

КОВАЛЕВ Н.
*Доктор философии в области права (Ph.D. in law),
доцент (Associate Professor) кафедры криминологии
Университета Уилфрида Лорие (Wilfrid Laurier University), Канада*

**Анализ
отдельных положений Уголовно-процессуального Кодекса Республики
Казахстан, касающихся судебного контроля на этапе досудебного
производства¹**

Предмет настоящего анализа – текст статей Уголовно-процессуального Кодекса Республики Казахстан», касающихся судебного контроля на этапе досудебного производства, от 4 июля 2014 г. (далее УПК РК).

Цель анализа - исследование степени соответствия отдельных норм указанного закона основным стандартам прав и свобод человека в уголовном судопроизводстве, закрепленным в международном праве, Конституции Республики Казахстан, а также в законодательстве ряда зарубежных стран.

Анализ и выводы. Одним из существенных нововведений нового УПК РК является введение новой процессуальной фигуры - следственного судьи, роль которого будет заключаться в обеспечении судебного контроля за законностью досудебного производства.

Введение данной процессуальной фигуры может способствовать соблюдению принципа состязательности сторон на досудебной стадии уголовного судопроизводства.

Несомненно введение института следственного судьи является очень прогрессивным шагом в судебной реформе Республики Казахстан. Вместе с тем, на наш взгляд, выбор названия для нового института – следственный судья является не совсем удачным. Во-первых, термин «следственный» может интерпретироваться как юристами, так и гражданами как судья, осуществляющий расследование уголовных дел. Действительно, в зарубежном законодательстве и юридической литературе термин следственный судья скорее всего ассоциируется с французским институтом следственного судьи или *juge d'instruction*, который был введен во Франции в 1810 г., а затем был введен и в других европейских странах.² Традиционной функцией европейского следственного судьи являлось проведение предварительного расследования. В дореволюционной России данный институт назывался судебный следователь. В последние годы в некоторых странах Европы наметилась тенденция упразднения должности следственного судьи и передачи функций следствия органам полиции и прокуратуры. Вместе с тем, в некоторых европейских странах, например в Германии, Франции и Италии в последние годы была введена специальная должность судьи, который решает вопросы о применении ареста и надзирает за соблюдением прав и свобод личности в ходе предварительного следствия. Так, в Германии такой судья

¹ Настоящее заключение подготовлено Центром исследования правовой политики при технической поддержке Open Society Foundation. Мнения и взгляды, содержащиеся в заключении, не отражают точку зрения Open Society Foundation.

² См. например, Л.В. Головкин, Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. Москва: СПАРК, 1995, стр. 67.

называется *Ermittlungsrichter* или *судья по предварительному следствию*, во Франции – *juge des libertés et de la détention* или *судья по правам и предварительному заключению*, в Италии – *giudice per le indagini preliminari* или *судья по предварительному расследованию*.³ В этих европейских странах данный судья не участвует ни в предварительном расследовании, ни в рассмотрении уголовного дела по существу, т.е. принятии решения о виновности или невиновности подсудимого. Исходя из анализа текста УПК РК авторы закона вводят институт не следственного судьи, а институт судьи по правам и свободам на предварительном следствии.

Мы полностью поддерживаем передачу полномочий санкционировать арест и давать разрешение на некоторые другие следственные действия специальному судье. Следует отметить, однако, что нам представляется, что УПК РК неоправданно предоставляет полномочия по санкционированию обыска и выемки, негласных следственных действий, а также по применению мер пресечения, не связанных с содержанием под стражей с возложением на подозреваемого, обвиняемого, подсудимого обязанностей, предусмотренных ст. 140 ч. 3 УПК РК.

Вопрос о применении залога, а также других мер пресечения как альтернативы содержания под стражей должен решаться исключительно судьей, а не следователем или прокурором пусть даже при формальном разрешении судьи. Право применять залог, и, тем более, определять его сумму может также привести к злоупотреблениям со стороны правоохранительных органов, а также коррупции. Что касается такой меры как запрет на приближение к определенному лицу, то так как данная мера направлена на ограничение прав обвиняемого, то необходимо, чтобы решение о ее применении также применялось независимым от следствия и обвинения лицом, а не прокурором или следователем.

Основания задержания (ст. 128 УПК РК)

Статья 128 УПК РК содержит весьма широкий список оснований для задержания лица подозреваемых в совершении преступлений. На наш взгляд, некоторые из этих оснований слишком широки и могут привести к злоупотреблениям со стороны правоохранительных органов. Так, например, согласно п. 4 ч. 2 ст. 128 УПК РК подозреваемый может быть задержан когда в полученных в соответствии с законом материалах оперативно-розыскной деятельности и (или) негласных следственных действий в отношении лица имеются достоверные данные о совершенном или готовящемся им преступлении. На наш взгляд, данное положение может слишком широко толковаться сотрудниками правоохранительных органов. Кроме того, достоверность материалов ОРД или негласных следственных действий в случае задержания не подлежит предварительной проверке судебным органом.

Во многих правовых государствах полицейские, когда хотят задержать конкретного человека, должны обратиться к судье до задержания подозреваемого, и до того, как ему стало известно о намерении полиции задерживать его. В случае если полиция убеждает судью в необходимости задержания («ареста» по терминологии Международного пакта о гражданских и политических правах), они получают на это ордер и осуществляют задержание. Однако, казахстанское законодательство не содержит подобного положения и любое задержание производится полицией без предварительного на то разрешения со стороны суда. Вместо этого законодательство предусматривает в качестве меры пресечения содержание под стражей, как правило после того как лицо уже было задержано.⁴ Такая практика, на наш взгляд, противоречит международным стандартам в области защиты прав человека и способствует применению незаконных методов следствия для сбора необходимых доказательств для санкционирования ареста. УПК РК должен предусмотреть

³ Delmas-Marty, M. and Spencer, J.R. (eds.) (2005). *European Criminal Procedures*. Cambridge: Cambridge University Press.

⁴ Ст. 148 ч. 4 УПК РК.

две различные процедуры. Первая процедура должна касаться судебного санкционирования задержания или ареста по ордеру суда, при которой суд выносит решение о задержании лица, до его фактического задержания. Вторая процедура будет применяться в случаях, когда лицо было задержано без решения суда в случаях задержания на месте преступления.

Необходимость введения института задержания (ареста) по ордеру суда в Республике Казахстан объясняется рядом причин. Во-первых, казахстанская полиция может использовать возможность необоснованного задержания лица до санкции суда для получения признательных показаний даже в случаях, когда нет серьезных оснований подозревать задерживаемое лицо в совершении преступления. Нередко для получения признательных показаний и раскрытия преступления полиция грубо нарушает уголовно-процессуальное законодательство, путем применения пыток, запугивая, шантажируя и обманывая задержанных. Часто такие показания признаются судом допустимыми, так как подсудимому чрезвычайно трудно убедить судью в том, что к нему применялись незаконные методы следствия и дознания и, что его признательные показания были недобровольными. Наличие признательных показаний в деле часто приводит к обвинительному приговору даже в случаях когда подсудимый отказывается от признательных показаний на стадии судебного разбирательства, и нет прямых доказательств его вины. В таких случаях очень высока вероятность осуждения невиновных лиц. Институт задержания (ареста) по ордеру суда сократит случаи необоснованного задержания (ареста) лица полицией с целью «выбивания» признательных показаний.

Задержание лица на срок до 72 часов, кроме случаев задержания на месте преступления, является серьезным ограничением прав и свобод человека. Законность и обоснованность такого вмешательства государства в права и свободы граждан должна быть определена исключительно судом, основным защитником прав и свобод граждан от посягательств государства. Причем определение обоснованности и законности применения фактического задержания (ареста) к подозреваемому должно быть сделано, по возможности, не постфактум, а наоборот, до того, как государство нарушило права и свободы человека. В противном случае государство вряд ли способно компенсировать нарушение прав лица после его необоснованного и незаконного задержания.

Институт задержания (ареста) по ордеру суда повысит ответственность следственных органов перед судебной властью. Неограниченные полномочия полиции задерживать лицо на срок до 72 часов порождают чувство безнаказанности у сотрудников правоохранительных органов. Этот институт также бы стимулировал сотрудников полиции более эффективно расследовать преступления не только благодаря признательным показаниям задержанного, а путем тщательного криминалистического исследования следов преступления и других вещественных доказательств. Это в свою очередь повысит не только профессиональный уровень органов следствия и дознания, но и уровень доверия населения к правоохранительным органам. В этой связи представляется, что законодателю необходимо рассмотреть вопрос о том, что, кроме случаев задержания на месте преступления, правоохранительные органы должны обращаться в суд за специальным ордером на задержание (арест) подозреваемого. При этом суд должен иметь возможность для проверки материалов негласных следственных действий перед тем как выдать ордер на арест подозреваемого. Целесообразно рассмотреть каким образом данный вопрос регулируется в ряде зарубежных стран.

Германское право различает задержание на месте преступления (*in flagrante delicto*) от ареста по ордеру суда. Если существуют основания для выдачи ордера на арест, либо обвиняемый не явился по повестке судьи или прокурора, судья может также выдать специальный приказ принуждающий обвиняемого явиться в суд (*Vorführungsbefehl*). Судья

выдает ордер на арест (*Haftbefehl*) в том случае, если имеются серьезные доказательства против подозреваемого в совершении преступления (*dringender Tatverdacht*).⁵

В итальянском праве различают два вида задержания. Первый вид задержания (*arresto*) осуществляется полицией в случаях задержания на месте преступления (*flagranza*). Для того, чтобы полиция смогла произвести такое задержание необходимо, чтобы противоправное действие входило в категорию умышленных преступлений (*non colposo*), наказуемых лишением свободы как минимум 5 лет. Другим видом задержания является фермо (*fermo*), к которому прокурор может прибегать в случаях, если существуют реальные причины полагать, что лицо, которое подозревается в совершении определенных преступлений, перечисленных в уголовно-процессуальном законодательстве, скорее всего, скроется от следствия и суда. Кроме этого полиция и прокуратура должны обладать серьезными уликами виновности подозреваемого, а не ограничиться простым подозрением.⁶

Во Франции, как и в других странах, лицо может быть задержано на месте преступления. Застигнув на месте преступления правонарушителя, любой гражданин может задержать его и доставить в ближайший полицейский участок. В случае задержания на месте преступления одного из подозреваемых, и если следственный судья недоступен, прокурор (*procureur de la République*) может выдать приказ о приводе других подозреваемых к следственному судье (*mandat d'amener*). Кроме этих двух случаев лицо может быть задержано (арестовано) только на основании ордера, выданного следственным судьей или председательствующим судьей Следственной Палаты.⁷

Порядок процессуального задержания (ст. 131)

На наш взгляд, УПК РК не в достаточной мере гарантирует право подозреваемого в совершении преступления быть информированным о его правах с момента его фактического задержания. Согласно положению ст. 131 ч. 1 УПК РК при задержании лица по подозрению в совершении уголовного правонарушения должностное лицо органа уголовного преследования устно объявляет лицу о его правах. Существует вероятность того, что сотрудники правоохранительных органов смогут злоупотреблять своими полномочиями и не информировать подозреваемых об их правах в момент фактического задержания, а также неправильно фиксировать время фактического задержания, для того, чтобы незаконно продлить допустимый срок задержания под стражей свыше 72 часов. Для того, чтобы предупредить подобные нарушения прав подозреваемых законодателю рекомендуется ввести правило, согласно которому орган, осуществляющий задержание подозреваемого, обязан проводить аудио- и видеозапись задержания. Данная запись должна иметь непрерывный характер и фиксировать сам момент задержания, а также момент информирования подозреваемого о его правах. Для того, чтобы исключить факты давления на подозреваемого с момента задержания и до момента его допроса в полицейском участке необходимо также обязать правоохранительные органы проводить аудио- и видеозапись подозреваемого в полицейской машине, а также в полицейском участке.

Согласно ст. 128 ч. 5 УПК РК подозреваемый может быть задержан до применения меры пресечения на срок до 72 часов. Кроме того, если органы следствия и прокуратуры намерены ходатайствовать перед судьей о применении меры пресечения в виде заключения под стражу, то согласованное прокурором постановление лица, осуществляющего досудебное расследование, о санкционировании содержания под

⁵ Mireille Delmas-Marty and J.R. Spencer, *European Criminal Procedure*, Cambridge University Press, 2002, p. 334.

⁶ Craig Bradley, *Criminal Procedure: A Worldwide Study* 2nd ed. Durham, Carolina Academic Press, 2007, p. 306.

⁷ Там же, pp. 207-208.

стражей, а также подтверждающие его обоснованность материалы должны быть представлены следственному судье не позднее чем за двенадцать часов до истечения срока задержания (60 часов с момента задержания), а следственный судья рассматривает ходатайство в срок не позднее восьми часов с момента поступления материалов в суд (не позднее 68 часов с момента задержания) с участием прокурора, подозреваемого, обвиняемого, его защитника. Хотя международные стандарты по правам человека прямо не указывают конкретных максимальных сроков задержания подозреваемого перед тем как доставить его к судье, тем не менее Комитет ООН по правам человека усомнился в том, что даже срок 48 часов является разумным. В частности член Комитета Бертил Веннергрэн в ходе обсуждения доклада по правам человека в ФРГ указал, что 48-часовой срок задержания без решения суда является суровым, однако г-н Веннергрэн признал, что на практике было бы сложным снизить такой срок до 12 часов.⁸

В демократических, правовых государствах максимальный срок задержания подозреваемого перед доставкой в суд составляет 48 и менее часов. В частности, в Германии полиция должна доставить задержанного к судье без промедления, в любом случае на следующий день после задержания, т.е. в течение 48 часов. В Италии прокурор должен в течение 48 часов получить от судьи санкцию на арест, иначе задержание теряет законную силу. Во Франции полиция может задержать подозреваемого на срок не более чем 24 часа для проведения допроса. Прокурор либо следственный судья могут продлить срок задержания до 48 часов. По истечении этого срока подозреваемый должен быть либо освобожден из под стражи, либо оставлен под стражей по решению судьи по предварительному заключению.⁹ В некоторых других странах, как например, Великобритания, Канада и США гарантирован еще более короткий срок в течении которого подозреваемый должен предстать перед судьей: 24 часа в Канаде и США и 36 часов в Великобритании.¹⁰

Виды мер пресечения

Ст. 137 УПК РК содержит список видов мер пресечения. Хотя законодатель не ранжирует меры пресечения по степени их тяжести, тем не менее можно сделать вывод, что список видов мер пресечения начинается от самой либеральной меры (подписка о невыезде и надлежащем поведении) и завершается самым обременительным или ограничительным для прав и свобод граждан мерой (содержанием под стражей). На наш взгляд, казахстанскому законодателю рекомендуется рассмотреть возможность введения презумпции освобождения из под стражи и принципа нарастания степени тяжести мер пресечения при решении вопроса об их применении. Иными словами следственный судья должен будет применить наименее обременительную меру пресечения для подозреваемого если сторона обвинения не убедит судью в необходимости применения наиболее ограничительной меры пресечения. Например, следственный судья должен применить подписку о невыезде если прокурор не сможет убедить судью, что интересы правосудия могут быть обеспечены только путем применения залога либо более ограничительной меры пресечения. Также судья должен применить залог если сторона обвинения не сможет убедить судью в необходимости применения домашнего ареста. Такой подход используется в праве ряда зарубежных стран. Например, в Канаде он именуется лестничным подходом (ladder approach) при применении мер пресечения различной тяжести и ограничения.¹¹ Такой подход будет направлен на обеспечение таких прав граждан как право на презумпцию

⁸ Official Records of the Human Rights Committee 1989/90 Volume I, para 41, 50.

⁹ Ковалев, Н. Замечание к законопроекту Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам применения меры пресечения в виде ареста». Варшава. БДИПЧ/ООНБСЕ, 17 сентября 2007 г.

¹⁰ Ковалев, Н. Роль прокурора в уголовном процессе на этапе ареста и заключения под стражу подозреваемого (обвиняемого). URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30152181

¹¹ Steven Penney, Vincenzo Rondinelli and James Stribopoulos, Criminal Procedure in Canada, LexisNexis, 2011, pp. 368-370.

невиновности (ст. 77 п. 3 Конституции РК) и право быть освобожденным из под стражи до суда (ст. 9 п. 3 МПГПП).

Основания для применения меры пресечения

Статья 136 УПК РК гласит, что применение одной из мер пресечения возможно при наличии достаточных оснований полагать, что подозреваемый (обвиняемый): (1) скроется от органов уголовного преследования или суда; (2) воспрепятствует объективному расследованию дела или его разбирательству в суде; либо (3) будет продолжать заниматься преступной деятельностью, а также (4) для обеспечения исполнения приговора. При этом УПК РК умалчивает кто несет бремя доказывания о существовании таких «достаточных оснований». Представляется, что казахстанскому законодателю необходимо четко указать в тексте ст. 136, что бремя доказывания существования одного из оснований лежит на стороне обвинения.

Залог

Статья 9(3) МПГПП гласит, что заключение под стражу должно рассматриваться в качестве исключительной меры пресечения, а не в качестве общего правила. Это касается в том числе и тяжких преступлений. Это означает, что государство должно стремиться к применению других мер пресечения. Одной из таких мер должен стать залог. Вместе с тем норма закрепленная в ст. 145 ч. 1 УПК РК ограничивает применение залога в случаях особо тяжких преступлений. Кроме того, ст. 136 ч. 2 гласит, что содержание под стражей в качестве меры пресечения может быть применено по мотивам одной лишь тяжести совершенного преступления. Эти два положения УПК РК несомненно нарушают принцип презумпции невиновности.

Положение ст. 145 ч. 11 УПК РК предусматривает, что в случае неисполнения без уважительных причин подозреваемым, обвиняемым обязательств, обеспеченных залогом, прокурор направляет следственному судье ходатайство об обращении залога в доход государства. При этом нормы УПК умалчивают каким образом определяется вопрос допустил ли подсудимый или обвиняемый одно из нарушений. В этой связи законодателю необходимо ввести положение, согласно которому решение об обращении залога в доход государства принимается судьей после проведения слушаний. В ходе этих слушаний судья должен решить следующие вопросы: (1) подтверждаются ли факты того, что обвиняемый совершил одно из нарушений; (2) если эти факты подтверждаются должен ли обвиняемый быть помещен под стражу, а залог обращен в пользу государства. При этом бремя доказывания фактов того, что обвиняемый совершил одно из нарушений лежит на стороне обвинения, а в случае положительного ответа на первый вопрос бремя доказывания того, что обвиняемый не должен быть помещен под стражу и залог не должен быть обращен в пользу государства должно лежать на обвиняемом.

Содержание под стражей

Согласно положению ч. 2 ст. 147 УПК РК право на возбуждение ходатайства о применении в качестве меры пресечения содержание под стражей принадлежит лицу, осуществляющему досудебное расследование. На наш взгляд, функция возбуждения ходатайства и его поддержание в суде должна находиться в исключительной компетенции прокурора, так как именно он представляет интересы государства в суде, а также именно на нем лежит функция поддержания государственного обвинения. С другой стороны, роль следователя должна быть ограничена осуществлением следствия по уголовному делу и возбуждение ходатайства о выборе меры пресечения в виде содержания под стражей не должно входить в его компетенцию. При этом, очевидно, что прокурор должен будет возбуждать и

поддерживать ходатайство на основе материалов собранных следователем и оперативными работниками.

Как уже указывалось выше согласно ст. 147 ч. 4 УПК РК согласованное прокурором постановление лица, осуществляющего досудебное расследование, о санкционировании содержания под стражей, а также подтверждающие его обоснованность материалы должны быть представлены следственному судье не позднее чем за двенадцать часов до истечения срока задержания, то есть не позднее 60 часов после задержания. Данный срок является неоправданно долгим. Представляется необходимым объяснить какими мотивами руководствовался законодатель при выборе максимального срока задержания на 60 часов до передачи материалов уголовного дела в суд. Кроме этого, важно прояснить логику положения, согласно которому материалы уголовного дела должны поступить судье заранее до проведения судебного слушания. Представляется, что, сохранив эти положения закона в предложенном варианте, существует риск того, что правоохранительные органы будут злоупотреблять своим положением и максимально использовать данный срок для сбора необходимых доказательств для обоснования задержания и содержания под стражей, в том числе для получения признательных показаний от задержанного. Что касается поступления дела к судье до судебного заседания, то это можно обосновать желанием законодателя предоставить следственному судье возможность ознакомиться с материалами дела до проведения заседания, ускорив процесс рассмотрения в суде. Трудно согласиться с такой логикой авторов УПК РК. Представляется, что ознакомление следственного судьи с материалами уголовного дела заранее до заслушивания обеих сторон способно вызвать у него предубеждение против задержанного, а также способно превратить судебное заседание в формальную процедуру выдачи санкции на арест.

Сроки содержания под стражей (ст. 151)

Хотя ст. 151 ч. 1 УПК РК определяет обычный срок содержания под стражей до суда в 2 месяца, данный срок может быть продлен до 5 месяцев, затем до 9, а в некоторых случаях до 12 месяцев и даже до 18 месяцев.

Представляется, что данные сроки продления содержания под стражей носят чрезмерно продолжительный, а в некоторых случаях дискриминационный характер. Во-первых, период на который может продлеваться срок содержания под стражей каждый раз не должен быть продолжительнее двух месяцев. Иными словами после первых двух месяцев содержания под стражей судья должен иметь возможность проверить законность и обоснованность содержания под стражей каждые два месяца, вместо того, чтобы продлевать срок заключения на три или четыре месяца, как это закреплено в тексте УПК РК.

Негласные следственные действия (ст.ст. 231-251)

Новый УПК РК ввел институт негласных следственных действий (НСД), которые по своему характеру схожи с оперативными-розыскными мероприятиями. УПК РК закрепляет прокурорский контроль за проведением некоторых негласных следственных действий перечисленных в пп. 1) – 6) ст. 231. При этом, кодекс не предусматривает судебного контроля за проведением этих действий, что является на наш взгляд существенным недостатком нового УПК. Из текста ст. 231 очевидно, что способы сбора информации путем проведения негласных следственных действия правоохранительными органами очень часто сопряжены с прямым вмешательством в частную жизнь граждан, ограничением и нарушением их прав и свобод.

В частности, НСД способны ограничить или нарушить следующие права и свободы, гарантированные Конституцией Республики Казахстан:

- (1) Право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и достоинства (ст. 18);
- (2) Право на тайну личных вкладов и сбережений, переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. (ст. 18);
- (3) Право на неприкосновенность жилища (ст. 25).

В этой связи при проведении этих действий контроль независимого судебного органа просто необходим. В современной теории гражданских прав выделяют концепцию *прайвеси* (*privacy*) или свободы от необоснованного вторжения в деятельность гражданина, которая находится в сфере его индивидуальной автономии.¹² Термин *прайвеси* содержится в английском варианте ст. 17 МПГПП. В русском тексте за неимением эквивалентного термина используется термин *личная жизнь*¹³. В странах английской правовой семьи, где концепция *прайвеси* получила свое начало, выделяют три ее различных аспекта или зоны:

- (1) территориальный аспект относится к определенному месту, например, жилищу человека;
- (2) личный или физический аспект, который затрагивает интересы в отношении человеческого тела (тело, облик человека, его голос или имя);
- (3) информационный аспект, который затрагивает такие вопросы, как состояние здоровья, сексуальная ориентация и жизнь, социальные взгляды, дружеские и другие социальные отношения.¹⁴

Хотя Конституция Республики Казахстан не содержит термина *прайвеси*, очевидно, что все три аспекта этой концепции закреплены в тексте Конституции в виде права на неприкосновенность частной жизни, права на тайну переписки, телефонных и иных переговоров, почтовых, телеграфных, электронных и иных сообщений, а также права на неприкосновенность жилища. В этой связи в данном анализе мы используем термин «прайвеси», как право, охватывающее все конституционные права, затрагивающие интересы личную или частную жизнь граждан.

Негласная следственная деятельность по своей природе направлена на ограничение прайвеси граждан, которые выступают в качестве объектов наблюдения, прослушивания телефонных переговоров, контроля почтовых отправлений. Таким образом, НСД априори ограничивает и нарушает конституционное право на неприкосновенность частной жизни. Однако, исходя из содержания Конституции Республики Казахстан, право на неприкосновенность частной жизни и право на неприкосновенность жилища не являются абсолютными и могут быть ограничены. Вместе с тем, Конституция позволяет ограничивать право на неприкосновенность частной жизни и право на неприкосновенность жилища при соблюдении обязательного условия: в случаях и в порядке, установленных законом. Для того, чтобы действия органов, осуществляющих НСД, были конституционными это условие должно быть соблюдено. Это означает, что случаи, основания и порядок принятия решения о применении НСД должны быть подробно указаны в законе.

С одной стороны, новый УПК РК содержит положения, направленные на соблюдение этого конституционного условия.

С другой стороны, однако, представляется, что положения УПК о НСД не соответствуют требованиям Конституции РК по следующим основаниям.

Во-первых, на наш взгляд, отсутствие судебного контроля над НСД нарушает положение ст. 13 Конституции РК о праве каждого на судебную защиту своих прав и свобод. Прокурор,

¹² Sarah Joseph, Jenny Schultz and Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford University Press, 2005, p. 476.

¹³ В решениях Комитета по правам человека на русском языке также используется термин «частная жизнь».

¹⁴ Michael Power, *The Law of Privacy*, LexisNexis, 2013, p. 236.

который является органом уголовного преследования¹⁵ в силу своей основной функции не может обеспечить защиту прав и свобод граждан в отношении которых органы уголовного преследования намерены произвести НСД. Так как вынесение решений о производстве НСД производятся без участия стороны защиты при их принятии необходимы дополнительные гарантии того, что такие решения не будут предвзятыми. Это может быть обеспечено только при участии независимого от уголовного преследования органа, например судьи по надзору за соблюдением прав и свобод личности в ходе предварительного следствия. Во многих странах функции санкционирования НСД исполняются судьями, которые не участвуют в разбирательстве дел по существу. Кроме того, как отмечалось выше, в некоторых странах западной Европы существуют специализированные судьи, которые осуществляют контроль за правоохранными органами, осуществляющие следственные и оперативно-розыскные мероприятия. Как правило, данные судьи не рассматривают дела по существу, а занимаются проверкой обоснованности и законности действий следственных органов и органов прокуратуры и обеспечением прав и свобод граждан при осуществлении НСД.

В Германии надзор за соблюдением прав и свобод личности в ходе предварительного следствия осуществляется специализированным судьей – *Ermittlungsrichter* (судья предварительного расследования). Данный судья обладает широкими полномочиями. Он, в частности, решает вопросы по заключению под стражу или временное помещение в психиатрический стационар; временному лишению водительских прав; санкционирует обыск и выемку; санкционирует телефонное прослушивание подозреваемого; выполняет функции по протоколированию свидетельских показаний. Данный судья не участвует в решении дел первой инстанции или о существу. Он проверяет законность и обоснованность актов полиции и прокуратуры, при этом не руководит предварительным следствием.¹⁶ Обычно органы полиции не могут самостоятельно обратиться к судье по предварительному расследованию, кроме случаев которые не терпят отлагательства. Полиция должна обратиться к соответствующему прокурору с просьбой о заявлении ходатайства в суд.¹⁷

В Италии также существует институт специализированного судьи – *giudice per le indagini preliminary* (сокращенно GIP) или судья по предварительному расследованию. Данный судья надзирает над органами предварительного следствия (прокуратурой и полицией) с целью обеспечения прав подследственных: санкционирование ареста, прослушивания телефонных переговоров и т.п.; контроль за соблюдением сроков предварительного следствия; в некоторых случаях протоколирование свидетельских показаний. Данный судья назначается на должность в каждый трибунал (*tribunale*) или суд административного или муниципального округа, охватывающий территорию нескольких коммун (*circondario*). В каждой итальянской провинции имеется хотя бы один трибунал. В отличие от судебных следователей (*giudice istruttore*), эквивалентных французскому следственному судье (*juge d'instruction*) и существовавших в Италии до реформы 1989 г., институт GIP не имеет обвинительных или следственных функций, которые по новому закону являются функциями прокуратуры. Первоначально GIP участвовал в качестве председательствующего на предварительном слушании, однако закон 1998 г. изменил уголовно-процессуальный кодекс и передал данную функцию другому специальному судье, *giudice dell'udienza preliminare* (сокращенно GUP – судья по предварительному слушанию).¹⁸

На наш взгляд, казахстанскому законодателю необходимо рассмотреть вопрос о передаче функции санкционирования всех НСД следственному судье и, соответственно, изменив его наименование на судью по соблюдению прав человека на предварительном следствии.

¹⁵ Ст. 7 п. 25 УПК РК.

¹⁶ Николай Ковалёв, Заключение под стражу по решению суда в ряде Европейских стран // Юрист, № 7, 2007, стр. 89-94.

¹⁷ Ed Cape, Jacqueline Hodgson, Ties Prakken and Taru Spronken (eds.), *Suspects in Europe*, 2007, стр. 82.

¹⁸ Ковалёв, сноска 8 выше, стр. 90.

Во-вторых, в УПК отсутствуют четкие основания при которых возможно применение НСД в отношении граждан. УПК предусматривает широкий список граждан в отношении которых могут проводиться НСД:

1) лица, на которое в заявлении, сообщении об уголовном правонарушении указано как на лицо его подготавливающее, совершающее или совершившее, либо в отношении которого имеются иные основания полагать, что оно имеет отношение к расследуемому правонарушению либо обладает сведениями о подготавливаемом, совершаемом или совершенном уголовном правонарушении;

2) подозреваемого;

3) потерпевшего с его письменного согласия;

4) третьего лица, если есть сведения, что третье лицо получает или передает информацию, имеющую значение для дела;

5) места в случае, если имеются обстоятельства или предполагается их возникновение, которые могут иметь значение для дела.

Таким образом, проведение НСД не ограничивается только подозреваемыми или обвиняемыми. Кроме того, закон ничего не говорит о том, какие доказательства причастности лица к совершению преступления, в отношении которого могут быть применены НСД, могут рассматриваться в качестве достаточных для решения вопроса о применении НСД. Например, должны ли органы НСД представить прокурору показания очевидцев, которые могут утверждать, что лицо, в отношении которого может быть проведены НСД, планирует, покушается или совершило преступление.

Закон должен однозначно описать основания, при которых допустимо вмешательство в частную жизнь лица путем применения НСД. В частности, закон должен указывать какие доказательства причастности лица к преступной деятельности могут быть достаточными для применения к нему НСД. В законе отсутствует четкий критерий или стандарт доказывания который должен удовлетворить орган ходатайствующий перед санкционирующим органом о проведении НСД. В противном случае, органы НСД могут применять НСД в отношении любого лица без каких-либо обоснованных оснований. Это, на наш взгляд, сводит конституционные гарантии, запрещающие вмешательство в частную жизнь граждан без законных оснований, к простой декларации. Понятие законных оснований включают на наш взгляд объективные доказательства, свидетельствующие о причастности лица к совершению преступления.

В-третьих, представляется, что действующий закон предусматривает слишком длительный максимальный срок действия НСД – до шести месяцев, а в некоторых случаях и более.¹⁹ На наш взгляд, для того, чтобы ограничить возможность правоохранительных органов вторгаться в частную жизнь граждан, закон должен предусматривать более короткий срок действия решения при возможном продлении срока действия НСД при подачи ходатайства о продлении действия НСД и при подаче доказательств поддерживающих это ходатайство в суде. Это будет способствовать более надежному контролю со стороны суда.

Республика Казахстан является участником ряда международных соглашений, гарантирующих права и свободы граждан, которые могут быть ограничены уголовно-процессуальным законодательством. В частности, в 2006 г. Республика Казахстан ратифицировала Международный пакт о гражданских и политических правах (далее МПГПП), положения которого имеют приоритет над нормами уголовно-процессуального законодательства.

Представляется, что некоторые нормы действующего УПК РК не только входят в противоречие с Конституцией Республики Казахстан, но также не соответствуют положениям МПГПП.

¹⁹ Ст. 236 ч. 3 УПК РК.

На наш взгляд, нормы действующего УПК РК не соответствуют требованиям ст. 17 МПГПП, которая запрещает произвольное или незаконное вмешательство в личную и семейную жизнь граждан, произвольное или незаконное посягательство на неприкосновенность их жилища или тайну их корреспонденции. Так, в параграфе 8 Замечания общего порядка № 16 Комитет ООН по правам человека отмечает, что в «соответствующем законодательстве должны подробно определяться конкретные обстоятельства, в которых такое вмешательство [в частную жизнь] может допускаться».²⁰

Комитет ООН по правам человека в своих докладах неоднократно подвергал критике правительства ряда государств за несоответствие их законодательства требованиям ст. 17 МПГПП. Например, в своих Замечаниях по Российской Федерации от 1995 г. Комитет ООН по правам человека высказал обеспокоенность тем, «что механизмы, вторгаться в частную телефонную связь продолжают существовать, без четкого законодательства, устанавливающего условия законного вмешательства в частную жизнь и обеспечения гарантий от незаконного вмешательства».²¹

Как говорилось выше, нормы действующего закона четко не описывают законные основания, при которых возможно производство НСД. В этой связи действующий УПК РК в надежной степени не обеспечивает защиту от произвольного и незаконного вмешательства в личную и семейную жизнь граждан, а также защиту от незаконного посягательства на неприкосновенность их жилища или тайну их корреспонденции.

Европейская Конвенция по правам человека содержит положение, сходное с положением ст. 17 п. МПГПП. В частности, ст. 8 ЕКПЧ гласит:

Не допускается вмешательство со стороны публичных властей в осуществление этого права, за исключением случаев, когда такое вмешательство предусмотрено законом и необходимо в демократическом обществе в интересах национальной безопасности и общественного порядка, экономического благосостояния страны, в целях предотвращения беспорядков или преступлений, для охраны здоровья или нравственности или защиты прав и свобод других лиц.

Хотя Республика Казахстан не является страной-участницей Совета Европы и на нее прямо не распространяются прецеденты Европейского Суда по правам человека, тем не менее представляется, что юридические стандарты, выработанные Страсбургским судом, могут рассматриваться законодателем Республики Казахстан в качестве модельных правил возможных для заимствования, тем более, что около половины бывших Советских Республик являются участницами Совета Европы. В последние пять лет Европейский Суд по правам человека вынес несколько решений против ряда стран-участниц Совета Европы за несоответствие их законодательства об ОРД и НСД положениям ст. 8 Европейской конвенции по правам человека.

Так, в решении по делу *Быкова против Российской Федерации*, Европейский Суд по правам человека указал:

78. Суд неоднократно указывал, что, когда дело доходит до перехвата сообщений с целью полицейского расследования, «закон должен быть достаточно ясным в его содержании, для того чтобы дать гражданам адекватное указание на обстоятельства и условия, при которых

²⁰ Замечания общего порядка № 16, ¶ 8. Русская версия замечаний доступна по адресу http://www2.ohchr.org/english/bodies/icm-mc/docs/8th/HRI.GEN.1.Rev9_ru.pdf

²¹ (1995) UN doc. CCPR/C/79/Add.54. Английский текст доступен по адресу <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/ee8895c6dc1a616ac12563f00056728e?Opendocument>

государственные власти могут прибегнуть к такому тайному и потенциально опасному вмешательству в частную жизнь и корреспонденцию.²²

В другом решении *Сефилян против Армении* Европейский Суд по правам человека подверг критике законодательство Армении об ОРД:

129. [...] Суд не может игнорировать ряд серьезных недостатков в законодательстве Армении в рассматриваемый период времени.

130. В частности, закон не устанавливал ни типы преступлений ни категорий лиц, в отношении которых тайное наблюдение, может быть разрешено. Так же не уточнялись обстоятельства, при которых, или основания, на которых, такая мера могла быть назначена. Следует отметить в этой связи, что отсутствие подобного рода деталей, способно привести к особенно серьезным последствиям, учитывая то, что эта мера могла бы быть разрешена в отсутствии уголовного преследования.

131. В законе также не были четко предусмотрены максимальные сроки для тайного наблюдения. Таким образом, в то время как эффект наблюдения разрешенного судебным ордером обычно ограничивался шестью месяцами, судья, тем не менее мог принимать иное решения.

132. Кроме того, закон не предписывает никаких периодических проверок за мерами либо судебным либо другим аналогичным независимым контролем за их реализацией [...].

133. Вышеизложенное является достаточным для того, чтобы Суд пришел к выводу, что вмешательство [в частную жизнь] было осуществлено не «в соответствии с законом», поскольку законодательство Армении на момент рассмотрения дела не содержало достаточно четких и подробных правил и не представляло достаточных гарантий против злоупотреблений.²³

Приведенные примеры судебных решений указывают на то, что европейские стандарты прав человека требуют от законодательства об ОРД (НСД), во-первых, ясности содержания, а во-вторых, подробного указания в каких случаях и обстоятельствах возможно применение ОРМ (НСД) затрагивающих частную жизнь. В третьих, прецедентное право Европейского суда по правам человека требует наличие периодического контроля, в том числе судебного, за проведением ОРМ (НСД).

Специфика НСД предполагает, что организация и тактика НСД носят негласный, закрытый характер и подробно обсуждаются в закрытой литературе. Кроме того, ст. 232 ч. 10 УПК РК гласит, что порядок проведения негласных следственных действий определяется правоохранными и специальными государственными органами по согласованию с Генеральным Прокурором Республики Казахстан. Однако, это не должно означать, что закрытость организации и тактики может распространяться на основания проведения НСД. Законодательство должно эффективно защищать конституционные права граждан от произвола правоохранных органов.

Как говорилось выше, законодателю необходимо четко определить какие НСД требуют судебного решения на их применение, а также каким образом обеспечиваются права и свободы граждан в ходе проведения мероприятий, которые не требуют судебного разрешения. Закон не должен ограничиваться кратким определением некоторых НСД, а должен описать процедуру получения разрешения на их применение, а также полномочия

²² *Bykov v. Russia*, application No. 4378/02, 10 March 2009.

²³ *Sefilyan v. Armenia*, Application no. 22491/08, final decision of 02/01/2013.

правоохранительных органов при их реализации. Данный анализ лишь в общих чертах обсуждает важные, на наш взгляд, вопросы, касающиеся отдельных НСД.

Негласная контролируемая поставка, негласный контролируемый закуп

Хотя негласная контролируемая поставка и негласный контролируемый закуп представляют собой два различных НСД, аргументы в отношении их законности и обоснованности могут быть объединены в одну группу.

Во-первых, оба эти НСД могут проводиться «в целях выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия преступлений» в отношении «предметов, веществ и продукции, свободная реализация которых запрещена либо оборот которых ограничен, а также других предметов, являющихся орудием или средством совершения преступлений, либо предметов, добытых преступным путем, либо предметов, противоправные деяния с которыми являются контрабандой».²⁴ Зачастую, эти НСД проводятся в отношении лиц, подозреваемых в совершении преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств.

Во-вторых, при проведении этих НСД правоохранительные органы используют методы хитрости и обмана в отношении объектов НСД. Зачастую сотрудники полиции совершают поступки, которые содержат в себе признаки противоправной деятельности. Проведение этих НСД можно сравнить с двумя тесно связанными между собой концепциями уголовного и уголовного права: (1) использование правоохранительными органами агентов-провокаторов (от француз. *agent provocateur*) и (2) применение так называемой «ловушки» или «приманки» (от английского *entrapment*).

Об использовании агентов-провокаторов, подстрекающих к совершению преступлений для того, чтобы привлечь исполнителя преступления к совершению преступления в различных странах Европы писал еще в начале 20 века профессор Таганцев.²⁵ В ряде западных стран использование агентов-провокаторов и западни либо запрещено совершенно, либо ограничено в применении. Международное право по правам человека также осуждает использование провокации и западни в качестве методов расследования.

В своих решениях Европейский суд по правам человека выделили ряд критериев, наличие которых свидетельствуют о наличии провокации и, вследствие этого, нарушения права на справедливое правосудие.

- (1) отсутствие разумных основания для подозрения лица, в отношении которого проводится НСД, в том числе отсутствие доказательств совершения им прежних преступлений;
- (2) отсутствие предмета преступления (например, наркотических средств) у лица и получение их от третьего лица;
- (3) отсутствие доказательств того, что лицо было предрасположено к совершению преступления;
- (4) активная роль сотрудников полиции в оказании воздействия на лицо, чтобы оно совершило преступление.²⁶

В некоторых решениях Европейский суд по правам человека рассмотрел эти же критерии только через призму положительных условиях для проведения НСД правоохранительными органами:

²⁴ М.П. Смирнов, Комментарии оперативно-розыскного законодательства РФ и зарубежных стран. М.: Экзамен, 2002. С. 150.

²⁵ Таганцев Н. С. Русское уголовное право: Лекции. Часть общая: В 2 т. М., 1994. Т. 1. С. 348.

²⁶ *Teixeira de Castro v. Portugal*, 25829/94, 9 June 1998, para. 38; *Ramanauskas v. Lithuania* [GC], 74420/01, 5 February 2008; *Miliniene v. Lithuania*, 74355/01, 24 June 2008.

- (1) Правоохранительные органы должны обладать конкретными и объективными доказательствами того, что лицом сделаны первоначальные шаги для совершения преступления.
- (2) Информация, на которой основываются правоохранительные органы при выборе НСД, может и должна быть верифицирована.
- (3) Необходимо различать случаи, когда информация о совершаемом преступлении или подготовке к нему исходит от частного заявителя, и когда она исходит от агента или информатора, который сотрудничает с полицией. Во втором случае существует большой риск того, что информаторы могут превратиться в провокаторов, если они непосредственно участвуют в осуществлении НСД.
- (4) Само НСД должно обязательно проводиться при пассивной роли оперативных сотрудников и их агентов.
- (5) Провокация более вероятна в странах, где отсутствует четкие и очевидные процедуры по авторизации НСД, описанные в законодательстве, а также где отсутствует независимый контроль над правоохранительными органами. В частности, в своих решениях по делам против Российской Федерации Европейский Суд по правам человека особо подчеркнул, что ни закон об ОРД, ни какие-либо другие законодательные акты не предоставляют достаточных гарантий в отношении таких ОРМ (НСД) как проверочная закупка (*test purchase*) и указал на необходимость судебной или другой независимой авторизации и надзора.²⁷

Несмотря на попытки постсоветских ученых правоведов разграничить провокацию от «правомерного» НСД,²⁸ тем не менее, на практике правоохранительные органы часто злоупотребляют своим положением и провоцируют лиц на совершение преступлений. Для того, чтобы предотвратить использование провокации, ловушек и приманок органами, осуществляющими НСД, законодатель Республики Казахстан должен принять ряд конкретных изменений в законодательстве.

Во-первых, необходимо внести в уголовное законодательство новое обстоятельство, исключяющее преступность деяния – совершение деяния вследствие провокации или других активных действий органов, осуществляющих НСД. В частности, законодателю необходимо дать четкое определение и указать на основные признаки провокации. Одно из возможных определений провокации дается профессором Радачинским: «умышленные односторонние действия, направленные на вовлечение лица в совершение преступления с целью последующего изобличения».²⁹

Во-вторых, хотя действующее законодательство Республики Казахстан предусматривает уголовную ответственность правоохранительных органов за провокацию взятки или коммерческого подкупа (ст. 417 УК РК), тем не менее, не предполагает ответственность за провокацию других преступлений. В российской литературе высказывались предложения о введении уголовной ответственности за провокацию любого преступления.³⁰ В этой связи, казахстанскому законодателю предлагается рассмотреть возможность введения уголовной ответственности за провокацию любого преступления.

В-третьих, одной из основных проблем злоупотребления правоохранительными органами своих полномочия является отсутствие независимого контроля за их деятельности при проведении данных НСД. В этой связи представляется, что проведение проверочного закупа и проверочной продажи должно проводиться только на основании решения судьи, который

²⁷ *Bannikova v. Russia*, 18757/06, 4 November 2010, §§ 33-65; *Khudobin v. Russia*, 59696/00, 26 October 2006, § 135; *Veselov v. Russia*, 23200/10, 24009/07 and 556/10, 2 January 2013, §§ 88-94.

²⁸ См. Радачинский С.Н., Провокация преступления как комплексный институт уголовного права: проблемы теории и практики. Нижний Новгород, 2011 г.

²⁹ Там же.

³⁰ Там же.

должен убедиться в том, что против конкретного лица имеются основания подозревать его в продолжающейся преступной деятельности либо в подготовке к совершению преступления.

В некоторых западных странах, например Дании, правоохранительные органы могут использовать некоторые формы «ловушек» и «приманок» только по решению суда. В частности, Гражданский и уголовно-процессуальный кодекс Дании содержит следующие специальные правила. Полиция не может в ходе расследования предлагать конкретному лицу совершить преступление, кроме случаев, когда существуют три обязательных условия: (1) существует разумное подозрение о том, что преступление совершается либо будет совершено; (2) другие методы расследования не достаточны; и (3) совершаемое преступление наказуемо более чем шестью годами лишения свободы. Кроме того, закон требует, что решение о проведении НСД должно быть санкционировано судом.³¹

Негласные проникновение и (или) обследование места

Проникновение правоохранительных органов на территорию жилища или другого частного объекта затрагивает интересы территориального аспекта приватности. В английском языке имеется выражение «A man's home is his castle» (дом человека – его крепость). Представляется, что данный аспект *приватности* также имеет крепкие корни и в казахстанском обществе. Граждане Республики Казахстан ожидают, что никто, в том числе правоохранительные органы, не может проникать в их жилище и другие объекты собственности без их согласия, а также без специального судебного разрешения.

Проникновение и обследование помещений затрагивают конституционное право граждан на неприкосновенность жилища и иных объектов, находящихся в его собственности или ином праве. В этой связи, очевидно, что эти действия требуют либо согласия проживающих в нем лиц (в том числе временных жильцов) или владельцев либо по решению суда за исключением случаев не требующих отлагательства, например погоня или расследования «102» звонка, поступившего с номера принадлежащего жильцу.

Негласное обследование проводится в тайне от жильцов или владельцев. Представляется, что негласное обследование жилых помещений и иных объектов должно быть законодательно запрещено, так как существует большой риск того, что в ходе проведения данного НСД могут быть сфабрикованы вещественные доказательства. Вместо этого, правоохранительные органы должны получать решение суда на осмотр или обыск и проводить их гласным образом в присутствии жильцов или собственников.

Негласные аудио- и (или) видеоконтроль лица или места; негласный контроль, перехват и снятие информации, передающейся по сетям электрической (телекоммуникационной) связи; негласное получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами; негласное снятие информации с компьютеров, серверов и других устройств, предназначенных для сбора, обработки, накопления и хранения информации; негласный контроль почтовых и иных отправлений

Эти виды НСД можно объединить в одну группу, так как все они направлены на ограничение конституционного права граждан на тайну переписки, телефонных и иных переговоров, почтовых, телеграфных, электронных и иных сообщений. Эти виды НСД должны проводиться исключительно по предварительному судебному решению.

Право на тайну переписки, телефонных и иных переговоров, почтовых, телеграфных, электронных и иных сообщений составляет информационный аспект *приватности*.³²

³¹ Christopher Slobogin, *Criminal Procedure: Regulation of Police Investigation*. LexisNexis, 2012, стр. 515.

³² Michael Power, *The Law of Privacy*, LexisNexis, 2013, p. 236.

Один из наиболее широко используемых НСД, затрагивающих информационный аспект *прайвеси*, является прослушивание и запись переговоров по телефону.

В некоторых странах, существуют довольно жесткие условия для применения таких НСД как прослушивание телефонных переговоров.

Например, в Италии прослушивание телефонных переговоров может быть санкционировано судьей по предварительному расследованию при наличии серьезных оснований полагать, что преступление было совершено или совершается и только в случае, если данное НСД абсолютно необходимо для продолжения расследования.³³ Иными словами, правоохранительные органы обязаны продемонстрировать судье, что использование прослушивания является не просто желательным методом расследования, но абсолютно необходимым, т.е. без него невозможно продолжение расследования.

Законодательство Швеции разрешает прослушивание телефонных переговоров только с санкции суда и только в случаях, когда есть «весомые основания для подозрения лица в совершении или подготовке преступления, и при этом соблюдается принцип пропорциональности». Принцип пропорциональности означает, что «тайное прослушивание телефона... [может] применяться только тогда, когда искомый результат не может быть достигнут иными разумными способами».³⁴ Шведское законодательство также разрешает прослушивание только переговоров с конкретного телефонного номера, который предположительно принадлежит подозреваемому, а не с любых телефонных номеров, которые подозреваемый может использовать.³⁵

Аналогичные требования законодательства к прослушиванию переговоров можно встретить и в законодательстве других демократических стран. В Германии прослушивание телефонных переговоров возможно при соблюдении следующих условий:

(1) Подозрение, основанное на фактах, что лицо совершило или планирует совершить одно из преступлений, специально указанных в ст. 100а УПК Германии. Это список включает серьезные преступления, варьирующиеся от убийства и государственной измены до поджога, вымогательства, и преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотиков и отмыванием денег;

(2) Расследование преступления другими НСД и методами будет невозможно либо чрезвычайно затруднительно;

(3) Решение о проведении данного НСД принимается судьей по предварительному расследованию.³⁶

Уголовный кодекс Канады³⁷ еще подробнее описывает обязательные требования для перехвата переговоров по телефонной и другой связи. За исключением случаев, не требующих отлагательства, например, в случаях, когда потерпевшему грозит опасность, правоохранительные органы обязаны получить специальное разрешение суда. Ходатайство на получение такого судебного разрешения должно быть подписано Генеральным Прокурором соответствующей провинции Канады или его заместителем лично.

Данное ходатайство должны сопровождать письменные показания офицера полиции данные под присягой относительно следующей информации:

³³ Craig Bradley (ed.), *Criminal Procedure. A Worldwide Study*, 2nd ed., Carolina Academic Press, 2007; Codice di procedura penale, доступен на итальянском по адресу <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.del.presidente.della.repubblica:1988-09-22;447>.

³⁴ Защита прав граждан при внедрении системы оперативно-розыскных мероприятий в сетях связи. Санкт-Петербург: ЛИК, 2000 г., стр. 204.

³⁵ Глава 27 пункт 20 Судебного процессуального кодекса (СПК) Швеции.

³⁶ Cape, Hodgson, Prakken and Spronken, указ. соч. стр. 87; Criminal Procedure Code of Germany, Art. 100a. URL: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html

³⁷ Уголовный Кодекс Канады (Criminal Code).

(1) факты, на которые полагался офицер при формировании своего убеждения о том, что судебное разрешение должно быть дано, с указанием на детали преступления;

(2) тип коммуникации, которая должна быть перехвачена;

(3) имена, адреса, образ жизни, всех лиц, переговоры которых будут прослушиваться, при этом должны быть представлены разумные основания полагать, что эти разговоры помогут в расследовании преступления; если известно указать на местоположение, где разговоры предположительно будут прослушаны, а также общее описание методов прослушивания;

(4) число случаев, когда уже было заявлено подобное ходатайство в отношении расследования данного преступного акта и лица, указанного в письменном показании офицера полиции, и число случаев, когда в ходатайстве было отказано, дата, когда каждое предыдущее ходатайство было заявлено и имя судьи, которому заявлялось ходатайство;

(5) период, на который требуется разрешение на прослушивание;

(6) использовались ли другие методы расследования, были ли они безуспешными или почему использование других методов скорее всего будет безуспешным, либо срочность дела такова, что использование других методов сделает расследование непрактичным.³⁸

После того, как ходатайство и письменные показания поданы для рассмотрения в суд, судья единолично принимает решение об удовлетворении или отказе в ходатайстве. Уголовно-процессуальное право Канады четко предписывает, при каких условиях судья может выдать разрешение на прослушивание переговоров. Согласно ст. 186 ч. 1 УК Канады судья должен быть убежден, что применение прослушивания:

(1) будет в лучших интересах правосудия; и

(2) что правоохранные органы пытались использовать другие методы расследования, но они были безуспешны, либо использование других методов скорее всего будет безуспешным, либо срочность дела такова, что использование других методов сделает расследование непрактичным.

Законодательство демократических государств предусматривает различные максимальные сроки, на которые правоохранные органы получают разрешение на прослушивание. Они варьируются от 15 дней в Италии,³⁹ 30 дней - в Швеции,⁴⁰ 60 дней – в Канаде,⁴¹ и до 90 дней в Германии.⁴²

Законодательство зарубежных стран предусматривает запрет на прослушивание переговоров между подозреваемым и его адвокатом. В этом случае закон исходит из принципа строгой конфиденциальности данных переговоров между адвокатом и клиентом. Так, например, в законодательстве Швеции говорится, что телефонные переговоры между подозреваемым и его адвокатом не могут быть предметом прослушивания правоохранными органами, и если в ходе прослушивания переговоров будет установлено, что разговор происходит между подозреваемым и адвокатом прослушивание должно быть немедленно прекращено, а запись переговоров должна быть уничтожена.⁴³

Уголовный Кодекс Канады гласит, что судья не может санкционировать прослушивание переговоров в офисе или месте жительства адвоката, или в любом другом месте, которое обычно используется адвокатом с целью консультаций с клиентами, за исключением случаев, когда судья удовлетворен тем, что имеются разумные основания полагать, что сам адвокат, либо любой другой адвокат, который практикует с ним, стал или собирается стать

³⁸ Ст. 185 УК Канады, Criminal Code of Canada, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/>.

³⁹ Ст. 267 ч. 3 УПК Италии.

⁴⁰ Глава 27 пункт 21 Судебного процессуального кодекса (СПК) Швеции.

⁴¹ Ст. 196 УК Канады.

⁴² Ст. 100 УК Канады.

⁴³ Глава 27 пункт 22 СПК Швеции.

участником преступления.⁴⁴ При этом полученная в ходе прослушивания таких переговоров конфиденциальная информация не может быть допущена в качестве доказательств в суде.⁴⁵

Исходя из анализа законодательства ряда демократических стран, можно сделать вывод, о том, что применение прослушивания телефонных переговоров в качестве НСД используется только в случаях крайней необходимости. Очевидно, что применение таких методов НСД сопряжено с наиболее серьезным вмешательством в частную жизнь граждан.

Казахстанскому законодателю рекомендуется рассмотреть опыт демократических государств и предусмотреть четкие и жесткие правила в отношении применения прослушивания телефонных или иных переговоров. Представляется, что законодательство о НСД в Республике Казахстан также должно исходить из принципов пропорциональности и крайней необходимости при применении данных НСД. Также, рекомендуется предусмотреть запрет на прослушивание переговоров между подозреваемым лицом и его адвокатом.

Негласное внедрение и (или) имитация преступной деятельности

Данные НСД представляют собой «способ получения информации путем установления доверительных отношений между штатными негласными сотрудниками органов, осуществляющих НСД или лицами, оказывающими им содействие на конфиденциальной основе и лицами, подозреваемыми в преступлениях, совершаемых организованными преступными группами».⁴⁶ Действующий УПК не предусматривает осуществление судебного контроля над данным НСД. Негласное внедрение, наряду с другими НСД, которые были рассмотрены выше, предполагает прямое вмешательство в частную жизнь лиц, подозреваемых в совершении преступлений. При установлении доверительных отношений с подозреваемыми лицами внедренные агенты получают доступ к информации о частной жизни подозреваемых лиц, могут вести частные телефонные переговоры с подозреваемыми лицами, могут быть приглашены в жилище подозреваемых лиц. Для того, чтобы обеспечить право лиц на неприкосновенность частной жизни и жилища лиц, в отношении которых проводится НСД, оперативное внедрение должно всегда быть подконтрольно судебным органам. В частности, только суд должен давать разрешение на проведение скрытой видео- и аудио записи при проведении телефонных переговоров или при посещении лицом жилища подозреваемых лиц, даже если телефонные переговоры и посещение жилища производятся с согласия и подозреваемого лица.

Получение судебного решения на проведение НСД в случаях, которые не терпят отлагательства

В случаях которые не терпят отлагательства проведение НСД должно проводиться также по решению суда. В зарубежной литературе выделяется ряд преимуществ выдачи ордера по телефону или другим каналам связи: (1) ордер может быть выдан на расстоянии, когда судья не находится вблизи с офицером полиции, которому необходимо получить ордер; (2) полицейскому не надо незамедлительно появиться в суде; (3) ордер может быть выдан относительно быстро.⁴⁷

На наш взгляд, необходимо рассмотреть, как этот вопрос регулируется в других демократических странах. В этой связи интересны положения Уголовного Кодекса Канады, в

⁴⁴ Ст. 186(2) УК Канады.

⁴⁵ Ст. 189(6) УК Канады.

⁴⁶ Смирнов указ. соч. стр. 148.

⁴⁷ James A. Fontana and David Keeshan, The Law of Search and Seizure in Canada, 8th ed., LexisNexis, 2010, p. 407.

котором процедура получения ордера по телефону описана довольно подробно. Ряд статей УК Канады позволяет органам полиции получить судебное решение на проведение обыска и других следственных и розыскных мероприятий по телефону.⁴⁸ В частности, ст. 487.1 канадский закон допускает выдачу ордера на обыск по телефону при наличии следующих обстоятельств:

- (1) ходатайство должно быть заявлено сотрудником полиции;
- (2) сотрудник полиции должен прийти к выводу, что было совершено серьезное преступление;
- (3) сотрудник полиции должен прийти к выводу о том, что появление перед судьей лично для заявления ходатайства на получение ордера является практически невыполнимым;
- (4) сотрудник полиции может подать ходатайство (связаться) судьей по телефону (или другим средствам коммуникации) с судьей, уполномоченным принимать соответствующие решения;
- (5) это должно быть сделано под присягой, которая может быть осуществлена по телефону или другим способом;
- (6) судья, получающий информацию от сотрудника полиции, обязан дословно записать эту информацию в протокол, указать точное время, дату и содержание, полученной информации и представить этот протокол секретарю суда.⁴⁹

Информация, представленная судьей сотрудником полиции, должна соответствовать следующим требованиям:

- (1) указывать на обстоятельства, которые делают присутствие офицера полиции практически невозможным;
- (2) включать в себя описание преступления, а также место, которое будет подвергнуто обыску и где могут быть найдены следы преступления;
- (3) указывать на факты, на основании которых офицер полагает, что следы преступления будут найдены в том месте;
- (4) указывать, заявлялось ли подобное ходатайство в отношении этого же уголовного дела ранее.⁵⁰

В случае, если судья удовлетворен представленной сотрудником полиции информацией, он может выдать ордер на проведение следственного мероприятия (обыска и т.д.). Судья может указать временной промежуток, в течение которого должно быть проведено следственное мероприятие. После того как судья выдал «ордер» по телефону, он должен заполнить специальную форму⁵¹ – письменный ордер на проведение обыска, подписать его и указать точное время, дату и место выдачи ордера. После этого заполненный ордер должен быть передан органам полиции по каналам связи как телефакс.⁵² После получения ордера-телефакса из суда органы полиции могут использовать в качестве основания для проведения розыскного мероприятия, например, обыска и, если в этом есть необходимость, предоставить его заинтересованным лицам, например, жильцам жилого помещения, где проходит обыск.⁵³

Законодательство также требует от органов полиции в течение семи дней после проведения следственного действия, санкционированного по телефону, представить судьей полный отчет о проведенном розыском мероприятии. Данный отчет должен включать следующую информацию:

⁴⁸ Ст.ст. 487.01(7); 487.05(3); 487.092(4); 529.5 УК Канады.

⁴⁹ Ст. 487.01(7); 487.05(3см также Fontana and Keeshan, указ. соч. Стр. 408.

⁵⁰ Ст. 408.08.8.08.8.408.8.p.Fontana and Keeshan, указ. соч. стр. 408.

⁵¹ Form 5.1 в 1 rm 5.1 .08.8.408.8.ы.

⁵² Ст 487.1(6.1) УК Канады.

⁵³ Ст 487.1(7) УК Канады.

- (1) точное время и дата проведения мероприятия, санкционированного ордером. Если действие не было проведено, указание на причины, по которым оно не было проведено;
- (2) список полученных доказательств в ходе проведения мероприятия с указанием места, где эти доказательства находятся;
- (3) список доказательств, полученных в дополнении к тем, которые были указаны в ордере;
- (4) основания, по которым органы расследования полагают, что эти дополнительные доказательства, полученные в ходе расследования, относятся к совершенному преступлению.

После получения данного отчета судья, который выдал ордер по телефону, решает вопрос о допустимости доказательств, полученных в ходе этого розыскного мероприятия. При этом в законодательстве и практике Канады существует презумпция, что в отсутствии протокола, составленного судьей о получении информации от органов полиции по телефону с указанием точного времени и даты, а также ордера подписанного судьей, доказательства, полученные в ходе розыскных мероприятий, считаются полученными без разрешения суда.⁵⁴

Казахстанскому законодателю рекомендуется рассмотреть вопрос о введении института выдачи решений суда на проведение НСД по телефону и другим каналам связи. Законодатель должен довольно подробно описать процедуру заявления ходатайства, а также процедуру выдачи такого решения суда. Случаи выдачи решения по телефону должны быть ограничены случаями, которые не терпят отлагательства и при которых заявление ходатайства органами полиции лично в суде является практически невыполнимым. Следует учитывать, что органы полиции и суды, которые выдают судебные решения на проведение НСД, должны быть оснащены соответствующими средствами коммуникации (электронной почтой, телефонами, телефаксами и т.п.) для оперативной связи между органами полиции и судом и передачи копии решения суда.

Уведомление лица о проведенном в отношении него НСД

Законодателю Республики Казахстан необходимо предусмотреть требование, согласно которому правоохранительные органы обязаны в течение определенного периода после проведения соответствующего НСД уведомить лицо, в отношении которого проводились данные НСД, о том, что оно было объектом НСД.

Канадское законодательство обязывает Прокурора Провинции уведомить лицо, в отношении которого проводилось прослушивание переговоров, в течение 90 дней после завершения прослушивания. При этом прокурор также обязан сообщить суду, который выдал санкцию на проведение НСД о том, что лицо, в отношении которого проводилось прослушивание, было уведомлено. Вместе с тем, законодательство Канады предусматривает ряд случаев, когда суд может выдать разрешение на продления срока, в течение которого объект слежки должен быть уведомлен. В частности, судья должен прийти к следующим выводам:

- (1) расследование преступления, в отношении которого была выдана санкция продолжается, либо начато новое расследование на основании информации, полученной в ходе прослушивания переговоров; и
- (2) продление срока, в течение которого объект слежки должен быть уведомлен, отвечает интересам правосудия.⁵⁵

⁵⁴ Ст 487.1(11) 1 487.1(7).

⁵⁵ Ст. 196 УК Канады.

В этом случае судья может продлить срок уведомления до трех лет. Другим исключением является случаи, когда прослушивание осуществлялось в отношении организованной преступной группы либо террористической группы. В таком случае достаточно лишь второе условие, что продление необходимо в интересах правосудия. В этом случае срок может быть также продлен до трех лет.

В этой связи, рекомендуется законодателю Республики Казахстан предусмотреть обязанность правоохранительных органов уведомлять лиц, ставших объектами НСД, в течении определенного срока. При этом возможно предусмотреть исключительные правила для дел, которые находятся в стадии расследования, а также дел, связанных с организованной преступностью и терроризмом.

РЕКОМЕНДАЦИИ ДЛЯ РЕФОРМЫ КАЗАХСТАНСКОГО УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О СУДЕБНОМ КОНТРОЛЕ НА ЭТАПЕ ДОСУДЕБНОГО ПРОИЗВОДСТВА:

1. Вопросы о применении залога, а также других мер пресечения как альтернативы содержания под стражей, а также вопросы, связанные с санкционированием обыска и выемки и негласных следственных действий, должны решаться исключительно судьей, а не следователем или прокурором пусть даже при формальном разрешении судьи.
2. Рекомендуется изменить наименование следственного судьи на судью по соблюдению прав человека на предварительном следствии.
3. Законодателю необходимо рассмотреть вопрос о том, что, кроме случаев задержания на месте преступления, правоохранительные органы должны обращаться в суд за специальным ордером на задержание (арест) подозреваемого. При этом суд должен иметь возможность для проверки материалов негласных следственных действий перед тем как выдать ордер на арест подозреваемого.
4. Рекомендуется ввести правило, согласно которому орган, осуществляющий задержание подозреваемого, обязан проводить аудио- и видеозапись задержания. Данная запись должна иметь непрерывный характер и фиксировать сам момент задержания, а также момент информирования подозреваемого о его правах. Необходимо также обязать правоохранительные органы проводить аудио- и видеозапись подозреваемого в полицейской машине, а также в полицейском участке.
5. Рекомендуется рассмотреть возможность введения презумпции освобождения из под стражи и принципа нарастания степени тяжести мер пресечения при решении вопроса об их применении.
6. Рекомендуется ввести положение, согласно которому решение об обращении залога в доход государства принимается судьей после проведения слушаний. В ходе этих слушаний судья должен решить следующие вопросы: (1) подтверждаются ли факты того, что обвиняемый совершил одно из нарушений; (2) если эти факты подтверждаются должен ли обвиняемый быть помещен под стражу, а залог обращен в пользу государства. При этом бремя доказывания фактов того, что обвиняемый совершил одно из нарушений лежит на стороне обвинения.
7. Рекомендуется упразднить процедуру ознакомления судьи с материалами уголовного дела заранее до заслушивания обеих сторон в ходе слушания о выдачи санкции на арест.
8. Необходимо внести в уголовное законодательство новое обстоятельство, исключаящее преступность деяния – совершение деяния вследствие провокации или других активных действий органов, осуществляющих НСД. В частности, законодателю

необходимо дать четкое определение и указать на основные признаки провокации. Одно из возможных определений провокации: «умышленные односторонние действия, направленные на вовлечение лица в совершение преступления с целью последующего изобличения».

9. Рекомендуется ввести уголовную ответственность за провокацию любого преступления.

10. Рекомендуется ввести требование, что проведение проверочного закупа и проверочной продажи должно проводиться только на основании решения судьи, который должен убедиться в том, что против конкретного лица имеются основания подозревать его в продолжающейся преступной деятельности либо в подготовке к совершению преступления.

11. Рекомендуется рассмотреть опыт демократических государств и предусмотреть четкие и жесткие правила в отношении применения прослушивания телефонных или иных переговоров. Законодательство о негласных следственных действиях (НСД) должно исходить из принципов пропорциональности и крайней необходимости при применении данных действий. Рекомендуется предусмотреть запрет на прослушивание переговоров между подозреваемым лицом и его адвокатом.

12. Рекомендуется рассмотреть вопрос о введении института выдачи решений суда на проведение НСД по телефону и другим каналам связи.

13. Рекомендуется предусмотреть требование, согласно которому правоохранные органы обязаны в течении определенного периода после проведения соответствующего НСД уведомить лицо, в отношении которого проводились данные НСД, о том, что оно было объектом НСД.

Июль 2015 г.