

Обыск сотового телефона в ходе законного ареста в американском уголовном процессе



И.И. Нагорная

старший преподаватель кафедры уголовного права и криминалистики Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: Российская Федерация, 101000, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: irnag@yandex.ru



Аннотация

В статье рассматривается вопрос о правомерности обыска сотового телефона без судебного ордера в ходе законного ареста в американском уголовном процессе. Отмечается ценность изученного опыта для решения проблем, возникающих в российском уголовном процессе, в котором, как указывают специалисты, пока не учитываются в должной мере особенности доказательств, полученных из электронных источников. В первую очередь анализируются позиции Верховного суда США, сформулированные на основании положений Четвертой поправки к Конституции США о запрете необоснованных обысков, применительно к обыску, проводимому в ходе законного ареста. При этом разграничивается обыск самого арестованного и предметов, находящихся в зоне его непосредственного контроля, выделяются возможные цели обыска — обеспечение безопасности сотрудников полиции и предотвращение уничтожения доказательств. Изучаются позиции, сформулированные нижестоящими судами, которые различным образом подходили к решению данного вопроса — от признания законности неограниченного обыска сотового телефона без ордера до полного запрета такого при отсутствии чрезвычайных обстоятельств. Затем рассматриваются доктринальные точки зрения по вопросу ограничения пределов обыска сотового телефона без ордера в ходе законного ареста: интернет-тест; функциональный тест; тест открытого приложения; ограничение количества совершаемых сотрудниками полиции операций. Приводится критика указанных подходов. Рассматриваются основные аргументы Верховного суда США, который в 2014 г. по делам *Riley v. California* и *United States v. Wurie* признал неконституционным обыск сотового телефона без ордера, даже если обыск осуществляется в ходе законного ареста. Приводится особое мнение судьи Аливо, который, в частности, указал, что законодателю следует провести разумное разграничение информации, содержащейся в телефоне, одна часть которой может подлежать исследованию без ордера, а другая — нет. В заключение выделяются приведенные в американской литературе проблемы, которые не смогла разрешить указанная правовая позиция Верховного суда США. Важнейшая из них — применимость сформулированных правил к планшета и иным сходным устройствам.



Ключевые слова

обыск, ордер, сотовый телефон, обыск в ходе законного ареста, уголовный процесс, Верховный суд США.

Библиографическое описание: Нагорная И.И. Обыск сотового телефона в ходе законного ареста в американском уголовном процессе // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 3. С. 148–158

JEL: K4; УДК: 343

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.148.158

Введение в проблему. Стремительное развитие информационных технологий кардинально изменило жизнь общества и поставило перед законодателем, судебными органами и учеными новые задачи, в том числе связанные с обеспечением неприкосновенности частной жизни. В настоящее время в процессе доказывания по уголовным делам все чаще используется информация, полученная из электронных источников, однако уголовно-процессуальное законодательство Российской Федерации в должной мере не учитывает особенностей подобных доказательств¹. Это побуждает российских исследователей обращаться к зарубежному опыту, в том числе Соединенных Штатов Америки, где указанные проблемы рассматриваются детально, хотя их и нельзя считать до конца решенными.

Данная статья посвящена изучению американского опыта по весьма актуальному вопросу о допустимости обыска сотового телефона без ордера в ходе законного (правомерного) ареста. Исходным для анализа этого вопроса является право народа на охрану личности, жилища, бумаг и имущества от необоснованных обысков и арестов, закрепленное Четвертой поправкой к Конституции США². При этом в американском праве получило распространение широкое понимание обыска в качестве вторжения представителей государственной власти в сферу частной жизни граждан³.

Четвертая поправка не устанавливает критериев обоснованности обыска. В связи с этим особую значимость приобретает ее толкование Верховным судом⁴. Обыск может быть проведен при наличии ордера, выданного судом, или без него, в том числе в ходе законного ареста, при согласии на обыск или в чрезвычайных обстоятельствах⁵.

Судебная практика по Четвертой поправке довольно противоречива, однако необходимость обыска в ходе законного ареста без получения ордера сегодня не вызывает возражений⁶. Тем не менее пределы такого обыска не раз уточнялись Верховным судом США. При этом возник вопрос: насколько сформулированные ранее правила применимы к сотовым телефонам и особенно к смартфонам? Вправе ли граждане связывать с последними повышенные ожидания о неприкосновенности частной жизни?⁷ Американские суды и ученые-юристы предлагали различные подходы к данной проблеме. В 2014 г. Верховный суд США сформулировал правовую позицию по указанному вопросу, которая, однако, не смогла преодолеть всех имеющихся затруднений.

Рассмотрим общие правила обыска в ходе законного ареста, далее перейдем к анализу решений окружных и районных судов и Верховного суда США, а также позиций ученых, исследовавших данную тему.

Обыск в ходе законного ареста: эволюция позиций Верховного суда США. Впервые право на проведение обыска арестованного без ордера было признано Верховным су-

¹ Оконенко Р.И. «Электронные доказательства» и проблемы обеспечения прав граждан на защиту тайны личной жизни в уголовном процессе: сравнительный анализ законодательства Соединенных Штатов Америки и Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016. С. 3–4.

² Конституции зарубежных государств / сост. В.В. Маклаков. 3-е изд. М., 2000. С. 359.

³ Махов В.Н., Пешков М.А. Уголовный процесс США (досудебные стадии). М., 1998. С. 37.

⁴ Пешков М.А. Арест и обыск в уголовном процессе США: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998. С. 10.

⁵ Там же. С. 33.

⁶ Logan W.A. An Exception Swallows a Rule: Police Authority to Search Incident to Arrest // Yale Law & Policy Review. 2000. Vol. 19. No 2. P. 381.

⁷ Ray J. Constitutional Law — Warrantless Searches — Whether The Search Incident to Arrest Exception Should Apply to Data Stored on Cellular Phones // Tennessee Journal of Race, Gender, & Social Justice. 2014. Vol. 3. No 2. P. 213.

дом США в 1914 г. в деле *Weeks v. United States*. По делу *Carroll v. United States* (1925) было разъяснено, что обыску может быть подвергнуто как само лицо, так и место, где произведен арест, с целью получения доказательств совершения преступления. Данная позиция была подтверждена в деле *Marron v. United States* (1927). Однако в деле *Go-Bart Importing Co. v. United States* (1931) Суд ограничил пределы такого обыска, заявив, что у сотрудника полиции было достаточно информации, чтобы получить ордер, чего он не сделал⁸.

Впрочем, указанное ограничение было игнорировано Судом в деле *Harris v. United States* (1947), по которому лицо было арестовано на основании ордера, выданного по причине подделки чека. Полиция произвела арест в комнате подсудимого, а затем обыскала все его жилище, состоящее из четырех комнат, чтобы получить дополнительные доказательства. Верховный суд США признал такой обыск допустимым. Тем не менее уже через год в деле *Trupiano v. United States* (1948) Суд вернулся к ранее выраженной позиции по делу *Go-Bart Importing Co. v. United States*, подчеркнув приоритет обыска на основании ордера, если такой ордер возможно получить. В 1950 г. Суд вновь отклонил это правило, указав в деле *United States v. Rabinowitz*, что нужно оценивать не разумную возможность получить ордер, а тот факт, был ли сам обыск обоснованным⁹.

Американские исследователи полагают, что полномочия полиции на обыск в ходе законного ареста были наиболее последовательно закреплены в следующих нескольких решениях. По делу *California v. Chimel* (1969) полиция арестовала лицо, которое предположительно участвовало в краже со взломом из денежного хранилища, в его доме. Без согласия лица и ордера был проведен обыск окрестностей дома и гаража, в результате которого были обнаружены монеты, медали и иные доказательства совершения кражи. Верховный суд США признал недействительными результаты столь широкого обыска, но одновременно подтвердил право на обыск в ходе законного ареста. По мнению большинства судей, такое право ограничено обыском самого лица и зоны, которая им непосредственно контролируется (*immediate control*), где могут находиться оружие или доказательства, которые можно уничтожить. Общие помещения обыскивать не допускается¹⁰. Данное решение вызвало споры о том, достаточно ли самого факта ареста для проведения обыска без ордера или необходимо наличие иных обстоятельств, которые могут свидетельствовать о том, что доказательства будут уничтожены или сотруднику полиции угрожает опасность¹¹.

В 1973 г. решения по делам *United States v. Robinson* и *Gustafson v. Florida* обосновали более широкие возможности по проведению обыска без ордера. В первом случае полиция остановила автомобилиста, так как были основания полагать, что у него отозваны водительские права. Водитель предъявил фальшивое удостоверение, после чего был арестован и доставлен в полицейский участок, где был произведен полный обыск. В кармане автомобилиста была найдена смятая пачка сигарет, в которой находились 14 желатиновых капсул с героином. Суд признал его виновным во владении наркотиками, однако приговор был отменен апелляционной инстанцией. Было признано, что при аресте за преступление, не требующее дополнительных доказательств, обыск без ордера должен ограничиваться поисками оружия. Однако Верховный суд США отменил дан-

⁸ *Iaquinta J.* Interpreting Search Incident to Arrest in New York: Past, Present, and Future // *Touro Law Review*. 2014. Vol. 30. No 4. P. 1074–1075.

⁹ *Ibid.* P. 1075.

¹⁰ *Logan W.A.* *Op. cit.* P. 391–392.

¹¹ *Ibid.* P. 392.

ное решение, постановив, что полный обыск арестованного и доставленного в полицию лица — это не только исключение из правила о необходимости получения ордера, это еще и обоснованный обыск в смысле Четвертой поправки¹².

В тот же день было принято решение по второму делу, в котором обвиняемый, арестованный за вождение без прав, был осужден за незаконное владение марихуаной, найденной в пачке сигарет, находившейся при нем во время ареста. Верховный суд США постановил, что полный обыск законно арестованного лица не нарушает Четвертую и Четырнадцатую поправки¹³.

Верховный суд США разграничивает объекты, которые находятся непосредственно у арестованного, например, в кармане его рубашки, и объекты в зоне его непосредственного контроля. Так, в делах *United States v. Robinson* и *United States v. Edwards* (1974) полиция имела право обыскать предметы, находящиеся на арестованном (одежду, карманы и их содержимое), даже после ареста и в ином месте (в полицейском участке). По делу *United States v. Chadwick* (1977) Суд указал на недопустимость обыска без ордера объектов, находящихся не на арестованном, а в зоне его непосредственного контроля (например, запечатого ящика в багажнике автомобиля), при отсутствии чрезвычайных обстоятельств¹⁴.

Обыск сотового телефона в ходе законного ареста: практика федеральных апелляционных (окружных) и районных судов США. До того, как Верховный суд США сформулировал свою правовую позицию, большинство нижестоящих судов руководствовались тем, что сотовый телефон, находящийся при арестованном, необходимо рассматривать так же, как любой другой объект (контейнер). Однако некоторые судьи и ученые-юристы все же сомневались в возможности применения прецедентов, созданных в доцифровую эпоху¹⁵. Многие исследователи обратили внимание на то, что информация в сотовых телефонах может быть удалена арестованным или его соучастниками с помощью удаленного доступа. Предотвратить это можно, лишь вынув батарейку или поместив телефон в сумку Фарадея, блокирующую электромагнитные волны. Задержка в получении иной информации, содержащейся в телефоне, эквивалентна ее разрушению, в частности, соучастники преступления могут сменить номера. Следовательно, получение ордера способно существенно отсрочить обыск сотового телефона и сделать его результаты бесполезными¹⁶.

До соответствующего решения Верховного суда США существовало четыре основных подхода к данной проблеме.

1. Допустимость полного обыска сотового телефона в ходе законного ареста. Данного подхода придерживались пять окружных судов, а также множество районных судов и судов отдельных штатов¹⁷.

По делу *People v. Diaz* (2011) Верховный суд штата Калифорния признал законным обыск сотового телефона при аресте без получения ордера, сославшись на прецеденты

¹² Downey T.E. Jr., Alcox P.J., Harper T.F., Kieffer M. Case Comment, *United States v. Robinson* // *Cleveland State Law Review*. 1974. Vol. 23. P. 135–136.

¹³ *Ibid.* P. 136–137.

¹⁴ Brown P. Searches of Cell Phones Incident to Arrest: Overview of the Law As It Stands and a New Path Forward // *Harvard Journal of Law & Technology*. 2014. Vol. 27. No 2. P. 574.

¹⁵ *Ibid.* P. 566–567.

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ *Ibid.* P. 567–568.

United States v. Robinson и *United States v. Edwards*. При этом Суд не усмотрел отличий между сотовыми телефонами и иными предметами, находящимися у арестованного, например, пачкой сигарет¹⁸.

По делу *People v. Riley* (2013) автомобиль подсудимого задержала полиция, был произведен обыск, причиной которого стали просроченные водительские права. В автомобиле были обнаружены заряженные пистолеты. Подсудимого арестовали, а его смартфон был изъят. Вдобавок к иным признакам принадлежности к банде «Бладс» (*Bloods*), полицейский нашел соответствующую информацию в его сотовом телефоне. Два часа спустя другой полицейский обнаружил в телефоне множество фото и видео, которые стали впоследствии доказательствами при вынесении приговора по иным преступлениям, связанным с участием в банде. Апелляционный суд штата, опираясь на решение Верховного суда штата Калифорния, подтвердил, что обыск сотового телефона без ордера разрешен, если он производится в ходе законного ареста, при условии, что телефон «непосредственно связан» с арестованным¹⁹.

Преимуществом подобной точки зрения является установление четких критериев для полиции и частных лиц. Среди ее недостатков следует назвать чрезмерное расширение пределов обыска в ходе законного ареста. Так, около 90% американцев хранят в телефоне свои фотографии, дневники, частную переписку и даже информацию о своем местонахождении. Другая проблема связана с получением доступа к информации, находящейся не непосредственно в телефоне, а в облачном хранилище. С позиций традиционной доктрины полиция вправе обыскать только то, что находится непосредственно при арестованном, т.е. информация на удаленных серверах исследованию не подлежит²⁰.

2. Допустимость обыска сотового телефона в ходе законного ареста с целью предотвращения неминуемого уничтожения доказательств или обеспечения безопасности сотрудника полиции²¹. Так, по делу *United States v. Wurie* (2014) подсудимый был арестован за продажу наркотиков. На его раскладной сотовый телефон в отделении полиции стали поступать звонки с надписью «мой дом». Раскрыв его, полицейские обнаружили фотографию женщины с ребенком и номер телефона, после чего был вычислен домашний адрес и произведен обыск. Полицейские обнаружили в доме наркотические средства и оружие. Подсудимый был признан виновным, однако апелляционная инстанция отменила данное решение, постановив, что сотовые телефоны отличаются от других вещественных доказательств, получаемых в ходе законного ареста, поскольку они содержат большее количество личной информации и их нельзя сравнивать с иными объектами для ее хранения. Следовательно, правило о допустимости обыска в ходе законного ареста не распространяется на сотовые телефоны²². В то же время суд признал возможность обыска последних без ордера при наличии чрезвычайных обстоятельств, если у полиции есть основание полагать, что в телефоне содержатся доказательства совершения преступления и необходимо действовать незамедлительно²³.

¹⁸ Mayer M., Neumeyer C. No Warrant Needed to Search a Cell Phone Found on an Arrestee // AELE Monthly Law Journal. 2011. No 3. P. 401–402.

¹⁹ Little R.K. Annual Review of the Supreme Court's Term Criminal Cases (2013–2014): Summaries. San Francisco: University of California, Hastings College of the Law, 2014. P. 10.

²⁰ Brown P. Op. cit. P. 567–569.

²¹ Ibid. P. 570–571.

²² Little R.K. Op. cit. P. 10.

²³ Brown P. Op. cit. P. 571.

Сходную аргументацию использовал Верховный суд штата Огайо по делу *State v. Smith* (2009), отметив, что сторона обвинения обязана предъявить доказательства, что журнал звонков и телефонные номера находились под угрозой неизбежного уничтожения²⁴.

3. Допустимость обыска сотового телефона в ходе законного ареста лишь при наличии чрезвычайных обстоятельств, что обосновано фикцией о его местонахождении²⁵. В деле *United States v. Park* (2007) Суд Северного округа Калифорнии постановил, что для целей обыска в ходе законного ареста современные сотовые телефоны не могут рассматриваться как объекты, находящиеся непосредственно при арестованном, так как содержат большое количество информации. При этом их необходимо отличать от иных электронных устройств с небольшой памятью, например, пейджеров²⁶.

Сотовый телефон находится в зоне непосредственного контроля лица, следовательно, согласно решению по делу *United States v. Edwards* его обыск без ордера недопустим при отсутствии чрезвычайных обстоятельств. По сути, Суд создал юридическую фикцию, исходя из местонахождения телефона и тем самым избегая рассмотрения вопроса о характере сведений, хранящихся в нем²⁷.

4. Допустимость обыска сотового телефона для поиска доказательств лишь того преступления, которое стало основанием для ареста²⁸. Суд первой инстанции в деле *United States v. Quintana* (2009) признал недопустимыми доказательства преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотиков, найденные в сотовом телефоне лица, арестованного во Флориде за вождение с приостановленными водительскими правами. Это обосновывалось тем, что преступление, послужившее основанием для ареста, не давало повода полагать, что в сотовом телефоне находятся доказательства его совершения. Однако в литературе указывается на противоречивость данного решения. Так, во Флориде подобное преступление требует вины в форме знания лица о том, что его водительские права были приостановлены. Вопрос о том, могли ли полицейские искать доказательства такого знания в телефоне (например, в тексте сообщений), остается открытым²⁹. Исследователи также отмечают, что подобный подход не позволяет учесть специфики обыска при аресте на основании странностей поведения, когда отсутствуют ясные сведения о том, какое именно было совершено преступление³⁰.

Доктринальные предложения об ограничении пределов обыска сотового телефона без ордера в ходе законного ареста. Ряд авторов признавал допустимость подобного обыска, при этом предлагая ограничить объем информации, которая может быть исследована с использованием следующих способов.

1. Интернет-тест, согласно которому то, что доступно без подключения к Сети, полиция вправе обыскать без ордера (в частности, список контактов, фотографии, журнал звонков и текстовые сообщения), иные разделы телефона обыску не подлежат (например, история просмотра интернет-страниц и большинство мобильных приложений). При этом сотрудники полиции смогут легко определить, требует ли приложение досту-

²⁴ Ibid. P. 571–572.

²⁵ Ibid. P. 574.

²⁶ O'Connor E. The Search for a Limited Search: The First Circuit Denies the Search of Cell Phones Incident to Arrest in *United States v. Wurie* // Boston College Law Review. 2014. Vol. 55. No 6. P. 67.

²⁷ Brown P. Op. cit. P. 574.

²⁸ Ibid. P. 575.

²⁹ Ibid. P. 575–576.

³⁰ Оконенко Р.И. Указ. соч. С. 107–108.

па в Интернет, отключив телефон от Сети³¹. Однако некоторые исследователи сомневались, что такой подход будет правильным, указывая на изменяющиеся технологии. Так, многие компании предпочитают помещать сообщения в облачные хранилища, а приложения, доступные с помощью Интернета, иногда сохраняют небольшое количество информации на телефоне³².

2. Функциональный тест, который ограничивает пределы обыска, исходя из традиционных функций сотового телефона. Таким образом, сотрудник полиции вправе обыскать без ордера журнал звонков и сообщений, содержание сообщений, адресную книгу. Электронная почта, фотографии, приложения, а также иные разделы телефона, функции которых напоминают компьютер, требуют получения ордера³³.

3. Тест открытого приложения, который позволяет исследовать только работающие на момент обыска программы. Данный подход вызывает возражения, так как современные мобильные устройства позволяют с легкостью открывать и закрывать приложения и тем самым препятствовать деятельности полиции³⁴.

4. Ограничение количества воздействий на операционную систему и программы телефона. Исследователи подчеркивают: неясно, по каким критериям следует выбрать конкретное количество таких воздействий. К тому же многие операции можно выполнять разными путями, что потребует разного количества воздействий³⁵.

Правовая позиция Верховного суда США по вопросу допустимости обыска сотовых телефонов в ходе законного ареста была сформулирована и принята судьями единогласно в 2014 г. по делам *Riley v. California* и *United States v. Wurie*. Она состоит в том, что при отсутствии чрезвычайных обстоятельств полиция не вправе подвергать обыску сотовый телефон без ордера, даже в ходе законного ареста³⁶. Решение сформулировал судья Дж. Робертс, отметив следующее:

- обоснованность обыска является важнейшим требованием Четвертой поправки к Конституции США. Обыск требует получения судебного ордера, кроме специальных исключений. Обыск в ходе законного ареста — это и есть такое исключение. При этом такие обыски проводятся чаще, чем по ордеру;
- правила, сформулированные в деле *United States v. Robinson*, не распространяются на сотовые телефоны. В этом деле Верховный суд США постановил, что для обыска предметов, находящихся при арестованном в ходе законного ареста, не требуется дополнительного обоснования. Однако сотовые телефоны отличаются от иных предметов, так как содержат множество персональной информации в цифровом виде, доступ к которой обычно требует получения ордера;
- общество стремится создать твердые правила для правоохранительных органов, однако защита неприкосновенности частной жизни требует издержек. Современные сотовые телефоны являются неотъемлемой частью повседневной жизни, это очевидно даже пришельцу с Марса. Приравнивать их к записной книжке — все равно, что не различать полет на Луну и поездку на лошадях;

³¹ O'Connor E. Op. cit. P. 71.

³² Brown P. Op. cit. P. 569–570.

³³ Beutler S. The New World of Mobile Communication: Redefining the Scope of Warrantless Cell Phone Searches Incident to Arrest // Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law. 2013. Vol. 15. No 2. P. 401.

³⁴ Оконенко Р.И. Указ. соч. С. 108–109.

³⁵ Там же. С. 109.

³⁶ Little R.K. Op. cit. P. 10.

- цифровые данные сами по себе не могут быть использованы в качестве оружия. Следовательно, когда полицейский изъял телефон, соображения безопасности исчезают. Удаленное подключение к телефону и возможность уничтожения информации также не составляют серьезной проблемы, так как существуют специальные средства для преодоления этих угроз;

- в будущем могут быть сформулированы исключения из сформулированного правила на основании конкретных дел³⁷.

Судья С. Алито признал решение Суда правильным, но добавил несколько собственных аргументов. По его мнению, обыск в ходе законного ареста обосновывается не только соображениями безопасности и предотвращения уничтожения доказательств, но и общей необходимостью получения убедительных доказательств. В противном случае обширные пределы такого обыска, который распространяется на неопасные и уже изъятые предметы, не имеет смысла. Законодатель, а не суд обладает лучшей возможностью для разумного разграничения допустимости и недопустимости обыска определенных разделов сотового телефона без ордера, основываясь на категориях информации, находящейся в телефоне, а возможно и на других особенностях³⁸.

Судья Алито также указал, что Суд обеспечил большую защиту информации в цифровой форме, нежели вещественным доказательствам, хотя их содержание может быть одинаковым. Так, адрес, записанный на бумажке, может быть получен сотрудниками полиции без ордера, а содержащийся в телефоне — нет; фотография из бумажника может быть просмотрена, а с сотового телефона — нет³⁹. Указанная правовая позиция Верховного суда США хотя и внесла необходимую ясность, однако разрешила далеко не все проблемные вопросы. В связи с этим в американской литературе обозначены границы ее возможного применения нижестоящими судами.

1. Данная позиция относится только к обыску при аресте. Это открывает возможность для признания законным обыска сотового телефона без ордера в других ситуациях, не связанных с последним⁴⁰. Так, например, доктрина открытого вида или видного места (*plain view exception*) позволяет обыскивать доказательства, если это возможно сделать без проникновения в частные владения. Следуя данной логике, можно дать полицейскому, законно находящемуся в квартире и увидевшему сообщение на экране телефона о причастности к преступной деятельности, право обыскать такой телефон⁴¹.

2. Верховный суд США не уточнил, какие именно технические средства, в том числе осуществляющие автоматическое извлечение и анализ данных, могут применяться для изучения сотовых телефонов. Этот вопрос уже стал предметом рассмотрения нижестоящих судов в отношении компьютеров. Так, по делу *United States v. Schlingloff* (2012) суд Центрального округа Иллинойса постановил, что эксперты не вправе использовать автоматические фильтры для обнаружения доказательств, которые находятся за пределами основания, на котором был выдан ордер. По данному делу эксперт использовал такие фильтры для поиска файлов с детской порнографией на компьютере, в то время как ордер был выдан в связи с

³⁷ Ibid. P. 10–11.

³⁸ Ibid. P. 11.

³⁹ Moore J., Langton J., Pochron J. The Cost of Privacy: Riley v. California's Impact on Cell Phone Searches // Journal of Digital Forensics, Security and Law. 2014. Vol. 9. No 3. P. 10.

⁴⁰ Wong M. United States v. Camou: Warrantless Cell Phone Searches after Riley v. California // Legal Issues Journal. 2015. Vol. 3. No 2. P. 120.

⁴¹ Moore J., Langton J., Pochron J. Op. cit. P. 10–11.

расследованием кражи. В то же время у эксперта сохранялась законная возможность обыскать компьютер на предмет порнографии без применения фильтров⁴².

3. Несмотря на приведенную аналогию между сотовыми телефонами и компьютерами, рассмотренная правовая позиция, скорее всего, применима лишь к первым. Судьи прямо не указали на ее действие в отношении iPad или iPod и иных подобных устройств⁴³.

Такой вывод может показаться весьма нелогичным. В связи с этим интересно отметить, что исходя из изученного опыта США, в отечественной литературе было сформулировано предложение об установлении в уголовно-процессуальном праве России запрета на «обыск без судебного решения не определенной технологии, например, сотового телефона, но любого электронного носителя информации, обладающего значительным объемом памяти и (или) способностью получать сведения посредством удаленного доступа (в том числе через информационно-телекоммуникационную сеть Интернет)»⁴⁴.

4. Обыск сотового телефона без ордера был признан допустимым при наличии чрезвычайных обстоятельств. Верховный суд США привел два примера: а) если подозреваемый, по всей видимости, посылает сообщения соучастнику о необходимости привести в действие взрывное устройство; б) если телефон, вероятно, содержит информацию о месте нахождения похищенного ребенка. Эти примеры свидетельствуют о возможности существенного расширения случаев обыска сотового телефона без ордера нижестоящими судами. Однако теперь уже очевидно, что возможность удаленного уничтожения или шифрования информации, находящейся в телефоне, нельзя относить к чрезвычайным обстоятельствам⁴⁵.

Таким образом, нижестоящие суды не раз столкнутся с необходимостью толкования позиции Верховного суда США. В связи с этим в литературе обоснованно отмечается, что само по себе его решение не способно поставить точку в имеющейся юридической дискуссии⁴⁶.

Полагаем, что изученный зарубежный опыт со всеми его достоинствами и недостатками поможет более глубоко и всесторонне оценить современные потребности отечественного уголовного процесса, как с точки зрения представителей власти, так и с точки зрения защиты прав личности, и сформулировать научно обоснованные предложения, направленные на совершенствование законодательства и правоприменительной практики.



Библиография

Конституции зарубежных государств / сост. В.В. Маклаков. 3-е изд. М.: БЕК, 2000. 592 с.

Махов В.Н., Пешков М.А. Уголовный процесс США (досудебные стадии). М.: Интел-Синтез, 1998. 208 с.

Оконенко Р.И. «Электронные доказательства» и проблемы обеспечения прав граждан на защиту тайны личной жизни в уголовном процессе: сравнительный анализ законодательства Соединенных Штатов Америки и Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2016. 158 с.

Пешков М.А. Арест и обыск в уголовном процессе США: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998. 36 с.

⁴² Ibid. P. 11–12.

⁴³ Ibid. P. 11–12.

⁴⁴ Оконенко Р.И. Указ. соч. С. 11–12.

⁴⁵ Moore J., Langton J., Pochron J. Op. cit. P. 12.

⁴⁶ Ibid. P. 10.

Brown P. Searches of Cell Phones Incident to Arrest: Overview of the Law As It Stands and a New Path Forward // *Harvard Journal of Law & Technology*. 2014. Vol. 27. No 2. P. 563–586.

Beutler S. The New World of Mobile Communication: Redefining the Scope of Warrantless Cell Phone Searches Incident to Arrest // *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*. 2013. Vol. 15. No 2. P. 375–405.

Downey T. E. Jr., Alcox P.J., Harper T.F., Kieffer M. Case Comment, *United States v. Robinson* // *Cleveland State Law Review*. 1974. Vol. 23. P. 135–150.

Iaquinta J. Interpreting Search Incident to Arrest in New York: Past, Present, and Future // *Touro Law Review*. 2014. Vol. 30. No 4. P. 1071–1100.

Little R.K. Annual Review of the Supreme Court's Term Criminal Cases (2013–2014): Summaries. San Francisco: University of California, Hastings College of the Law, 2014. IV + 41 p.

Logan W.A. An Exception Swallows a Rule: Police Authority to Search Incident to Arrest // *Yale Law & Policy Review*. 2000. Vol. 19. No 2. P. 381–441.

Mayer M., Neumeyer C. No Warrant Needed to Search a Cell Phone Found on an Arrestee // *AELE Monthly Law Journal*. 2011. No 3. P.401–406.

Moore J., Langton J., Pochron J. The Cost of Privacy: *Riley v. California*'s Impact on Cell Phone Searches // *Journal of Digital Forensics, Security and Law*. 2014. Vol. 9. No 3. P. 7–18.

O'Connor E. The Search for a Limited Search: The First Circuit Denies the Search of Cell Phones Incident to Arrest in *United States v. Wurie* // *Boston College Law Review*. 2014. Vol. 55. No 6. P. 59–73.

Ray J. Constitutional Law — Warrantless Searches — Whether The Search Incident to Arrest Exception Should Apply to Data Stored on Cellular Phones // *Tennessee Journal of Race, Gender & Social Justice*. 2014. Vol. 3. No 2. P. 211–216.

Wong M. *United States v. Camou*: Warrantless Cell Phone Searches after *Riley v. California* // *Legal Issues Journal*. 2015. Vol. 3. No 2. P. 117–135.

Cell Phone Search during Lawful Arrest in US Criminal Procedure



Irina I. Nagornaya

Senior Lecturer, Criminal Law and Criminalistics Department, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitkaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: irnag@yandex.ru



Abstract

The paper studies the legality of warrantless cell phone search incident to a lawful arrest in the US criminal procedure. The author emphasizes the value of this experience to solve the problems arising in the Russian criminal procedure, because, as experts point out, Russian legislator doesn't take into account particular qualities of evidences obtained from electronic sources. The author analyzes the attitude of the US Supreme Court formulated on the basis of the Fourth Amendment to the US Constitution prohibiting unreasonable searches in relation to a search incident to a lawful arrest. The Court differentiated search of the arrested person and the objects in the zone of his immediate control and highlighted the possible targets of search — to secure police officers and to prevent the destruction of evidence. Next, the author studies the positions of lower courts which addressed this issue in various ways — from unlimited phone searches without a warrant to a total ban of such searches in the absence of the exigent circumstances. Then, the author analyzes the doctrinal positions about the restriction of warrantless cell phone search incident to a lawful arrest: internet-based test; functional test; open application test; limiting the number of operations committed by police officers. The criticism of these approaches is presented. The author studies the main arguments of the US Supreme Court, which in 2014 in cases *Riley v. California* and *United States v. Wurie* declared unconstitutional the search of a cell phone without obtaining a warrant, even if it is incident to a lawful arrest. The opinion concurring in part is presented by Judge Alito, who, in particular, pointed out that the legislator should draw reasonable distinctions regarding when and what information within a phone can be searched

incident to arrest without obtaining a warrant. Finally, the author studies the problems that are not still resolved by US Supreme Court. The most important of them is the applicability of these rules to tablets and other similar devices.



Keywords

search; warrant; cell phone; search incident to a lawful arrest; criminal procedure; US Supreme Court.

Citation: Nagornaya I.I. (2016) Cell Phone Search during Lawful Arrest in US Criminal Procedure. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 148–158 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.3.148.158



References

Beutler S. (2013) The New World of Mobile Communication: Redefining the Scope of Warrantless Cell Phone Searches Incident to Arrest. *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*. Vol. 15, no 2, pp. 375–405.

Brown P. (2014) Searches of Cell Phones Incident to Arrest: Overview of the Law As It Stands and a New Path Forward. *Harvard Journal of Law & Technology*. Vol. 27, no 2, pp. 563–586.

Downey T. E. Jr., Alcox P.J., Harper T.F., Kieffer M. (1974) Case Comment, United States v. Robinson. *Cleveland State Law Review*. Vol. 23, pp. 135–150.

Iaquinta J. (2014) Interpreting Search Incident to Arrest in New York: Past, Present, and Future. *Touro Law Review*. Vol. 30, no 4, pp. 1071–1100.

Little R.K. (2014) Annual Review of the Supreme Court's Term Criminal Cases (2013–2014): Summaries. San Francisco: University of California, Hastings College of the Law, IV + 41 p.

Logan W.A. (2000) An Exception Swallows a Rule: Police Authority to Search Incident to Arrest. *Yale Law & Policy Review*. Vol. 19, no 2, pp. 381–441.

Makhov V.N., Peshkov M.A. (1998) *Ugolovnyy protsess SShA (dosudebnye stadii)* [US Criminal Process (Prejudicial Stage)]. Moscow: Intel-Sintez, 208 p. (in Russian)

Maklakov V.V. (ed.) (2000) *Konstitutsii zarubezhnyy gosudarstv* [Constitutions of Foreign States]. Moscow: BEK, 592 p. (in Russian)

Mayer M., Neumeyer C. (2011) No Warrant Needed to Search a Cell Phone Found on an Arrestee. *AELE Monthly Law Journal*, no 3, pp. 401–406.

Moore J., Langton J., Pochron J. (2014) The Cost of Privacy: Riley v. California's Impact on Cell Phone Searches. *Journal of Digital Forensics, Security and Law*. Vol. 9, no 3, pp. 7–18.

O'Connor E. (2014) The Search for a Limited Search: The First Circuit Denies the Search of Cell Phones Incident to Arrest in United States v. Wurie. *Boston College Law Review*, Vol. 55, No 6, pp. 59–73.

Okonenko R.I. (2016) «Elektronnye dokazatel'stva» i problemy obespecheniya prav grazhdan na zashchitu tayny lichnoy zhizni v ugovnom protsesse: sravnitel'nyy analiz zakonodatel'stva Soedinennykh Shtatov Ameriki i Rossiyskoy Federatsii: (dis. ... kand. yurid. nauk) [Electronic Evidence and Issues of Securing Privacy in Criminal Process: Comparative Analysis. [Candidate of legal sciences dissertation]]. Moscow, 158 p.

Peshkov M.A. (1998) *Arest i obysk v ugovnom protsesse SShA: avto-ref. dis. ... kand. yurid. nauk* [Arrest and search in US Criminal Process (Summary of candidate of juridical sciences dissertation)]. Moscow, 36 p.

Ray J. (2014) Constitutional Law — Warrantless Searches — Whether The Search Incident to Arrest Exception Should Apply to Data Stored on Cellular Phones. *Tennessee Journal of Race, Gender & Social Justice*. Vol. 3, no 2, pp. 211–216.

Wong M. (2015) United States v. Camou: Warrantless Cell Phone Searches after Riley v. California. *Legal Issues Journal*. Vol. 3, no 2, pp. 117–135.