроме оператора связи не имеет возможности обеспечить сохранность соответствующих сведений.

Таким образом интернет-переписка, как и любые другие данные будут защищаться тайной связи с момента их отправления до момента получения адресатом. Любые сообщения, еще не отправленные, либо уже полученные и сохранившиеся на каких-либо устройствах пользователей могут быть отнесены к иным видам тайны (личная, частной жизни, семейная и т.д.), и

---

<sup>5</sup> Постановление ЕСПЧ от 12.01.2016 по делу «Барбулеску (Bărbulescu) против Румынии» (жалоба № 61496/08) *URL*: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-159906> (дата обращения: 20.08.2018).

соответственно получение судебного решения для ознакомления с ними не требуется.

В связи с изложенным, можно констатировать, что интернет-переписка, сохранившаяся на электронных носителях пользователя ни при каких обстоятельствах не может быть отнесена к тайне связи и процессуальное ознакомление с ними получения судебного решения не требует (независимо от выбранного следственного действия), в случае же выхода в ходе осмотра телефона или другого устройства в сеть Интернет и просмотра переписки (например, в социальных сетях, электронной почты) определяющим становится следующий критерий - наличие или отсутствие согласия абонента.

При наличии такого согласия, выраженного в форме заявления или отметки в протоколе, получать судебное решение необходимости нет, при отсутствии – решение суда обязательно. Решение вопроса о допустимости ознакомления с интернет-перепиской при наличии согласия лица зависит от признания права на тайну связи в полной мере неотчуждаемым (как право на неприкосновенность жилища при производстве обыска в жилище), либо допускающим ограничение с согласия правообладателя (как в случае производства осмотра жилища). В то же время, ч. 2 ст. 17 Конституции РФ предусматривает, что основные права и свободы (в том числе право на тайну связи) не отчуждаемы и принадлежат человеку от рождения, однако это право является субъективным, что означает возможность человека самостоятельно выбирать вид и меру своего поведения, а также свободу поведения и поступков в границах, установленных нормой права [2, с. 170]. Исходя из такой трактовки, любой человек может самостоятельно распоряжаться своим правом; соответственно, в ситуации, когда ознакомление с интернет-перепиской осуществляется с согласия пользователя, ограничение его права на тайну связи не происходит, а значит, судебного санкционирования такие действия не требуют. При наличии такого согласия, исходя из

удостоверительного характера доказывания, оно должно быть оформлено письменно и с участием защитника (для подозреваемого, обвиняемого).

Дополнительным аргументом может служить тот факт, что положения ч.2 ст. 186 УПК РФ указывают на возможность производства контроля и записи телефонных переговоров участников при наличии угроз на основании письменного заявления (без получения судебного решения), что косвенно подтверждает возможность правообладателя частично распоряжаться своим правом на тайну связи. При рассмотренном подходе решение суда может потребоваться только при отсутствии согласия правообладателя.

Предлагаемая позиция может вызвать вопрос: требуется ли помимо согласия получателя, выяснять позицию отправителя того или иного сообщения? Полагаем, что ответ на этот вопрос должен быть отрицательным, поскольку, во-первых, направляя кому-либо письмо (сообщение) лицо передает получателю право законно распорядиться этими сведениями (законность выдачи сведений следователю не вызывает сомнения), а во-вторых, сохранность этих сведений и интересы отправителя будут обеспечены за счет положений ст. 161 УПК РФ – недопустимость разглашения данных предварительного расследования.

С учетом специфики заявленной темы, мы намеренно не касаемся средств оперативно-розыскной деятельности, которые также очень активно используются в данной сфере, но при их применении следует помнить, что Конституционный Суд РФ в рамках возбужденного уголовного дела запрещает подмену оперативно-розыскными мероприятиями процессуальных действий, для осуществления которых уголовно-процессуальным законом установлена специальная процедура<sup>6</sup>.

В итоге, приведенные доводы, позволяют предложить следующий порядок определения процессуального порядка получения и фиксации интернет-переписки: 1) выбор надлежащего следственного действия (по

---

<sup>6</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 25.02.2010 № 261-О-О // СПС КонсультантПлюс.

приведённым критериям); 2) определение необходимости получения судебного решения (критерии также были приведены).

#### **Использованные источники:**

1. Карпов О.В. Проблемы регламентации порядка изъятия информации из социальных сетей в российском уголовном процессе // Политика, государство и право. 2016. № 6 [Электронный ресурс]. URL: <http://politika.snauka.ru/2016/06/3923> (дата обращения: 20.08.2018).

2. Строгович М.С. Проблемы советского социалистического государства в современный период. Некоторые теоретические вопросы. М., 1967. С. 170.

3. Супрун С.В. О противоречивом характере новеллы в законодательном регулировании следственного действия «наложение ареста на почтово-телеграфные отправления» / С.В. Супрун, В.С. Черкасов // Вестник Омской юридической академии 2017 Том 14 №1 С.59-64;

4. Шейфер С.А. Следственные действия. Основания, процессуальный порядок и доказательственное значение., 2004. С.145.