

УДК 343.132

Н.Н. Цуканов, доктор юрид. наук, доцент
Сибирский юридический институт МВД России;

А.Л. Карлов
Сибирский юридический институт МВД России

К ВОПРОСУ ОБ ИЗЪЯТИИ ЭЛЕКТРОННЫХ НОСИТЕЛЕЙ ИНФОРМАЦИИ ПРИ ПРОИЗВОДСТВЕ СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ

В статье представлены результаты анализа новых положений УПК РФ, регламентирующих изъятие электронных носителей информации при проведении следственных действий. На основе положений закона, подходов ведущих ученых, судебной практики авторы приходят к выводу о том, что запрет изъятия электронных носителей при расследовании преступлений в сфере экономической деятельности не является безусловным; что участие специалиста обусловлено не технической сложностью процедуры, а необходимостью разрешения ходатайства о копировании, заявленного владельцем носителя или обладателем содержащейся на нем информации.

Ключевые слова: электронный носитель информации, следственные действия, специалист, основания для отказа в копировании.



*N.N. Tsukanov, Doctor of Juridical Sciences, assistant-professor
Siberian Law Institute of the Ministry of the Interior of Russia;*

*A.L. Karlov
Siberian Law Institute of the Ministry of the Interior of Russia*

REVISITING THE SEIZURE OF ELECTRONIC STORAGE DEVICES IN THE COURSE OF INVESTIGATIVE ACTIONS

The article considers the results of new provisions of the Russian Federation Code of Criminal Procedure regulating the seizure of electronic storage devices in the course of investigative actions. On the basis of provisions of the law, leading scientists' approaches, judicial practice the authors come to the conclusion that the prohibition on the seizure of electronic storage devices in the course of investigating economic crimes isn't unconditional one; that the expert's participation isn't determined by technical difficulty of the procedure, but by the necessity of permission of application to copy presented by the owner of the storage device or the owner of the information contained in this storage.

Key words: electronic storage device, investigative actions, an expert, reasons for refusal to copy.

На сегодняшний день расследование практически любого уголовного дела сопровождается изъятием электронных носителей информации. На этапе предварительного расследования такое изъятие осуществляется при проведении следственных действий, наиболее распространенными из которых являются осмотр места происшествия, выемка, обыск.

Правовая регламентация порядка изъятия электронных носителей информации при проведении следственных действий впервые была произведена в 2012 г. Статьи 182 и 183 УПК РФ были дополнены отдельными частями (9.1 и 3.1), предусматривающими специальные правила изъятия электронных носителей информации, в т.ч. обязательное участие специалиста при таком изъятии. Федеральным законом от 27.12.2018 № 533-ФЗ «О внесении изменений в статьи 76.1 и 145.1 Уголовного кодекса Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» указанные положения закона были исключены, вместе с тем УПК РФ был дополнен статьей 164.1, которая в значительной степени дублирует ранее действовавшие правила изъятия электронных носителей информации, однако данные правила распространили свое действие не только на обыск и выемку (как было ранее), но и на любые другие следственные действия.

Согласно п. 3.1.9 ГОСТ 2.051-2013 «Единая система конструкторской документации. Электронные документы. Общие положения» электронный носитель – это «материальный носитель, используемый для записи, хранения и воспроизведения информации, обрабатываемой с помощью средств вычислительной техники». К электронным носителям информации относят довольно обширный перечень объектов: внутренний накопитель на жестком магнитном диске (жесткий диск, винчестер, винт, Hard Disk Drive – HDD); оптический диск (лазерный диск, компакт-диск, CD, DVD, диск Blu-Ray, HD-DVD); карта памяти (флэш-карта); USB-флеш-накопитель (флешка); гибкий магнитный диск (дискета, Floppy Disk Drive – FDD) и многие другие, вплоть до интегральной микросхемы памяти (интегральная схема, чип, микрочип), которая может выполнять различные функции, в т.ч. выступать в качестве модулей и схем памяти, и реализовывать функции миникомпьютера (следовательно, содержать информацию, имеющую значение для уголовного дела) [6, с. 12]. Помимо указанных, к электронным носителям информации, безусловно, необходимо относить мобильные телефоны, ноутбуки, системные блоки компьютера, поскольку данные устройства могут хранить в себе электронную информацию.

Статья 164.1 УПК РФ содержит неоднозначное по содержанию и достаточно категоричное по форме правило, согласно которому при производстве по

преступлениям в сфере экономической деятельности изъятие электронных носителей информации не допускается. Определяя преступления, на которые распространяется данный запрет, законодатель делит их на две группы, для первой из которых (ч. 1-4 ст. 159, ст. 159.1-159.3, 159.5, 159.6, 160 и 165 УК РФ) предусмотрено дополнительное условие – если они совершены в сфере предпринимательской деятельности, для второй (ч. 5-7 ст. 159, ст. 171, 171.1, 171.3-172.2, 173.1-174.1, 176-178, 180, 181, 183, 185-185.4 и 190-199.4 УК РФ) такое условие не требуется, т.к. в диспозиции этих составов уже заложена экономическая составляющая. В свою очередь, вопрос об отнесении того или иного преступления к совершенным в сфере предпринимательской деятельности должен разрешаться с учетом разъяснений Пленума Верховного Суда Российской Федерации, данных в постановлении от 19.12.2013 № 41 «О практике применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога», который указал, что в соответствии с законом предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. При этом преступления следует считать совершенными в сфере предпринимательской деятельности, если они совершены лицом, осуществляющим предпринимательскую деятельность самостоятельно или участвующим в предпринимательской деятельности, осуществляемой юридическим лицом, и эти преступления непосредственно связаны с указанной деятельностью. Схожий подход предложен в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 15.11.2016 № 48 «О практике применения судами законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности за преступления в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности», где говорится, что преступления следует считать совершенными в сфере предпринимательской деятельности, если они совершены индивидуальным предпринимателем в связи с осуществлением им предпринимательской деятельности и (или) управлением принадлежащим ему имуществом, используемым в целях предпринимательской деятельности, а также членом органа управления коммерческой организации в связи с осуществлением им полномочий по управлению организацией либо при осуществлении коммерческой организацией предпринимательской деятельности.

На наш взгляд, формулировка, запрещающая изымать электронные носители информации при расследовании указанных преступлений, не учитывает,

что далеко не все носители, которые потенциально могут быть изъяты, связаны с предпринимательской деятельностью. Заложенный в ч. 1 ст. 164.1 УПК РФ запрет необоснованно ограничивает субъекта доказывания в собирании доказательств, в связи с чем должен толковаться не буквально, а с учетом ч. 4.1 ст. 164 УПК РФ, в которой говорится о недопустимости необоснованного применения мер, могущих привести к приостановлению законной деятельности юридических лиц или индивидуальных предпринимателей.

Вместе с тем законодатель предусматривает исключения, допускающие изъятие электронных носителей в том числе при расследовании указанных выше преступлений. К ним относятся случаи, когда:

1) вынесено постановление о назначении судебной экспертизы в отношении электронных носителей информации;

2) изъятие электронных носителей информации производится на основании судебного решения;

3) на электронных носителях содержится информация, полномочиями на хранение и использование которой владелец электронного носителя информации не обладает, либо которая может быть использована для совершения новых преступлений, либо копирование которой, по заявлению специалиста, может повлечь за собой ее утрату или изменение.

Толкование и тем более применение данных положений вызывают существенные затруднения. Так, не ясно, какие электронные носители законодатель имеет в виду, говоря о назначении судебной экспертизы. Если те, которые подлежат изъятию, то каким образом в отношении них уже может быть назначена экспертиза? Если другие электронные носители – то как они были изъяты при наличии общего запрета?

Второе исключение не менее сложно для понимания. Какое судебное решение имеет в виду законодатель? Если следовать буквальному смыслу, то это не любое решение суда (например, о производстве обыска в жилище), а такое, которое является основанием для изъятия электронных носителей. Представляется, что речь идет, в частности, о носителях, содержащих охраняемую законом тайну, доступ к которой может быть получен не иначе, как на основании судебного решения.

Последнее исключение состоит из трех самостоятельных исходных ситуаций. Первая заключается в том, что лицо, у которого предполагается изъятие носителя, не обладает полномочиями на хранение и использование информации на таком носителе. С практической точки зрения достаточно сложно судить о полномочиях лица в отношении какой-либо информации. Полагаем, что здесь можно говорить о случаях, когда сам носитель находится у человека на незаконных основаниях (например, предмет хищения), исходя из этого, мы имеем возможность сделать

вывод об отсутствии полномочий и в отношении информации на изымаемом носителе. Также законодатель позволяет изъять электронный носитель, когда информация на нем может быть использована для совершения новых преступлений. Вне всякого сомнения, к такому выводу можно прийти лишь после ознакомления с содержанием информации. По нашему мнению, к такой информации можно отнести различные вредоносные программы, пароли доступа и логины электронных профилей, посредством которых могут быть совершены преступления, различного рода электронные базы данных и др. Наиболее понятной и применимой можно считать ситуацию, при которой по заявлению специалиста копирование при производстве следственного действия может повлечь за собой утрату или изменение информации на носителе. Речь идет о случаях, когда следователь, руководствуясь запретом на изъятие электронных носителей, рассматривает возможность копирования важной для доказывания информации без изъятия самого носителя. Если в такой ситуации участвующий в следственном действии специалист заявит о вероятности утраты или изменения информации, запрет на изъятие электронного носителя снимается.

Дополнительно стоит сказать, что по аналогии с п. 7 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации «О практике применения судами законодательства о мерах пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста и залога» можно утверждать, что, если лицо подозревается или обвиняется в совершении не только преступления, подпадающего под запрет изъятия электронных носителей, но и предусмотренного иной статьей Особенной части УК РФ, не исключающего такого изъятия, электронные носители могут быть изъяты без каких-либо ограничений.

При положительном решении вопроса о возможности изъятия электронных носителей должны быть учтены правила их изъятия, которые мы предлагаем последовательно рассмотреть.

1. Обязательное участие специалиста при изъятии электронных носителей информации.

Часть 2 ст. 164.1 УПК РФ гласит: «Электронные носители информации изымаются в ходе производства следственных действий с участием специалиста...». Данная формулировка по содержанию аналогична ранее действующей и, по мнению большинства авторов, обязывает следователя привлекать специалиста при изъятии электронных носителей [3, с. 58; 5, с. 18]. Такой подход мы полностью поддерживаем и полагаем, что непривлечение специалиста является нарушением порядка и с учетом п. 3 ч. 2 ст. 75 УПК РФ ставит вопрос о допустимости полученного доказательства. Следует подчеркнуть, что на отсутствие специалиста защитники и представители обращают

самое пристальное внимание, требуя признать незаконным производство следственного действия (см., напр.: апелляционные определения Московского городского суда от 30.09.2013 № 10-9507, от 25.11.2013 № 10-12096 (Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»)).

Вместе с тем в научной литературе можно встретить немало примеров, когда суды, рассматривая изъятие электронного носителя без участия специалиста, оставляют в силе полученные доказательства по причине признания допущенного нарушения несущественным [4, с. 195]. В данном случае решения судов в полной мере соответствуют толкованию, данному Пленумом Верховного Суда Российской Федерации в постановлении от 19.12.2017 № 51 «О практике применения законодательства при рассмотрении уголовных дел в суде первой инстанции (общий порядок судопроизводства)», который указал, что доказательства признаются недопустимыми, в частности, если были допущены существенные нарушения установленного уголовно-процессуальным законодательством порядка их собирания и закрепления.

Говоря о допустимости доказательств, можно привести мнение М.А. Барановой и В.Л. Григоряна [1, с. 122], которые определяют существенность нарушения в зависимости от того, насколько они:

- ограничивают права заинтересованных участников процесса;
- противоречат требованиям уголовно-процессуальной формы и другим процессуально значимым факторам;
- блокируют возможность полноценной реализации принципов уголовного судопроизводства.

Соответственно, возникает вопрос: как определить существенность отсутствия специалиста в том или ином случае? Когда изъятие электронного носителя без его участия не будет являться существенным нарушением порядка проведения следственного действия?

Подробный анализ необходимости привлечения специалиста при изъятии электронных носителей произвели Ф.В. Васюков, А.В. Бульжкин, которые обобщили взгляды авторов по данной проблеме и выделили три основных подхода [2, с. 5]. Первый сводится к решению вопроса об участии специалиста в зависимости от потребности уполномоченных лиц в специальных познаниях, второй – в зависимости от типа электронного носителя информации (если это технически простой носитель, следователь может изъять его самостоятельно). Третий подход говорит о необходимости учитывать способ изъятия информации, т.е. в случае, если в ходе следственного действия в целях получения информации происходит копирование с электронных устройств, обнаруженных при обыске, участие специалиста обязательно. Стоит

отметить, что последний из приведенных подходов противоречит действующему закону, т.к. порядок действий в указанном случае регламентирован ч. 3 ст. 164.1 УПК РФ и обязательного участия специалиста не предусматривает.

Полагаем, что приведённые мнения в большей мере учитывают криминалистические подходы к проблеме, предполагают анализ вопросов целесообразности, технических особенностей получения доказательств, при этом не принимают во внимание правовые (уголовно-процессуальные) аспекты, связанные с необходимостью обеспечить права участников процесса, в первую очередь право на копирование информации с изымаемых электронных носителей. Именно наличие данного права, на наш взгляд, делает обязательным участие специалиста. Во-первых, потому что изменения в части обязательного участия специалиста были внесены в закон одновременно с закреплением права на копирование информации; во-вторых, само по себе копирование, согласно положениям УПК РФ, может быть осуществлено только специалистом; в-третьих, одним из оснований для отказа в копировании является «заявление специалиста» о возможной утрате или изменении информации, содержащейся на изымаемом электронном носителе.

Вне зависимости от технической сложности изымаемого носителя, потребности в использовании специальных знаний и других особенностей отсутствие специалиста при изъятии электронных носителей лишает его законного владельца или обладателя потенциальной возможности реализовать право на копирование. Исходя из этого, именно объективная вероятность привлечения специалиста для разрешения ходатайства о копировании информации с изымаемых электронных носителей или к самой процедуре копирования должна учитываться как критерий существенности участия специалиста. При этом техническая сложность изъятия или самого электронного носителя определяет лишь общее правило, согласно которому специалист может быть привлечен к участию в следственных действиях по усмотрению следователя (дознателя).

Обозначенный подход позволяет утверждать, что не будет являться существенным нарушением отсутствие специалиста в следующих практических ситуациях:

- изъятие у потерпевшего или свидетеля технических устройств, которые находились у них в пользовании и были добровольно представлены ими следователю (в такой ситуации данные лица имели возможность скопировать информацию до изъятия);
- изъятие носителей, содержащих сведения о переписке у представителей оператора связи (у оператора связи остаются копии передаваемых сведений);

- изъятие у представителя банка или иных организаций носителей, содержащих видеозапись или фотоснимки с камер видеонаблюдения;

- изъятие электронных носителей, содержащих сведения, не представляющие интерес с точки зрения их копирования (пустой (новый) электронный носитель, телевизоры со встроенным жёстким диском, автомобили с бортовым компьютером и др.);

- изъятие электронных носителей, содержащих сведения, полномочиями на хранение и использование которых владеет электронный носитель информации не обладает, либо которая может быть использована для совершения новых преступлений (изначально предполагается основание для отказа в копировании, не связанное с участием специалиста).

Приведенная логика рассуждений позволяет также предложить критерий для оценки уровня специальных знаний привлекаемого специалиста: их должно быть достаточно для производства безопасного копирования с одного электронного носителя на другой, а также для оценки потенциальных рисков утраты или изменения информации в результате такого копирования.

Таким образом, вопреки распространенному мнению, даже очень простое с технической стороны изъятие электронного носителя, предполагающее необходимость копирования информации для её обладателя, при отсутствии специалиста должно повлечь недопустимость полученных доказательств. Напротив, произведенное без специалиста технически сложное изъятие, потенциально не вызывающее необходимости копирования, не должно признаваться существенным нарушением порядка производства следственного действия.

В подтверждение изложенного предлагаем обратиться к ч. 3 ст. 164.1 УПК РФ, из содержания которой следует, что в случае, когда в ходе следственного действия осуществляется копирование без изъятия электронного носителя информации, оно осуществляется следователем самостоятельно. То есть, несмотря на вероятную сложность такого копирования, вопрос о предоставлении копии владельцу или обладателю здесь не возникает (сам электронный носитель остается в их распоряжении), в связи с чем участие специалиста не обязательно.

2. Предоставление законному владельцу изымаемых электронных носителей информации или обладателю содержащейся на них информации права ходатайствовать об изготовлении копий с изымаемых электронных носителей информации и получить такие копии.

Право заявлять ходатайства является общим правом участников уголовного процесса, а также иных лиц, права и законные интересы которых затронуты в ходе досудебного производства (ч. 1 ст. 119 УПК

РФ). И первый вопрос, который возникает в связи с этим: обязан ли следователь (дознатель) отдельно разъяснить право на копирование информации с изымаемых электронных носителей? Полагаем, что на этот вопрос необходимо ответить положительно, т.к. ч. 1 ст. 11 УПК РФ прямо указывает на необходимость разъяснять участникам уголовного судопроизводства их права, обязанности и ответственность, а также обеспечивать возможность осуществления этих прав.

Далее нужно обратить внимание на субъекта, наделяемого таким правом. Согласно ч. 2 ст. 164.1 УПК РФ к таковым относятся законный владелец изымаемых электронных носителей информации или обладатель содержащейся на них информации¹. Полагаем, что лицом, заявляющим такое ходатайство, могут быть также и представители (законные представители, защитник, адвокат).

Получив ходатайство о выдаче копии, в первую очередь необходимо внести его в протокол следственного действия, после чего в соответствии со ст. 121 УПК РФ следователь обязан принять решение. При этом правило о фиксации хода и результатов копирования в протоколе следственного действия указывает на то, что поступившее ходатайство должно быть разрешено до окончания следственного действия.

Законом предусмотрены основания для отказа в копировании, причем они отсылают нас к одной из групп случаев, допускающих изъятие электронных носителей по преступлениям экономической направленности, а именно:

- на электронных носителях информации содержится информация, полномочиями на хранение и использование которой владеет электронный носитель информации не обладает;

- информация может быть использована для совершения новых преступлений;

- копирование информации, по заявлению специалиста, может повлечь ее утрату или изменение.

Первые два случая уже были предметом нашего внимания и дополнительных пояснений не требуют, в отличие от третьего. Как было указано выше, в контексте возможности изъятия электронного носителя по отдельным экономическим преступлениям специалист оценивает риск утраты или изменения информации при её копировании с первоисточника (электронного носителя) на электронные носители, подготовленные следователем (дознателем). А при оценке наличия оснований для отказа в копировании та же норма трактуется по-другому, специалисту не-

¹ Согласно п. 5 ст. 2 Федерального закона от 27.07.2006 № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» обладатель информации – это лицо, самостоятельно создавшее информацию либо получившее на основании закона или договора право разрешать или ограничивать доступ к информации, определяемой по каким-либо признакам.

обходимо оценить риски копирования информации опять же с первоисточника, но уже на электронные носители, представленные лицом, заявившим ходатайство о копировании. С учетом этого обстоятельства при использовании для копирования стороннего электронного носителя вероятность утраты или изменения исходной информации существенно повышается. Стоит отметить, что относительную безопасность копирования может обеспечить порядок, при котором информация сначала копируется с изымаемого носителя на электронный носитель следователя (дознателя), а затем уже с него – на носитель, представленный законным владельцем или обладателем.

В любом случае при отказе в удовлетворении ходатайства о копировании в протоколе делается соответствующая отметка (а в случае, если имеет место заявление специалиста, оно также заносится в протокол), после чего с целью обеспечить выполнение требований ч. 4 ст. 7 УПК РФ, а также права на обжалование принятого решения (ч. 1 ст. 19 УПК РФ) после окончания следственного действия в разумные сроки необходимо вынести постановление об отказе в удовлетворении ходатайства с доведением его до сведения заявителя (ст. 122 УПК РФ).

В случае если ходатайство о копировании информации с изъятых электронных носителей будет заявлено после окончания следственного действия, оно подлежит рассмотрению в порядке ч. 2.1 ст. 82 УПК РФ (копирование с электронных носителей, признанных вещественными доказательствами).

3. Специальные правила, регламентирующие порядок копирования информации с изымаемого электронного носителя информации при производстве следственного действия.

При отсутствии оснований для отказа в копировании специалистом по решению следователя (дознателя) производится копирование информации с детальным отражением процедуры в протоколе следственного действия. Как было указано выше, копирование производится на электронный носитель, пред-

ставленный законным владельцем или обладателем информации, однако в условиях проведения обыска могут быть изъяты все находящиеся в помещении и при лице электронные носители. Полагаем, что в такой ситуации следователь также вправе отказать в удовлетворении ходатайства о копировании, при этом признаем, что это мнение не бесспорно.

Особое внимание необходимо обратить на то, что изготовление копии информации, содержащейся на изымаемых электронных носителях, осуществляется в присутствии понятых. Интересно отметить, что относительно вопроса об обязательном участии понятых в законе имеется технический недочет. Так, ч. 1 ст. 170 УПК РФ, перечисляя случаи, когда понятые обязательны, упоминает ч. 3.1 ст. 183 УПК РФ (в которой ранее речь шла об изъятии электронных носителей информации). Вместе с тем, как было указано выше, эта норма утратила силу, а ст. 164.1 УПК РФ говорит об обязательном участии понятых при копировании информации с изымаемых носителей. Соответственно, в случае если ходатайство о копировании не заявлялось или в его удовлетворении было отказано, следственное действие может быть произведено без участия понятых (за исключением обыска и личного обыска, при проведении которых участие понятых обязательно по общему правилу). Так, выемка электронного носителя допустима с применением технических средств фиксации, однако в случае удовлетворения ходатайства о копировании информации с такого носителя в обязательном порядке должны быть привлечены понятые.

В итоге мы вынуждены с сожалением констатировать, что внесенные изменения не разрешают вопросы, возникающие при анализе уголовно-процессуальных правил изъятия электронных носителей информации, а в значительной степени дополняют перечень проблем, которые правоприменитель вынужден разрешать самостоятельно с учетом позиции надзирающего прокурора и складывающейся судебной практики.

Литература

1. Баранова М.А., Григорян В.Л. Признание доказательств недопустимыми в судебных решениях по уголовным делам: поиск критериев // Юридическая наука и правоохранительная практика. 2016. № 1 (35).
2. Васюков В.Ф., Булыжкин А.В. Изъятие электронных носителей информации при расследовании преступлений: нерешенные проблемы правового регулирования и правоприменения // Российский следователь. 2016. № 6.
3. Зуев С.В. Осмотр и изъятие электронных носителей информации при проведении следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий // Законность. 2018. № 4.
4. Зуев С.В., Черкасов В.С. Новые правила изъятия электронных носителей и копирования информации (статья 164.1 УПК РФ): преимущества и недостатки новеллы // Сибирское юридическое обозрение. 2019. № 2.
5. Козловский П.В., Седельников П.В. Участие специалиста в изъятии электронных носителей // Научный вестник Омской академии МВД России. 2014. № 1 (52).
6. Судницын А.Б. Отдельные процессуальные и организационные особенности изъятия и хранения электронных носителей информации при производстве по уголовным делам // Вестник Сибирского юридического института ФСКН России. 2016. № 1 (22).