

*А.К.Утарбаев**

О НЕКОТОРЫХ ГАРАНТИЯХ ЗАЩИТЫ ПРАВА ЧЕЛОВЕКА НА НЕПРИКОСНОВЕННОСТЬ ЧАСТНОЙ ЖИЗНИ ПРИ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ КОНТРОЛЯ И ЗАПИСИ ПЕРЕГОВОРОВ

Реализация государством полномочий негласно прослушивать телефонные переговоры, вскрывать почту своих граждан не должна влечь за собой умаление или отрицание их права на неприкосновенность частной жизни. Необходимо чтобы установленные процедуры проведения и получения разрешения на производство этих действий сами по себе предоставляли соответствующие и равные гарантии для защиты прав граждан.

Впервые на законодательном уровне прослушивание и запись телефонных и иных переговоров получили закрепление после введения в Основы уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик ст. 35-1. До закрепления этой статьи в Основах среди процессуалистов велась дискуссия о допустимости легализации прослушивания в качестве средства раскрытия преступления. Высказывались мысли о категорическом запрете этой меры как недопустимой в демократическом обществе¹. Законодательное закрепление этой меры в Основах, а вслед за этим в УПК РСФСР и УПК РФ, оживив прежние, вызвало и несколько иные дискуссии по поводу сущности этой меры. Соглашаясь с необходимостью закрепления этой меры в законе как эффективного инструмента раскрытия тяжких преступлений, метода борьбы с ростом организованной преступности в России, С.А. Шейфер считает, что по своей сущности прослушивание переговоров является не следственным действием, а типичным оперативно-розыскным мероприятием². Эта точка зрения нашла поддержку в науке. Так, по мнению Г. Козырева, «производство следственного действия должно быть регламентировано от начала до конца. Обычно оно производится следователем с участием понятых и не может содержать никаких негласных, секретных аспектов»³. В данном же случае непосредственные операции по собиранию сведений (негласное подключение прослушивающих устройств к каналу связи, звукозапись переговоров и т.д.) осуществляет не сам следователь, а соответствующий орган дознания, деятельность которого носит закрытый характер. Следователь лишь организует это мероприятие и занимается процессуальным оформлением его результатов⁴. По мнению ряда других авторов, контроль и запись переговоров обладают всеми признаками самостоятельного следственного действия⁵.

Статья 35-1 Основ допускала выдачу разрешения на осуществление названной меры альтернативно прокурором или судом. В результате создавалась ситуация, в которой прослушивание переговоров могло применяться, санкционироваться и находиться под надзором одного органа — прокуратуры. В УПК РФ порядок получения разрешения на производство контроля и записи переговоров регламентируется ч.2 ст. 13 (нормой-принципом) и частями 1-4 ст. 165 УПК РФ (процедурными нормами). Согласно этим нормам, разрешение на производство названной меры выда-

* © Утарбаев А.К., 2006

Утарбаев Артур Кожикеевич — кафедра уголовного процесса и криминалистики Самарского государственного университета

ется только судом. Принципиальным результатом нововведений стало разделение полномочий между властями, выполняющими и контролирующими (органы расследования и прокурор) эту меру, и властями, ее санкционирующими (суд). Законодательство в отношении названной меры в обязательном порядке требует осуществления предварительного судебного контроля, допускает текущий прокурорский надзор и последующий судебный контроль за ее производством.

Санкционировать прослушивание переговоров может только суд и только в связи с обращением к нему представителей органов расследования за разрешением на осуществление этой меры. Письменное обращение следователя к суду предварительно должно быть одобрено прокурором. Без согласия прокурора непосредственное обращение следователя в суд за получением разрешения невозможно.

Соотношение контрольных (надзорных) полномочий прокурора и суда, которые ранее могли альтернативно выдавать разрешение на осуществление названной меры, изменилось. Предварительный судебный контроль стал необходимой частью процедуры принятия решения о производстве этого действия. Таким образом, система органов расследования и прокуратуры перестала быть автономной и самодостаточной системой в принятии решений о производстве названной меры, она является лишь инициатором ее применения. Суд стал исключительным органом, принимающим решения об осуществлении уголовно-процессуальных мер, сопряженных с ограничением права человека на тайну переписки и телефонных переговоров.

Исключительная роль суда заключается в том, чтобы предупредить и пресечь незаконное и необоснованное ограничение права каждого на тайну переписки и телефонных переговоров на этапе принятия решений. В ходе предварительной судебной проверки судья принимает на себя ответственность за проверяемые решения органов расследования. Выдавая разрешение на осуществление названной меры, судья констатирует законность соответствующих обращений следователя и наличие для производства этого действия достаточных оснований, тем самым констатируя законность и обоснованность ограничения права подконтрольного лица на тайну переписки и телефонных переговоров. Процедура, в которой испрашивается судебное разрешение на проведение прослушивания переговоров, основана на изучении материалов, представленных прокурором и следователем. Она осуществляется негласно без права на участие в ней подконтрольных лиц, однако с предоставлением такого права прокурору и следователю.

Односторонность судебной процедуры получения разрешения на проведение названной меры вызвана ее конфиденциальным характером, участие в судебном заседании подконтрольного лица лишает это разрешение всякого смысла. Таким образом, эта процедура подчинена публичному интересу — сохранению тайны предварительного следствия. Возможности использования при рассмотрении дела состязательности и равноправия сторон здесь весьма ограничены, точнее, суд не в состоянии обеспечить состязание и равноправие сторон, ввиду отсутствия одной из них. Действительно, отсутствие одной из сторон нарушает симметрию, процедура становится квазисостязательной. Отсутствие состязания сторон, возможности у подконтрольного лица доказывать перед судом основания своих возражений против требований органа расследования, отстаивать свою позицию не может не сказаться на деятельности суда. Ролевая позиция судьи в этом случае может принимать как минимум три вида:

- судья без должной критики воспринимает позицию следователя, относится к своей роли формально, принимает решение ввиду одного лишь формального требования (ходатайства) органа расследования;

- судья объективен, сохраняя беспристрастность, проверяет наличие законных условий для проведения мероприятия, предъявляет к ходатайству следователя разумные требования относительно доказанности его оснований и принимает решение на основе своего убеждения, сформированного в результате исследования представленных доказательств;

- судья изначально занимает позицию защиты интересов подконтрольного лица, предъявляет чрезмерные требования к обоснованности ходатайства следователя, отказывает ему в разрешении на производство мероприятия.

Безусловно, что процессуально и психологически оправданной, идеальной ролью судьи в этом случае будет роль объективного контролирующего субъекта, не проявляющего излишнюю солидарность со следователем, готовность поддержать его позицию и в то же время не принимающего на себя функцию защиты. Представляется, что законодатель, вводя в досудебное производство фигуру судьи, идеальной видел именно такую его роль. Однако существующая регламентация процедуры получения разрешения на производство прослушивания переговоров и регламентация самого этого действия не позволяет с уверенностью сказать, что эта цель достигнута. В законе нет необходимых гарантий правомерности действий следователя, касающихся как оснований, так и порядка производства этой меры и фиксации полученных результатов. Эти гарантии могли бы восполнить недостаток состязательности в судебной процедуре и в этом смысле служить обеспечению защиты права подконтрольного лица на тайну переписки и телефонных переговоров от недопустимого ограничения.

На наш взгляд, при выдаче судом разрешения на производство указанного действия во внимание должно приниматься не только соблюдение формальных и фактических оснований, но и целесообразность проведения соответствующего мероприятия. Это значит, что суд не во всех случаях обращения следователя за разрешением, даже при наличии оснований, должен разрешать производство этого действия. Исключительный характер названной меры, соблюдение положений соразмерности при ее применении требуют от суда каждый раз устанавливать соответствие указанной меры не только цели (получение доказательственной информации), но и назначению уголовного процесса (обеспечение защиты личности, ее прав и свобод). Проблема целесообразности применения названной меры встает особенно остро, когда цель этой меры – получение доказательственной информации по тяжкому и особо тяжкому преступлению – может быть достигнута иным путем, выбор которого зависит от множества факторов. Достижение этой цели с помощью иных следственных действий может быть более затруднительно и трудоемко, но если их реализация не сопряжена с существенным ограничением конституционных прав граждан, то этот способ более предпочтителен. Как отмечает И.Ф. Демидов, «процессуальная система должна строиться с неременным учетом прав человека как фактора, сбалансированного с социальной потребностью борьбы с преступностью», вместе они «детерминируют само назначение процесса, содержание и формы процессуальной деятельности, средства и способы доказывания и т.д.».

Оценивая доказательства, представленные следователем в обоснование своего ходатайства, принимая во внимание соразмерность и целесообразность применения названной меры, судья, выдавая разрешение на ее осуществление, тем самым соглашается со следователем в том, что это единственно возможный, необходимый способ получения доказательств и что обойтись без него невозможно. Разрешая все эти вопросы, судья неминуемо вовлекается в обсуждение вместе со следователем вопро-

сов расследования конкретного преступления, оказывается причастным к их решению. Даже в том случае, когда судья отказывает следователю в выдаче разрешения, он все равно оказывает влияние на ход расследования, вносит в него определенные коррективы, заставляя следователя качественно и количественно дополнить фактические основания для повторного обращения или вынуждая его избрать другие способы получения интересующей информации. Вместе с этим не согласимся с мнением авторов, считающих, что предварительный судебный контроль «объективно оказывается элементом системы предварительного следствия»⁷, а своей контролирующей деятельностью судья «инициирует» продолжение обвинительной деятельности»⁸ следователя. Не следует считать, что судья, внося определенные коррективы в ход расследования итогами своей контролирующей деятельности, руководствуется целью обеспечить быстрое и эффективное расследование преступления и изобличение обвиняемого в его совершении. Его целью служит обеспечение прав участвующих в уголовном судопроизводстве лиц, а также иных лиц, права и свободы которых могут быть затронуты соответствующей мерой, речь идет о защите их прав от неправомерного ограничения. Решение судьи, имея контролирующее значение для органов расследования, инициируется и ограничивается рамками ходатайства, поданного этими органами, поэтому не суд инициирует и определяет выбор конкретных способов и методов расследования, а именно орган расследования.

Субъектами выполнения прослушивания переговоров являются представители органов расследования. Когда цель этого мероприятия достигнута, в нем отпала необходимость, истек срок судебного разрешения или установленный законом срок предварительного расследования по данному уголовному делу, следователь своим постановлением прекращает выполнение этой меры. По окончании этого действия или в ходе его производства следователь истребует от органа, которому поручено техническое осуществление этой меры, фонограмму для осмотра и прослушивания.

Предварительный контроль со стороны суда, непосредственное выполнение этой меры и сопровождающий ее текущий прокурорский надзор осуществляются без уведомления подконтрольного лица о применяемой мере. Закон не требует такого уведомления и по окончании этого мероприятия. Природа этого действия (конспиративность) делает невозможным уведомление подконтрольных лиц о его текущем проведении. Это касается этапов разрешения и выполнения названной меры и сопровождающего ее текущего прокурорского надзора. Эффективность указанного действия поставлена в прямопротивоположную зависимость от осведомленности подконтрольного лица о принимаемой мере контроля за его переговорами.

В ч. 7 ст. 186 УПК предусмотрено, что прослушивание фонограммы при необходимости может осуществляться с участием лиц, чьи переговоры записаны. Эту необходимость, как правило, связывают со стремлением следователя прояснить содержание записанных переговоров для того, чтобы определить их относимость или неотносимость к делу⁹. В принципе маловероятно, что следователь известит лицо о контроле за его переговорами, даже после его окончательного прекращения, поскольку это «представляло бы собой разглашение данных предварительного следствия и могло серьезно осложнить его ход»¹⁰. Безусловно, что уведомление лица о принимавшейся мере контроля за переговорами может снизить или вовсе «свести на нет» значимость полученной информации. Между тем специфика этого мероприятия (его продолжительность, негласный характер, широкое использование технических средств, вмешательство в личную жизнь значительного круга лиц) позволяет уже в ходе его выполнения допускать нарушения, совершать действия вне за-

конных целей его производства. В этом случае извещение подконтрольного лица о принимавшейся мере контроля будет предварительным шагом к возбуждению им процедуры последующего судебного контроля за действиями органов расследования по прослушиванию.

На наш взгляд, государство в силу позитивных обязательств по обеспечению права каждого на тайну переписки и телефонных переговоров обязано уведомлять подконтрольное лицо о принимавшейся мере контроля за его переговорами. Такая обязанность у государства возникает и в силу абсолютного права каждого на судебную защиту, которое не подлежит ограничению ни при каких условиях и обстоятельствах (ст. 46 и ч. 3 ст. 56 Конституции). Отказ государства от соответствующего уведомления лица, по сути, есть не что иное, как отказ ему в праве на судебную защиту. Отсутствие в законе указания на обязательное уведомление лица о принимавшейся мере контроля за его переговорами можно рассматривать как препятствие к доступу к эффективным средствам правовой защиты. Подконтрольное лицо в силу своей неосведомленности фактически лишается права начать процедуру обжалования действий и решений органов расследования, ибо его реализация ставится в зависимость от усмотрения публичных властей — уведомить или не уведомить лицо. Лицо, чьи права нарушены в ходе выполнения данной меры, имеет право оспорить правоприменительные акты и действия должностных лиц, в том числе в суде общей юрисдикции. Оспорить такие действия, доказать их незаконность с учетом того, что лицо в последующем не извещается о принимавшейся мере контроля, становится не решаемой задачей.

При этом речь должна идти не просто об извещении лица, как представляется, следует обязать органы расследования предоставить ему копии соответствующих ходатайств и решений суда, санкционировавших контроль и запись переговоров. «Непременной составляющей права на судебную защиту, как неоднократно отмечал Конституционный Суд Российской Федерации, является обеспечение заинтересованным лицам возможности представить свое мнение относительно доказательства в обоснование своей позиции, а также высказать свое мнение относительно позиции, занимаемой противоположной стороной и приводимых ей доводов; без ознакомления с вынесенным в отношении заинтересованного участника процесса решением и его обоснованием он не в состоянии не только должным образом аргументировать свою жалобу в суд, но и правильно определить, будет ли обращение в суд отвечать его интересам. Ограничения такого рода прав и возможностей участников уголовного судопроизводства, в том числе обвиняемых, были расценены Конституционным Судом Российской Федерации как не соответствующие статьям 45, 46 и 123 (часть 3) Конституции Российской Федерации»¹¹ в ряде его постановлений. Мы полагаем, что сформулированная Конституционным Судом РФ в его постановлениях правовая позиция в полной мере распространяется на отношения, связанные с обжалованием действий органов расследования по контролю и записи переговоров. Чтобы гарантировать соблюдение права каждого на судебную защиту, в законе должно содержаться положение, в соответствии с которым органы расследования обязаны уведомить заинтересованное лицо о принимавшейся мере контроля за его переговорами и предоставить ему копии соответствующих ходатайств и решений суда, санкционировавших данные действия. При этом уведомлять следует не только подконтрольное лицо, указанное в решении суда, но и третьи лица, которые сами не были затронуты соответствующим решением, но переговоры которых прослушивались (к примеру, эти лица пользовались устройством, поставленным на прослушивание, или были участниками диалога с подконтрольным лицом). Иначе непричастная и ни о чем не осведомленная третья сторона вообще будет лишена какой-либо

защиты, поскольку может так и не узнать, что ее переговоры были перехвачены и записаны.

Таким образом, участие суда в осуществлении данного мероприятия сводится к двум формам контроля — обязательной предварительной проверке наличия оснований для его проведения и последующему контролю уже за законностью самой процедуры мероприятия, иницируемому заинтересованным лицом. Текущий контроль со стороны суда за осуществлением этой меры законодательством не предусмотрен.

В отличие от суда, контроль которого за названной мерой осуществляется на этапе избрания или по ее окончании и иницируется подачей ходатайств или жалоб, прокурор может самостоятельно инициировать надзор за производством данной меры и осуществлять его в течение всего срока ее выполнения. В процессе осуществления надзора за данной мерой прокурор имеет право на доступ ко всем документам и материалам органов, которым поручено техническое осуществление контроля и записи переговоров, с учетом ограничений, предусмотренных ст. 21 Закона об ОРД. Непосредственное осуществление названной меры соответствующим органом является объектом не только прокурорского надзора, но также объектом ведомственного контроля со стороны начальника органа дознания. Несмотря на разветвленную систему контроля (надзора) за выполнением названной меры, ее многосубъектность, «нельзя признать, что такой контроль осуществляется независимыми органами, не связанными никакими служебными или субординационными связями»¹² Между тем Европейский Суд в решении по делу «Класс и другие против Германии»¹³ сформулировал применительно к прослушиванию переговоров главное требование осуществления названной меры — независимый текущий надзор за ее выполнением. В вышеназванном решении суд выразил свое предпочтение текущему судебному контролю за применением данной меры перед всеми иными его формами. На наш взгляд, в уже существующую систему контроля и надзора за названной мерой можно внести соответствующие изменения, которые позволят повысить ее эффективность (в смысле обеспечения права подконтрольных лиц на тайну телефонных переговоров и его защиты от незаконных ограничений со стороны органов расследования) и объективность. Представляется, что эффективность контроля за названной мерой может быть достигнута, если обязать следователя каждые пятнадцать дней с момента получения разрешения информировать суд о ходе прослушивания, результатах уже проведенной работы. При этом предоставить суду право досрочно отозвать свое разрешение, если он сочтет, что дальнейшее осуществление названной меры целесообразно или в процессе ее осуществления соответствующие органы допустили нарушения закона. Так или иначе, но изменения существующей системы контроля за применением названной меры, на наш взгляд, необходимы. Главным образом, изменения должны коснуться текущего контроля и надзора за применением названной меры. Осуществление негласного по своему характеру и продолжительного по времени мероприятия должно сопровождаться эффективным текущим контролем со стороны суда или иного органа, который бы занимал независимое по отношению к органам расследования положение.

В завершение следует сказать, что и регламентация этой меры в законодательстве, и ее применение при расследовании преступлений в равной мере должны быть подчинены необходимости борьбы с организованной преступностью, ростом тяжких преступлений, а также сохранения конституционных ценностей, всемерной охране прав личности. Являясь эффективным инструментом в борьбе с организованной преступностью, прослушивание переговоров не должно распространяться на сферу конституционно охраняемых прав и свобод законопослушных граждан.

Примечания

¹ Алексеева, Л.Б. / Лидия Алексеева // Государство и право. — 2000. — № 5. — С. 120. — Рец. на кн.: Личные тайны: (Человек и власть) / И. Л. Петрухин. — М., 1998. — 232 с.

² Шейфер, С.А. Следственные действия. Система и процессуальная форма. / С.А. Шейфер — М., 2001. С. 107; Он же. Следственные действия. Основание, процессуальный порядок и доказательственное значение / С.А. Шейфер — Самара: Изд-во «Самарский университет», 2004. С. 133.

³ Козырев Г. Документирование прослушивания и звукозаписи телефонных и иных переговоров // Законность. — 1993. — № 4. — С. 34.

⁴ Там же. — С. 35.

⁵ Козусев, А. Законность прослушивания телефонных и иных переговоров // Законность. — 1993. — № 2. — С. 9; Быков В. Контроль и запись телефонных и иных переговоров // Законность. — 2001. — № 10. — С. 12-14.

⁶ Обеспечение прав человека в сфере борьбы с преступностью / И.Ф. Демидов // Законность в Российской Федерации / под ред. Ю.А. Тихомирова, А.Я. Сухарева, И.Ф. Демидова. — М.: Спарк, 1998. — С. 142/

⁷ Роль судебной власти в обеспечении законности уголовного преследования / И.Ф. Демидов // Законность в Российской Федерации / под ред. Ю.А. Тихомирова, А.Я. Сухарева, И.Ф. Демидова. — М.: Спарк, 1998. — С. 163–164/

⁸ Ковтун Н.Н. Судебный контроль в уголовном судопроизводстве России: понятие, сущность, формы: дис.... док. юрид. наук / Ковтун Николай Николаевич. — Нижний Новгород? 2002. С. 173.

⁹ Шейфер, С.А. Следственные действия. Основание, процессуальный порядок и доказательственное значение / С.А. Шейфер. — Самара: Изд-во «Самарский университет», 2004. — С. 133.

¹⁰ Там же.

¹¹ Определение Конституционного суда РФ от 21 декабря 2000 г. № 285-О.

¹² Стандарты Европейского Суда по правам человека и российская правоприменительная практика // Сборник аналитических статей / под ред. М.Р. Воскобитовой. — М.: Анахарсис, 2005. — С. 311.

¹³ Класс (Klass) против Федеративной Республики Германии. Судебное решение от 6 сентября 1978 г. // Европейский Суд по правам человека. Избранные решения: в 2 т. Т.1. / под ред. В. А. Туманова. — М.: НОРМА, 2000. — С. 177.

A.K.Utarbayev

**ABOUT SOME GUARANTEES OF PROTECRION
OF HUMAN RIGHTS ON PERSONAL PRIVACY ON CONDUCTING
TELEPHONE CONVERSATOINS TAPPING**

The state powers realization concerning the telephone conversations tapping and the opening a mail of citizens should not be entailed the derogation or the negation of their rights on personal privacy. It is necessary that the fixed conducting procedures and permission receiving for production of these actions should be provided themselves the corresponded and equal guarantees for citizens' rights protection.