



UNODC

Управление Организации Объединенных Наций
по наркотикам и преступности



Судебный контроль на этапе досудебного производства в уголовном процессе Узбекистана

Данная публикация официально не редактировалась. Содержание данной публикации не обязательно отражает мнения или политику Управления ООН по наркотикам и преступности (УНП ООН), или содействующих организаций, и не подразумевает какого-либо одобрения с их сторон. Используемые обозначения и изложения материала в данной публикации не подразумевают выражения со стороны УНП ООН какого-либо мнения относительно правового статуса страны, территории или населенного пункта, либо соответствующего правительства, а также относительно делимитации соответствующих границ.

Автором данной публикации «Судебный контроль на этапе досудебного производства в уголовном процессе Узбекистана» является Николай Ковалев, Доктор философии в области права (Ph.D. in Law), доцент (Associate Professor) кафедры криминологии Университета Уилфрида Лорие (Wilfrid Laurier University), адвокат Палата адвокатов Онтарио (Law Society of Ontario), Канада.

Данная публикация была подготовлена в рамках Программы Управления ООН по наркотикам и преступности (УНП ООН) для государств Центральной Азии 2015 - 2020 гг., подпрограммы 2: Уголовное правосудие и предупреждение преступности. УНП ООН выражает признательность Бюро Государственного Департамента США по борьбе с международным оборотом наркотических веществ и правоохранительной деятельности (INL) при финансовой помощи которого была подготовлена настоящая публикация.



Судебный контроль на этапе досудебного производства в уголовном процессе Узбекистана

Ташкент 2020

СОДЕРЖАНИЕ

Введение	4
Основания задержания.....	5
Порядок задержания до возбуждения уголовного дела	6
Виды мер пресечения	7
Основания для применения меры пресечения	8
Залог.....	8
Содержание под стражей.....	9
Сроки содержания под стражей.....	9

Оперативно-розыскные и другие негласные действия	10
Негласная контролируемая поставка, негласный контролируемый закуп	14
Проникновение и (или) обследование жилых и иных помещений.....	16
Оперативное внедрение и (или) имитация преступной деятельности	20
Получение судебного решения на проведение ОРД и других следственных действий в случаях, которые не терпят отлагательства	20
Уведомление лица о проведенном в отношении него ОРД и другого негласного следственного действия	22
Список рекомендаций.....	23

Введение

Предмет настоящего анализа – текст статей проекта Уголовно-процессуального Кодекса Республики Узбекистан», касающихся судебного контроля на этапе досудебного производства (далее УПК РУ).

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

В настоящий момент в нашем распоряжении нет полного текста проекта УПК, поэтому ряд выводов являются предварительными и сделаны на основе текста действующего закона.

Одним из существенных нововведений нового УПК РУ могло бы быть введение новой процессуальной фигуры. В некоторых постсоветских странах (Армения, Грузия, Казахстан, Кыргызстан, Молдова, Украина) эта процессуальная фигура называется *следственный судья* или его эквивалент, роль которого заключается 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 явилось бы очень прогрессивным шагом в судебной реформе Республики Узбекистан. Вместе с тем, на наш взгляд, выбор названия для нового института – следственный судья являлось бы 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 странах¹. 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 называется *Ermittlungsrichter* или судья по предварительному следствию, во Франции – *juge des libertés et de la detention* или судья по правам и предварительному заключению, в Италии – *giudice per le indagini preliminari* или судья по предварительному расследованию². 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 невинности подсудимого.

Мы полностью поддерживаем передачу полномочий санкционировать арест и давать разрешение на некоторые другие следственные действия специальному судье. На наш взгляд, данному судье должно быть предоставлены полномочия по санкционированию обыска, выемки, а также оперативно-розыскных мероприятий.

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.

¹ См. например, А.В. Головкин, Дознание и предварительное следствие в уголовном процессе Франции. Москва: СПАРК, 1995, стр. 67.

² Delmas-Marty, M. and Spencer, J.R. (eds.) (2005). *European Criminal Procedures*. Cambridge: Cambridge University Press.

Основания задержания

Статья 221 УПК РУ 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 ст. 221 УПК РУ лицо может быть задержано, когда «имеются данные, дающие основания подозревать лицо в совершении преступления, и, если оно покушалось на побег или не имеет постоянного места жительства либо не установлена его личность». На наш взгляд, данное положение может слишком широко толковаться сотрудниками правоохранительных органов.

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), они получают на это ордер и осуществляют задержание. Однако, узбекское законодательство не содержит подобного положения и любое задержание производится полицией³ 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 задержано⁴. 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 РУ должен, на наш взгляд, предусмотреть 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 по решению суда либо задержано без такого решения в случаях задержания на месте преступления.

Необходимость введения института задержания (ареста) по ордеру суда в Республике Узбекистан объясняется рядом причин. Во-первых, 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 48 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 должно быть определено исключительно судом, основным защитником прав и свобод граждан от посягательств государства. Причем определение обоснованности и законности применения 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.

³ В Узбекистане сотрудниками органов внутренних дел. Здесь для удобства используется «полиция».

⁴ Ст. 226 УПК РУ.

Институт задержания (ареста) по ордеру суда повысит ответственность следственных органов перед судебной властью. Неограниченные полномочия полиции задерживать лицо на срок до 48 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 подозрением⁶.

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 Палаты⁷.

Порядок задержания до возбуждения уголовного дела

На наш взгляд, УПК РУ не в достаточной мере гарантирует право подозреваемого в совершении преступления быть информированным о его правах с момента его фактического задержания. Согласно положению ст. 224 ч. 1 УПК РУ 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

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.

допустимый срок задержания под стражей свыше 48 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.

Подозреваемый может быть задержан до применения меры пресечения на срок до 48 часов, а в некоторых случаях по решению суда задержание может быть продлено дополнительно на 48 часов⁸. 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 стражей, а также подтверждающие его обоснованность материалы должны быть представлены в суд не позднее чем за восемь часов до истечения срока задержания (40 часов с момента задержания), а судья рассматривает ходатайство в срок не позднее 48 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 часов⁹.

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 заключению¹⁰. 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 Великобритании¹¹.

Виды мер пресечения

Ст. 237 УПК РУ 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 надлежащем поведении) и завершается самым обременительным или ограничительным для прав и свобод граждан мерой (заключение под стражу). На наш взгляд, авторам УПК РУ рекомендуется рассмотреть возможность введения презумпции освобождения из-под стражи и принципа нарастания степени тяжести мер пресечения при решении вопроса

8 Ст. 226 УПК РУ.

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

10 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. 17 сентября 2007 г.

11 Ковалев, Н. Роль прокурора в уголовном процессе на этапе ареста и заключения под стражу подозреваемого (обвиняемого). <http://www.lexkz.net/UserFiles/File/NoteRoleOfProsecutor.pdf>.

об их применении. Иными словами, судья должен будет применить наименее обременительную меру пресечения для подозреваемого если сторона обвинения не убедит судью в необходимости применения наиболее ограничительной меры пресечения. Например, судья должен применить подписку о надлежащем поведении если прокурор не сможет убедить судью, что интересы правосудия могут быть обеспечены только путем применения личного поручительства, 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 ограничения¹². Такой подход будет направлен на обеспечение таких прав граждан как право на презумпцию невиновности (ст. 77 п. 3 Конституции РК) и право быть освобожденным из под стражи до суда (ст. 9 п. 3 МПГиПП).

Основания для применения меры пресечения

Статья 236 УПК РУ гласит, что целями применения одной из мер пресечения являются: (1) предотвращение уклонения обвиняемого, подсудимого от дознания, предварительного следствия и суда; (2) пресечение его дальнейшей преступной деятельности; воспрепятствование его попыткам помешать установлению истины по делу; (4) обеспечение исполнения приговора. Кроме того, закон предусматривает что Основанием избрания меры пресечения в виде содержания под стражей может быть **обоснованное предположение**, что обвиняемый, подсудимый скроется от дознания, предварительного следствия и суда **по причине одной лишь опасности** совершенного преступления. При этом УПК РУ умалчивает кто несет бремя доказывания о существовании таких «обоснованного предположения» и других оснований полагать, что только предлагаемая мера пресечения соответствует целям обозначенным выше. Представляется, что авторам проекта УПК необходимо четко указать в тексте, что бремя доказывания существования одного из оснований лежит на стороне обвинения. Вместе с тем, законодателю рекомендуется ввести ряд исключений, когда бремя доказывания отсутствия оснований для заключения под стражу может быть перенесено со стороны обвинения на сторону защиты или подсудимого. Такими исключениями могут быть случаи когда (1) обвиняемый обвиняется в совершении особо тяжкого преступления за которое может быть назначено наказание в виде пожизненного лишения свободы; (2) обвиняемый не имеет постоянного места жительства на территории Республики Узбекистан; (3) обвиняемый подозревается в совершении другого преступления, совершенного в период, в течении которого действовала другая мера пресечения.

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. Как говорилось выше ст. 236 гласит, что содержание под стражей в качестве меры пресечения может быть применено по мотивам одной лишь тяжести совершенного преступления. Это положение УПК РУ несомненно нарушают принцип презумпции невиновности. На наш взгляд, было бы предпочтительным, как указывалось выше, в случаях когда обвиняемый обвиняется в совершении особо тяжкого преступления переносить бремя доказывания отсутствия оснований для заключения под стражу со стороны обвинения на сторону защиты.

Положение ст. 249 УПК РУ предусматривает, что в случае нарушения подозреваемым, обвиняемым данных им обязательств, залог обращается в собственность государства. При этом нормы УПК умалчивают каким образом определяется вопрос допустил ли подсудимый или обвиняемый одно из нарушений. В

¹² Steven Penney, Vincenzo Rondinelli and James Stribopoulos, *Criminal Procedure in Canada*, LexisNexis, 2011, pp. 368-370.

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 ст. 243 УПК РУ право на возбуждение ходатайства о применении в качестве меры пресечения содержание под стражей принадлежит прокурору, а также дознавателю и следователю с согласия прокурора. 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. 243 УПК РУ согласованное прокурором постановление лица, осуществляющего досудебное расследование, о санкционировании содержания под стражей, а также материалы должны быть представлены судье не позднее чем за восемь часов до истечения срока задержания, то есть не позднее 40 часов после задержания. Данный срок является неоправданно долгим. 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 судье возможность ознакомиться с материалами дела до проведения заседания, ускорив процесс рассмотрения в суде. Трудно согласиться с такой логикой авторов УПК РУ. Представляется, что ознакомление 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

Хотя ст. 245 УПК РУ определяет обычный срок содержания под стражей до суда в 3 месяца, данный срок может быть продлен до 5 месяцев, затем до 9.

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 трех 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 пять или девять месяцев, как это закреплено в тексте УПК РУ.

Оперативно-розыскные и другие негласные действия

Действующий УПК РУ закрепляет полномочия санкционировать производство оперативно-розыскных мероприятий, а также прослушивание переговоров и обыска за прокурором. При этом, кодекс не предусматривает судебного контроля за проведением этих действий, что является на наш взгляд существенным недостатком УПК. Способы сбора информации путем проведения оперативно-розыскных и других 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 Узбекистан:

1. право на защиту от посягательств на его честь и достоинство, вмешательства в его частную жизнь, на неприкосновенность его жилища (ст. 27);
2. право на тайну переписки и телефонных разговоров (ст. 27).

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 автономии¹³. Термин *прайвеси* содержится в английском варианте ст. 17 МПГПП. В русском тексте за неимением эквивалентного термина используется термин *личная жизнь*¹⁴. 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 отношения¹⁵.

Хотя Конституция Республики Узбекистан 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.

Оперативно-розыскная деятельность по своей природе направлена на ограничение *прайвеси* граждан, которые выступают в качестве объектов наблюдения, прослушивания телефонных переговоров, контроля почтовых отправлений. Таким образом, ОРД априори ограничивает и нарушает конституционное право на неприкосновенность частной жизни. Однако, исходя из содержания Конституции Республики Узбекистан, 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 случае и в порядке, предусмотренных законом. Для того, чтобы действия органов, осуществляющих

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

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

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

ОРД, были конституционными это условие должно быть соблюдено. Это означает, что случаи, основания и порядок принятия решения о применении ОРД должны быть подробно указаны в законе.

Положения УПК об ОРД не соответствуют требованиям Конституции РУ по следующим основаниям.

Во-первых, на наш взгляд, отсутствие судебного контроля над ОРД нарушает положение ст. 44 Конституции РУ о праве каждого на судебную защиту своих прав и свобод. Прокурор, который является органом уголовного преследования в силу своей основной функции не может обеспечить защиту прав и свобод граждан в отношении которых органы уголовного преследования намерены произвести ОРД и другие негласные следственные действия. Так как вынесение решений о производстве ОРД 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 - судьи. Во многих странах функции санкционирования ОРД и других негласных следственных действий 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 правоохранительными 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 ОРД.

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; а также принимает другие решения, которые прокурор может принять самостоятельно. Данный судья не участвует в решении дел первой инстанции или по существу. Он проверяет законность и обоснованность актов полиции и прокуратуры, при этом не руководит предварительным следствием¹⁶. 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.

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 16 выше, стр. 90.

На наш взгляд, законодателю Узбекистана необходимо рассмотреть вопрос о передаче функции санкционирования всех ОРД и других следственных действий находящихся в ведении прокурора специализированному судье.

Во-вторых, в УПК отсутствуют четкие основания при которых возможно применение ОРД в отношении граждан.

Проведение ОРД 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 ОРД, могут рассматриваться в качестве достаточных для решения вопроса о применении ОРД. Например, должны ли органы ОРД представить прокурору показания очевидцев, которые могут утверждать, что лицо, в отношении которого может быть проведены ОРД, планирует, покушается или совершило преступление.

Закон должен однозначно описать основания, при которых допустимо вмешательство в частную жизнь лица путем применения ОРД. В частности, закон должен указывать какие доказательства причастности лица к преступной деятельности могут быть достаточными для применения к нему ОРД. В законе отсутствует четкий критерий или стандарт доказывания который должен удовлетворить орган ходатайствующий перед санкционирующим органом о проведении ОРД. В противном случае, органы ОРД могут применять ОРД 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 не предусматривает максимального срок действия ОРД. На наш взгляд, для того, чтобы ограничить возможность правоохранительных органов вторгаться в частную жизнь граждан, закон должен предусматривать короткий срок действия решения при возможном продлении срока действия ОРД при подачи ходатайства о продлении действия ОРД и при подаче доказательств поддерживающих это ходатайство в суде. Это будет способствовать более надежному контролю со стороны суда.

Республика Узбекистан является участником ряда международных соглашений, гарантирующих права и свободы граждан, которые могут быть ограничены уголовно-процессуальным законодательством. В частности, в 1995 г. Республика Узбекистан 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 РУ не только входят в противоречие с Конституцией Республики Узбекистан, но также не соответствуют положениям МПГПП.

На наш взгляд, нормы действующего УПК РУ 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»¹⁹.

Комитет ООН по правам человека в своих докладах неоднократно подвергал критике правительства ряда

¹⁹ Замечания общего порядка № 16, ¶ 8. Русская версия замечаний доступна по адресу http://www2.ohchr.org/english/bodies/ictm-mc/docs/8th/HRI.GEN.1.Rev9_ru.pdf

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»²⁰.

Как говорилось выше, нормы действующего закона четко не описывают законные основания, при которых возможно производство ОРД. В этой связи действующий УПК РУ, 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 Узбекистан 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 Узбекистан 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 следственных действий 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 государственные власти могут прибегнуть к такому тайному и потенциально опасному вмешательству в частную жизнь и корреспонденцию»²¹.

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

²⁰ (1995) UN doc. CCPR/C/79/Add.54. Английский текст доступен по адресу <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/ee8895c-6dc1a616ac12563f00056728e?Opendocument>

²¹ *Bykov v. Russia*, application No. 4378/02, 10 March 2009.

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 злоупотреблений²².

(выделено автором – Н.К.).

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

Специфика ОРД предполагает, что организация и тактика ОРД носят негласный, закрытый характер и подробно обсуждаются в закрытой литературе. Однако, это не должно означать, что закрытость организации и тактики может распространяться на основания проведения ОРД. Законодательство должно эффективно защищать конституционные права граждан от произвола правоохранительных органов.

Как говорилось выше, законодателю необходимо четко определить какие ОРД 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 ОРД, а должен описать процедуру получения разрешения на их применение, а также полномочия правоохранительных органов при их реализации. Данный анализ лишь в общих чертах обсуждает важные, на наш взгляд, вопросы, касающиеся отдельных ОРД.

Негласная контролируемая поставка, негласный контролируемый закуп

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

Во-первых, оба эти ОРД могут проводиться в целях выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия преступлений в отношении предметов, веществ и продукции, свободная реализация которых запрещена

²² Seflyan v. Armenia, Application no. 22491/08, final decision of 02/01/2013.

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 контрабандой²³. Зачастую, эти НСД проводятся в отношении лиц, подозреваемых в совершении преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств.

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

Об использовании агентов-provokatorov, подстрекающих к совершению преступлений для того, чтобы привлечь исполнителя преступления к совершению преступления в различных странах Европы писал еще в начале 20 века профессор Таганцев²⁴. В ряде западных стран использование агентов-provokatorov 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 ОРД, 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.²⁵

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

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 ОРД, 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 provokatorov, если они непосредственно участвуют в осуществлении ОРД.
4. Само ОРД должно обязательно проводится при пассивной роли оперативных сотрудников и их агентов.

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

24 Русское указ. соч. стр. 150I. 1902 г.

25 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.

5. Провокация более вероятна в странах, где отсутствуют четкие и очевидные процедуры по авторизации ОРД, 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 ОРД как проверочная закупка (*test purchase*) и указал на необходимость судебной или другой независимой авторизации и надзора²⁶.

Несмотря на попытки постсоветских ученых правоведов разграничить провокацию от «правомерного» ОРД²⁷, 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 ОРД, законодатель Республики Узбекистан должен принять ряд конкретных изменений в законодательстве.

Во-первых, необходимо внести в уголовное законодательство новое обстоятельство, исключающее преступность деяния – совершение деяния вследствие провокации или других активных действий органов, осуществляющих ОРД. 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»²⁸.

Во-вторых, необходимо ввести уголовную ответственность правоохранительных органов за провокацию любого преступлений. В российской литературе высказывались предложения о введении уголовной ответственности за провокацию любого преступления²⁹.

В-третьих, одной из основных проблем злоупотребления правоохранительными органами своих полномочия является отсутствие независимого контроля за их деятельности при проведении данных ОРД. В этой связи представляется, 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.

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 ОРД должно быть санкционировано судом³⁰.

Проникновение и (или) обследование жилых и иных помещений

Проникновение правоохранительных органов на территорию жилища или другого частного объекта

26 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.

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

28 Там же.

29 Там же.

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

затрагивает интересы территориального аспекта прайвеси. В английском языке имеется выражение «A man's home is his castle» (дом человека – его крепость). Представляется, что данный аспект прайвеси также имеет крепкие корни и в обществе Узбекистана. Граждане Республики Узбекистан 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 ОРД 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.

Оперативное наблюдение; снятие информации с технических каналов связи; получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами; снятие информации с компьютеров, серверов и других устройств, предназначенных для сбора, обработки, накопления и хранения информации; контроль почтовых и иных отправлений

Эти виды ОРД и следственных действий 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 ОРД и следственных действий должны проводиться исключительно по предварительному судебному решению.

Право на тайну переписки, телефонных и иных переговоров, почтовых, телеграфных, электронных и иных сообщений составляет информационный аспект прайвеси³¹.

Один из наиболее широко используемых ОРД и следственных действий, затрагивающих информационный аспект прайвеси, является прослушивание и запись переговоров по телефону.

В некоторых странах, существуют довольно жесткие условия для применения таких действий 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 действие абсолютно необходимо для продолжения расследования³². 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 подготов-

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

32 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>.

ке преступления, и при этом соблюдается принцип пропорциональности». Принцип пропорциональности означает, что «тайное прослушивание телефона... [может] применяться только тогда, когда искомым результатом не может быть достигнут иными разумными способами»³³. 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.³⁴

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 действиями и методами будет невозможно либо чрезвычайно затруднительно;
3. Решение о проведении данного действия принимается судьей по предварительному расследованию³⁵.

Уголовный кодекс Канады³⁶ 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:

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;

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

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

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

36 Уголовный Кодекс Канады (Criminal Code).

- б. 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 непрактичным³⁷.

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 правоохранительные 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 правоохранительные органы получают разрешение на прослушивание. Они варьируются от 15 дней в Италии³⁸, 30 дней - в Швеции³⁹, 60 дней – в Канаде⁴⁰, и до 90 дней в Германии⁴¹.

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 правоохранительными 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 уничтожена⁴².

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 участником преступления.⁴³ При этом полученная в ходе прослушивания таких переговоров конфиденциальная информация не может быть допущена в качестве доказательств в суде⁴⁴.

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

Законодателю Узбекистана рекомендуется рассмотреть опыт демократических государств и предусмотреть четкие и жесткие правила в отношении применения прослушивания телефонных или иных переговоров. Представляется, что законодательство об ОРД и других негласных следственных действиях в

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

38 Ст. 267 ч. 3 УПК Италии.

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

40 Ст. 196 УК Канады.

41 Ст. 100 УК Канады.

42 Глава 27 пункт 22 СПК Швеции.

43 Ст. 186(2) УК Канады.

44 Ст. 189(6) УК Канады.

Республике Узбекистан также должно исходить из принципов пропорциональности и крайней необходимости при применении данных действий. Также, рекомендуется предусмотреть запрет на прослушивание переговоров между подозреваемым лицом и его адвокатом.

Оперативное внедрение и (или) имитация преступной деятельности

Данные ОРД представляют собой «способ получения информации путем установления доверительных отношений между штатными негласными сотрудниками органов, осуществляющих ОРД или лицами, оказывающими им содействие на конфиденциальной основе и лицами, подозреваемыми в преступлениях, совершаемых организованными преступными группами»⁴⁵. Ни действующий УПК ни закон об оперативно-розыскной деятельности не предусматривает осуществление судебного контроля над данным ОРД. Оперативное внедрение, наряду с другими ОРД, 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 ОРД, 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 ОРД и других следственных действий в случаях, которые не терпят отлагательства

В случаях, которые не терпят отлагательства проведение ОРД 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 быстро⁴⁶.

На наш взгляд, необходимо рассмотреть, как этот вопрос регулируется в других демократических странах. В этой связи интересны положения Уголовного Кодекса Канады, в 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 телефону⁴⁷. 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;

⁴⁵ Смирнов указ. соч. стр. 148.

⁴⁶ James A. Fontana and David Keeshan, *The Law of Search and Seizure in Canada*, 8th ed., LexisNexis, 2010, p. 407.

⁴⁷ Ст.ст. 487.01(7); 487.05(3); 487.092(4); 529.5 УК Канады.

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 суда⁴⁸.

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 ранее⁴⁹.

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 форму⁵⁰ – 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 телефакс⁵¹. 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 обыск⁵².

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

1. точное время и дата проведения мероприятия, санкционированного ордера. 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.

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

49 Ст. 408.08.; Fontana and Keeshan, указ. соч. стр. 408.

50 Form 5.1 в 1 gm 5.1 .08.8.408.8.

51 Ст 487.1(6.1) УК Канады.

52 Ст 487.1(7) УК Канады.

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 отсутствие 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 суда⁵³.

Законодателю Узбекистана рекомендуется рассмотреть вопрос о введении института выдачи решений суда на проведение ОРД 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 ОРД, должны быть оснащены соответствующими средствами коммуникации (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 ОРД и другого негласного следственного действия

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

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 ОРД 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 правосудия⁵⁴.

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 Узбекистан предусмотреть обязанность правоохранительных органов уведомлять лиц, ставших объектами ОРД, в течение определенного срока. При этом возможно предусмотреть исключительные правила для дел, которые находятся в стадии расследования, а также дел, связанных с организованной преступностью и терроризмом.

⁵³ Ст 487.1(11); 487.1(7).

⁵⁴ Ст. 196 УК Канады.

Список рекомендаций

1. Рекомендуется передать полномочия санкционировать арест, применение залога, а также других мер пресечения как альтернативы содержания под стражей, давать разрешение на такие гласные и негласные следственные действия как обыск, выемка, прослушивание переговоров, специальному судье.
2. УПК РУ должен предусмотреть 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 по решению суда либо задержано без такого решения в случаях задержания на месте преступления.
3. Рекомендуется ввести правило, согласно которому орган, осуществляющий задержание подозреваемого, обязан проводить аудио- и видеозапись задержания. 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.
4. Рекомендуется рассмотреть возможность введения презумпции освобождения из-под стражи и принципа нарастания степени тяжести мер пресечения при решении вопроса об их применении.
5. Законодателю необходимо четко указать в тексте УПК РУ, что бремя доказывания существования одного из оснований для содержания лица под стражей лежит на стороне обвинения.
6. Законодателю необходимо ввести положение, согласно которому решение об обращении залога в доход государства принимается судьей после проведения слушаний.
7. Право на возбуждение ходатайства о применении в качестве меры пресечения содержание под стражей должно принадлежать исключительно прокурору.
8. После первых трех месяцев содержания под стражей судья должен иметь возможность проверить законность и обоснованность содержания под стражей каждые два месяца.
9. Закон должен описать основания, при которых допустимо вмешательство в частную жизнь лица путем применения негласных следственных действий или оперативно-розыскных действий. В частности, закон должен указывать какие доказательства причастности лица к преступной деятельности могут быть достаточными для применения к нему таких действий. Закон также должен указать на четкий критерий или стандарт доказывания который должен удовлетворить орган ходатайствующий перед санкционирующим органом о проведении негласных следственных или оперативно-розыскных действий.
10. Закон должен предусматривать короткий срок действия решения о применении негласных следственных или оперативно-розыскных действий, при возможном продлении срока их действия при подачи ходатайства о продлении их действия, и при подаче доказательств поддерживающих это ходатайство в суде.
11. Законодателю необходимо внести в уголовное законодательство новое обстоятельство, исключаящее преступность деяния – совершение деяния вследствие провокации или других активных действий органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность.
12. Необходимо ввести уголовную ответственность правоохранительных органов за провокацию любого преступлений.

13. 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.
14. Негласное обследование жилых помещений и иных объектов должно быть законодательно запрещено.
15. Необходимо предусмотреть правило разрешающее применение прослушивания телефонных переговоров только в случаях крайней необходимости.
16. Законодателю необходимо предусмотреть четкие и жесткие правила в отношении применения прослушивания телефонных или иных переговоров. Законодательство о негласных следственных действиях в Республике Узбекистан должно исходить из принципов пропорциональности и крайней необходимости при применении данных действий. Также, рекомендуется предусмотреть запрет на прослушивание переговоров между подозреваемым лицом и его адвокатом.
17. Оперативное внедрение как негласное следственное должно производиться с разрешения суда.
18. Законодателю Узбекистана рекомендуется рассмотреть вопрос о введении института выдачи решений суда на проведение негласных следственных или оперативно-розыскных действий по телефону и другим каналам связи. Законодатель должен 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.
19. Законодателю необходимо предусмотреть требование, согласно которому правоохранительные органы обязаны в течении определенного периода после проведения соответствующего негласного следственного или оперативно-розыскного действия уведомить лицо, в отношении которого проводились данные действия, о том, что оно было объектом таких действий.

