**Обыск. Выемка. Наложение ареста на почтово-телеграфные отправления. Контроль и запись переговоров**

**Введение**

Успех в расследовании преступлений в решающей мере определяется эффективностью использования следователем отдельных следственных действий и их системы – производством в оптимальной последовательности всех необходимых по конкретному делу следственных действий, чем обеспечивается всесторонность, полнота и объективность исследования обстоятельств каждого преступления, создается необходимая и достаточная база доказательств для принятия законных и обоснованных процессуальных решений по делу.[1]

Следственные действия – это элементы предварительного расследования, регламентированные уголовно – процессуальным законом и служащие для получения доказательств по делу, а также обеспечения прав участников уголовного процесса.

Следственные действия носят, как правило, познавательный характер и через их посредство лицо, ведущее расследование, достигает цели постижения истины по уголовному делу.

Все следственные действия строго регламентированы в уголовно – процессуальном кодексе РФ, только через их выполнение возможно получение доказательств по делу, сведения, полученные иным путем, доказательствами не являются.

§ 1. Обыск

Обыск представляет собой процессуальный принудительный поиск, осуществляемый в определенном месте, находящемся в законном владении определенного лица, с целью обнаружения, изъятия и фиксации предметов и документов, которые могут иметь значение для дела, а также разыскиваемых лиц и трупов (ст. 182, 184 УПК).

Принудительный характер поиска при обыске объясняется наличием опасности сокрытия искомых предметов и документов, что отличает его от следственного осмотра (см. об этом § 2 настоящей главы), а также добровольной выдачи (ч. 5 ст. 182).

Обыск необходимо отграничивать от осмотра и по конечным целям. Хотя цели обыска частично и совпадают с целями осмотра, но все же отличаются от них. Как и осмотр, обыск, в конечном счете, предназначен для обнаружения, фиксации и изъятия объектов, имеющих значение для уголовного дела. Однако при обыске объектами поиска являются предметы, документы (в том числе орудия преступления и ценности), трупы, тогда как при осмотре могут устанавливаться, кроме того, следы преступления (например, отпечатки пальцев и т. д.) и обстановка места происшествия.177 В отличие от осмотра, целью обыска, может быть и обнаружение разыскиваемых живых лиц (ч. 16 ст. 182).

Факультативно, обыск может отличаться от осмотра и по месту проведения. Обыск воспроизводится в месте или помещении, которое находится в законном (титульном)7 владении определенного физического, юридического лица или государственного органа, в то время как осмотр может проводиться как в титульном владении (например, в жилище), так и в месте, у которого нет конкретного владельца (например, на улице населенного пункта; в лесном массиве, не находящемся в чьей-либо частной собственности, в заброшенном бесхозном строении); либо владении, которое является беститульным. При этом сомнения в законном характере владения должны толковаться в пользу фактического владельца, у которого в этом случае проводится не осмотр, а обыск (при условии, если есть опасность сокрытия искомых объектов). Однако, если предмет, выступающий в качестве хранилища и находящийся в чьей-либо собственности, выбыл из владения собственника в результате противоправных действий (например, угона судна или автомобиля), то должен производится осмотр. а не обыск, ибо признак титульного владельца здесь отсутствует. В качестве примера можно привести осмотр с целью обнаружения в угнанной машине оружия и взрывчатых веществ после задержания пользовавшихся ею террористов.

Поисковый характер обыска связан с тем, что перед началом этого следственного действия орган предварительного расследования не имеет точной информации о том, действительно ли в данном месте или у данного лица находятся искомые объекты, либо о том, где конкретно они сокрыты. Это отличает обыск от сходного с ним следственного действия — выемки. Обыск производится при наличии лишь вероятностных данных о местонахождении искомого объекта. Для проведения выемки нужно точно (достоверно) знать, где и у кого находится искомый предмет (ч. 1 ст. 183), поэтому проведение поисковых действий при выемке не требуется.

Итак, основаниями для производства обыска являются достаточные данные о том, что:

• в чьем-либо законном (титульном) владении могут находиться объекты, имеющие значение для уголовного дела (предметы и документы, живые разыскиваемые лица или трупы);

• существует опасность (вероятность) сокрытия или уничтожения этих объектов.

При выдвижении предположения о местонахождении искомых объектов в целях проведения обыска могут учитываться не только доказательства, но и непроцессуальная информация (например, результаты оперативно-розыскных мероприятий, иные сигналы). Однако следует помнить, что обыск затрагивает ключевые конституционные права человека на неприкосновенность жилища, личную неприкосновенность, право собственности, в связи с чем одна только непроцессуальная информация, без наличия уголовно-процессуальных доказательств, не может обосновать его проведение. Представляется, что только доказательствами может обосновываться (хотя и на вероятностном уровне) предположение о том, у кого могут находиться искомые объекты, в то время как предположение о том, где именно они находятся в данном помещении или на участке местности может базироваться как на доказательствах, так и на оперативно-розыскной или иной непроцессуальной информации, а также просто на следственном опыте.

Обыск следует отличать от схожих с ним административных действий: досмотра вещей, личного досмотра (ст. 27.7 КоАП РФ), досмотра транспортного средства (ст. 27.9 КоАП РФ), изъятия вещей и документов (ст. 27.10 КоАП РФ), результаты которых для уголовного дела могут иметь значение иных документов (ст. 84 УПК).

Процессуальный закон для производства обыска требует вынесения постановления (ч. 2 ст. 182 УПК), что объясняется необходимостью контроля над этой принудительной мерой. Согласно п. 5, 6 ч. 2 ст. 29, ч. 3 ст. 182 личный обыск,179 а также обыск в жилище, должен производиться на основании судебного решения.

Буквальное толкование ч. 2 ст. 29 и ст. 182 позволяет прийти к неверному, на наш взгляд, выводу, что только личный обыск и обыск в жилище производятся по судебному решению (ч. 3 ст. 182), а все остальные без исключения виды обыска не требуют дополнительных санкций. Закон не содержит и прямого требования о необходимости получать санкцию прокурора на какой-либо вид обыска. В то же время процессуальные нормы и гарантии надо рассматриваться с учетом их целей (телеологическое толкование), причем так, чтобы их буквальное толкование не приводило к явным противоречиям (абсурду). Так, следует принять во внимание то обстоятельство, что обыск по меньшим основаниям и серьезнее ограничивает права граждан, чем выемка. В то же время, некоторые виды выемки требуют судебного решения (выемка документов, содержащих информацию о вкладах и счетах граждан в банках и иных кредитных организациях — п. 7 ч. 2 ст. 29, ч. 4 ст. 183) или санкции прокурора (выемка документов, содержащих охраняемую законом тайну — ч. 3 ст. 183). Но в тех же случаях, если исходить из буквального толкования закона, обыск производится без всякого разрешения или санкции, к тому же не на достоверном (как это требуется для выемки), а всего лишь на вероятностном основании. Тогда особое санкционирование выемки теряло бы всякий смысл. В самом деле, зачем следователю обосновывать в суде доказательствами необходимость выемки банковских документов, если он вместо этого может произвести обыск в кредитном учреждении и изъять их без какого-либо разрешения? Это явное противоречие дает основание для распространительного толкования норм, содержащихся в п. 7 ч. 2 ст. 29 и ч. 3–4 ст. 183.

Согласно такому толкованию, принудительное изъятие (не только при выемке, но и при обыске) документов, содержащих информацию о вкладах и счетах граждан в банках и иных кредитных организациях нуждается, по нашему мнению, в судебном разрешении, а любых документов, содержащих охраняемую федеральным законом тайну, — в санкции прокурора.

Обыск производится по общим правилам проведения следственных действий (см. § 2 главы 1), однако его процедура имеет и ряд особенностей:

1) перед обыском следователь предъявляет постановление, а в необходимых случаях — и судебное решение на постановлении;

2) до начала обыска следователь предлагает добровольно выдать искомые объекты и предметы, изъятые из оборота;

3) во время обыска на присутствующих лиц могут быть возложены дополнительные ограничения: запрет покидать место обыска, общаться друг с другом или иными лицами;

4) в ходе обыска производится изъятие предметов, относящихся к делу. Дополнительно безвозмездно изымаются предметы, полностью запрещенные к обращению, а также предметы, изъятые из гражданского оборота (см. о них: § 4 гл. 7 учебника). Изъятию в ходе обыска подлежат и государственные награды обвиняемого (если он обвиняется в таком преступлении, за которое возможно лишение наград);

5) в ходе обыска принимает участие значительное количество его обязательных участников. Во-первых, это лицо, в помещении которого производится обыск, либо совершеннолетние члены его семьи, либо его представитель. Производство обыска в отсутствие указанных лиц является существенным нарушением закона (ч. 3 ст. 7), влекущим недопустимость полученных результатов. Если в силу неотложной ситуации участие указанных лиц обеспечить невозможно, то целесообразно пригласить представителя жилищно-эксплуатационной организации или местного самоуправления. Решение о производстве обыска в отсутствии представителей владельцев должно быть мотивированно отражено в протоколе. Во-вторых, обязательными участниками обыска являются понятые. Все поисковые действия должны вестись в присутствии понятых и других участвующих лиц. Понятые должны наблюдать процесс обнаружения и изъятия каждого предмета или документа. Если поиск ведется одновременно несколькими группами, то при каждой из них должны присутствовать не менее двух понятых. В-третьих, следователь не вправе отказать в присутствии при производстве обыска защитнику (п. 5 ч. 1 ст. 53), или адвокату владельца обыскиваемого объекта (ч. 11 ст. 182). С учетом официального толкования Конституции РФ, данного в Постановлении Конституционного Суда РФ от 27.06.2000 г. № 11-П "По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 47 и части второй статьи 51 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В. И. Маслова", лицо, в отношении которого проводится обыск с целью уличения его в совершении преступления, обладает правом на защиту, так как находится в положении подозреваемого в конституционном смысле слова. Поэтому его адвокат должен обладать правами защитника (ч. 2 ст. 53 УПК);

6) при обыске должны приниматься специальные меры по сохранению тайны частной жизни лица, у которого проводится обыск, его личной, семейной тайны, а также обстоятельств частной жизни других лиц: от присутствующих лиц взята подписка о неразглашении данных предварительного расследования (ч. 2 ст. 161); удалены посторонние (например, журналисты); процессуальной фиксации должны быть подвергнуты только относящиеся к делу обстоятельства.

При обыске специально запрещено без необходимости повреждать имущество (ч. 6 ст. 182). Не вызванное необходимостью повреждение имущества влечет дисциплинарную, гражданско-правовую, а в некоторых случаях и уголовную ответственность;

7) фиксация хода и результатов обыска производится по общим правилам, т. е. в протоколе в соответствие со ст. 166, 167. Однако особенно важно, чтобы местоположение и обстоятельства обнаружения предметов, их индивидуальные признаки, при необходимости — упаковка, наличие на ней печати следователя и подписей понятых были подробно указаны в протоколе обыска. В нем фиксируются все юридически значимые обстоятельства обыска (выдан ли предмет добровольно, поведение обыскиваемых, принятые меры, заявления и замечания присутствующих). Копия протокола обыска (в том числе копия описи изъятых предметов) вручается представителю владельца объекта обыска под расписку на оригинале протокола;

8) особой гарантией соблюдения при обыске прав и законных интересов граждан является возможность обжалования постановления о производстве обыска и его результатов непосредственно в суд, что прямо было отмечено в постановлении Конституционного Суда РФ от 23.03.99 г. № 5-П.

Виды обыска выделяются по различным критериям. Процессуальными особенностями обладают личный обыск (ст. 184), обыск в неотложной ситуации (ст. 157; ч. 5 ст. 165), обыск в жилище (ч. 3 ст. 182), в ином помещении или участке местности, обыск в отношении лиц, обладающих иммунитетом (ч. 2 ст. 3; ч. 3 и 4 ст. 450).

Личный обыск состоит в поиске и изъятии относящихся к уголовному делу предметов и документов, находящихся у подозреваемого или обвиняемого — в его одежде, среди имеющихся при нем вещей, а также на его теле (ст. 184). Дополнительной целью личного обыска подозреваемого и обвиняемого, помещаемого под стражу, является обнаружение и изъятие предметов, запрещенных к хранению и использованию в местах содержания под стражей.

Основаниями для производства личного обыска служат данные, указывающие на нахождение искомых предметов и документов у подозреваемого или обвиняемого. Представляется, что в тех случаях, когда личный обыск производится по судебному решению, основанием для него должны быть только уголовно-процессуальные доказательства. Однако, по смыслу закона, в неотложных случаях, а именно: а) при задержании подозреваемого или заключении его под стражу; б) при личном обыске лица, находящегося в месте, где производится обыск, по подозрению, что оно скрывает при себе предметы или документы, которые могут иметь значение для дела (ч. 2 ст. 184), основанием для личного обыска (как исключение из общего правила) могут быть не только доказательства, но соответственно и требование закона (юридическое основание) предварительно обыскивать всякое лицо, заключаемое под стражу,180 или результаты непосредственного наблюдения за поведением лиц, присутствующих при обыске помещения или иного места.

Особенности личного обыска состоят в следующем:

1) личный обыск ограничивает конституционное право на личную неприкосновенность (ч. 1 ст. 23 Конституции РФ) и потому, как правило, производится по судебному решению, получаемому в порядке ст. 165 УПК. Исключение составляют личный обыск перед помещением под стражу, личный обыск лица, проводимый в уже обыскиваемом помещении (ч. 2 ст. 184) и личный обыск в неотложных ситуациях (ч. 5 ст. 165);

2) при личном обыске присутствуют только лица одного пола с обыскиваемым. По аналогии с освидетельствованием (ч. 4 ст. 179 УПК) это требование не распространяется на специалиста — врача, если тот привлечен к участию в данном следственном действии;

3) личный обыск может быть связан с проникновением в полости организма. При этом особое внимание необходимо обращать на недопустимость создания опасности для здоровья обыскиваемого, а также соблюдение запрета принудительных медицинских опытов (ст. 21 Конституции РФ). В частности, проникновение в полости организма недопустимо, если это требует хирургического вмешательства, причиняет физическую боль (при отсутствии согласия обыскиваемого) или иным образом связано с каким-либо реальным риском для здоровья и жизни лица.

§ 2. Выемка

Выемка — это следственное действие, состоящее в процессуальном принудительном изъятии имеющих значение для дела определенных предметов и документов, когда точно известно, где и у кого они находятся (ст. 183 УПК).

Фактическими основаниями для производства выемки служат:

• нахождение определенного предмета или документа, имеющего значение для уголовного дела, в фактическом владении определенного лица (в данном помещении, ином месте, при нем или на нем);

• наличие опасности сокрытия или уничтожения данного предмета или документа;

• отсутствие необходимости их поиска органами предварительного расследования.

Последние две группы обстоятельств могут устанавливаться как доказательствами, так и иными данными (в том числе, с помощью непосредственного восприятия следователем или дознавателем, оперативно-розыскной информацией и даже следственным опытом). Что же касается первой группы обстоятельств — нахождения определенного предмета или документа, имеющего значение для уголовного дела, в фактическом владении определенного лица, — то это обстоятельство должно быть, на наш взгляд, достоверно доказанным, т. е. точно установленным с помощью уголовно-процессуальных доказательств. Это объясняется тем, что существование именно этих обстоятельств оправдывает возможность ограничения конституционных прав на неприкосновенность жилища, личности и частной собственности, поэтому к их установлению следует подходить особенно тщательно.

Как и в случае обыска для проведения выемки владение каким-либо лицом помещением, участком местности или иным местом, где производится это следственное действие, должно быть, как правило титульным — основанным на праве — в противном случае достаточно осмотра. Так, например, если после задержания подозреваемого в заброшенном бесхозном строении требуется изъять обнаруженные там похищенные вещи и т. п., проведение выемки избыточно, и следует ограничиться осмотром места происшествия. Однако в то же самое время изъятие похищенных вещей, одетых на подозреваемом, требует проведения их выемки, ибо при этом ограничивается право личной неприкосновенности (титульное владение человеком своим телом и тем, что на нем одето).

Когда нет опасности сокрытия предметов производство выемки может быть не обязательно. Определенные предметы, если точно известно, где они находятся, могут быть получены путем истребования (ч. 4 ст. 21). Истребование предметов и документов не является следственным действием, т. е. оно не обеспечено возможностью принудительного производства и не имеет детальной законодательной регламентации. Истребование оформляется запросом (требованием) следователя и может применяться при одновременном соблюдении следующих условий: а) нет опасности в сокрытии предмета и документа, а значит, и необходимости в принуждении (можно полагать, что необходимый предмет или документ будут передан добровольно); б) само местонахождение предмета не имеет доказательственного значения. Например, похищенные вещи изъяты в административном порядке и находятся в дежурной части милиции; в больнице находится одежда пострадавшего со следами крови, при этом администрация больницы и сам пострадавший согласны представить одежду, и они не заинтересованы в ее сокрытии и т. п. Выемку вместо истребования следует производить, когда возможно понадобится применение принуждения (предмет не выдают или он может быть спрятан или уничтожен) либо доказательственное значение имеет фиксируемый в протоколе сам факт нахождения предмета в данном месте, например, наркотических средств в лаборатории по делу о нарушении правил их хранения.

Порядок производства выемки такой же, как и при обыске.

По общему правилу, выемка не требует специального дополнительного разрешения (санкционирования). Однако из этого правила имеется широкий круг исключений.

1. По судебному решению производится выемка:

а) в жилище (п. 5 ч. 2 ст. 29);

б) документов, содержащих информацию о вкладах и счетах физических и юридических лиц в кредитных учреждениях (п. 7 ч. 2 ст. 29, ч. 4 ст. 183);

в) почтово-телеграфных отправлений (ч. 2 ст. 185 УПК). По судебному решению, должна производиться выемка не только почтово-телеграфных отправлений, но и иных сообщений, например, пейджинговых, электронной почты, что вытекает из содержания ст. 23 Конституции РФ;

2. С санкции прокурора производится выемка предметов и документов, содержащих государственную или иную охраняемую федеральным законом тайну. Государственная тайна, согласно ст. 2 Закона РФ от 21.07.93 г. "О государственной тайне", — это защищаемые государством сведения в области его военной, внешнеполитической, экономической, разведывательной, контрразведывательной и оперативно-розыскной деятельности, распространение которых может нанести ущерб безопасности Российской Федерации.181 Выемку документов, содержащих сведения, являющиеся государственной тайной, целесообразно проводить в порядке, согласованном с руководителем соответствующего учреждения, отвечающего за соблюдение этой тайны. Иная охраняемая федеральным законом тайна — это конфиденциальная информация, доступ к которой ограничен федеральным законом (Федерального закона от 20.02.95 г. "Об информации, информатизации и защите информации"). Выемка предметов и документов, содержащих охраняемую федеральным законом тайну, производится с санкции прокурора (а в некоторых указанных выше случаях — по судебному решению).

Федеральными законами предусмотрены следующие виды тайн:

1) тайна частной жизни, личная, семейная тайна (ч. 1 ст. 23 Конституции РФ);

2) аудиторская тайна (ст. 8 Федерального закона от 7.08.01 г. № 119-ФЗ "Об аудиторской деятельности");

3) банковская тайна (ст. 857 ГК РФ; ст. 183 УК РФ; ст. 26 Закона РФ от 02.12.90 г. "О банках и банковской деятельности");

4) врачебная или медицинская тайна (ст. 61 Закона РФ от 22.07.93 г. "Основы законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан"; ч. 2

ст. 15 Семейного кодекса РФ; ст. 9 Закона РФ от 02 .07.92 г. "О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании");

5) коммерческая или производственная тайна (ст. 183 УК РФ; ст. 139 ГК РФ;

6) налоговая тайна (ст. 102 Налогового кодекса РФ; ст. 183 УК РФ);

7) служебная тайна (ст. 139 ГК РФ);

8) тайна архива (ст. 1, 7 Закон РФ от 07.07.93 г. "Основы законодательства Российской Федерации об Архивном фонде Российской Федерации и архивах");

9) тайна голосования на выборах или референдуме (ст. 7 Федерального закона от 19.09.97 г. "Об основных гарантиях избирательных прав граждан и права на участие в референдуме граждан РФ"; ст. 142 УК РФ);

10) тайна завещания (ст. 1123 ГК РФ);

11) тайна исповеди (ст. 3 Закона РФ от 26.09.97 г. "О свободе совести и о религиозных объединениях");

12) тайна источника информации средства массовой информации или редакционная, журналистская тайна (ст. 41 Федерального закона "О средствах массовой информации");

13) тайна о мерах безопасности в отношении участников уголовного процесса, тайна предварительного расследования (ч. 9 ст. 166, ст. 161 УПК);

14) тайна персональных данных работника (ст. 86 Трудового кодекса РФ);

15) тайна совершения нотариальных действий (ст. 16, 27 Закона РФ от 11.02.93 г. "Основы законодательства Российской Федерации о нотариате");

16) тайна совещательной комнаты (ст. 298, 341 УПК);

17) тайна страхования (ст. 946 ГК РФ);

18) тайна усыновления (ст. 139 Семейного кодекса РФ, ст. 155 УК РФ).

19) тайна закрытого ключа электронной цифровой подписи (ст. 12 Федеральный закон от 10.01.02 г. "Об электронной цифровой подписи").

Кроме того, процессуальными особенностями обладает выемка в неотложной ситуации (ст. 157; ч. 5 ст. 165 УПК); выемка у лиц, обладающих дипломатическим или служебным иммунитетом (ч. 2 ст. 3; ст. 450 УПК).

Постановление о производстве выемки и ее результаты могут быть обжалованы в прокурору или в суд.

§ 3. Наложение ареста на почтово-телеграфные отправления, их осмотр и выемка

Данное следственное действие регламентировано ст. 185 УПК и по существу является особой разновидностью выемки. Оно состоит из двух относительно самостоятельных, но взаимосвязанных элементов: а) наложения ареста на почтово-телеграфные отправления и б) их осмотра и выемки. Наложение ареста в данном случае является принудительной мерой, обеспечивающей последующее следственное действие — выемку. Особенности данного следственного действия подчинены обеспечению конституционного права граждан на тайну переписки и иных сообщений (ч. 2 ст. 23 Конституции РФ).

Основанием для наложения ареста являются доказательства о том, что почтово-телеграфные отправления могут содержать относящуюся к делу информацию. Получение этой информации составляет конечную цель данного следственного действия. При этом закон не разрешает налагать арест на корреспонденцию в иных целях, например, для создания препятствий общения подозреваемого или обвиняемого с иными лицами. Эта цель может быть достигнута путем применения меры пресечения, например, домашнего ареста (п. 2 ч. 1 ст. 107 УПК).

Наложение ареста на почтово-телеграфные отправления производится на основании судебного решения, принимаемого в порядке ст. 165. Судебное решение о наложении ареста одновременно означает и разрешение на проведение осмотров и выемку почтово-телеграфных отправлений. Поэтому во время действия ареста неоднократные осмотры и выемки корреспонденции проводятся без дополнительного обращения к суду.

Порядок производства данного следственного действия складывается из следующих этапов.

1. Вынесение следователем постановления о возбуждении перед судом ходатайства о наложении ареста на почтово-телеграфные отправления и производстве их осмотра и выемки (приложение 87 к ст. 476 УПК), получение соответствующего согласия прокурора и разрешения судьи. В постановлении следователя указываются данные о лице, чья корреспонденция подлежит аресту, основания для этого, виды почтово-телеграфных отправлений, подлежащих аресту, и наименование исполнителя ареста — учреждения (операторы) связи (ч. 3 ст. 185).

При этом следует иметь в виду, что арест накладывается только на отправления конкретного лица — подозреваемого или обвиняемого — как на исходящие, так и входящие.8 Не может быть наложен арест на корреспонденцию свидетеля, потерпевшего и др. В то же время арестована может быть корреспонденция юридического лица, если она будет исходить от подозреваемого (обвиняемого) или будет ему адресована. Если обвиняемый использует постороннее лицо для отправки и получения корреспонденции, то последняя может быть изъята в ходе другого следственного действия — обыска или выемки.

Процессуальный закон прямо не устанавливает срок, в течение которого производится контроль отправлений. Учитывая тесную связь между арестом почтово-телеграфных отправлений и контролем и записью переговоров суду целесообразно устанавливать по аналогии срок ареста в пределах 6 месяцев (ч. 5 ст. 186).

2. Исполнение ареста почтово-телеграфных отправлений возлагается на оператора связи, который исполняя решение суда, уведомляет следователя о факте задержания отправлений.

3. Осмотр и выемка отправлений. Следователь вправе в любой момент (в том числе, и до поступления к нему уведомления оператора связи) приступить к осмотру и выемке почтово-телеграфных отправлений. При этом должны обеспечиваться условия нераспространения конфиденциальной информации, подпадающей под понятие тайны сообщений. В частности, при осмотре, выемке и снятии копий с отправлений понятыми могут быть только лица из числа работников данного учреждения связи. Каждый факт осмотра и выемки отправлений (вне зависимости от его результатов) оформляется протоколом, составляемым по правилам ст. 166. По результатам осмотра отправления могут быть задержаны и приобщены к делу (в оригиналах или копиях) или отправлены адресату.

4. Отмена ареста почтово-телеграфных отправлений. Арест отменяется постановлением следователя, когда в нем отпадает необходимость, с уведомлением об этом суда (судьи), принявшего решение о наложении ареста, и прокурора.

Для ареста отправлений как процессуальной меры принуждения должны соблюдаться общие условия их применения. В частности, арест не может действовать по приостановленному либо по прекращенному делу. Срок ареста не может превышать срока предварительного расследования.

В практике иногда встречаются случаи ареста и выемки сообщений, которые не являются почтово-телеграфными отправлениями, — пейджинговых сообщений, сообщений электронной почты или иных передаваемых по сетям электросвязи сообщений. Следует иметь в виду, что ч. 2 ст. 23 Конституции РФ допускает ограничение права граждан на тайну "иных сообщений" только по судебному решению. Поэтому выемка подобных сообщений должна быть проведена только по решению суда. Нарушение этого требования влечет признание полученных доказательств недопустимыми9.

§ 4. Контроль и запись переговоров

Контроль и запись переговоров как следственное действие состоит: а) в поручении следователем специализированным органам вести прослушивание и запись переговоров путем использования любых средств коммуникации лиц, которые могут располагать сведениями, имеющими значение для уголовного дела; б) в истребовании полученной фонограммы; г) фиксации содержания переговоров в протоколе (п. 141 ст. 5; ст. 186 УПК).

Данное следственное действие во многом напоминает сходные с ним оперативно-розыскных мероприятия — прослушивание телефонных переговоров, звуковое наблюдение, снятие информации с технических каналов связи, контроль сообщений. С точки зрения методов производства между ними нет принципиальных различий, поскольку само техническое осуществление прослушивания и звукозаписи производится оперативными подразделениями технической разведки ФСБ, ОВД в условиях конспирации, т. е. оперативно-розыскными средствами. Это дает некоторым авторам повод утверждать, что контроль и запись переговоров не являются следственным действием, так как между прослушивающими переговоры органами и прослушиваемыми лицами они не усматривают каких-либо процессуальных правоотношений.10 Следует, однако, признать, что некоторые процессуальные отношения в ходе самого прослушивания и записи все же возникают — при даче следователем поручения специализированному подразделению органа дознания о контроле и записи переговоров, а также при истребовании и оформлении результатов этих действий. Определенные правоотношения имеют место и между прослушивающими переговоры органами и прослушиваемыми лицами. Так, последние имеют право на то, чтобы прослушивание производилось лишь с разрешения суда и не более установленного им срока. Впрочем, аналогичные права предоставляет прослушиваемым лицам и законодательство об оперативно-розыскной деятельности (ст. 8–9 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности), поэтому их нельзя признать сугубо процессуальными. Признаками следственного действия в полной мере обладают не все элементы контроля и записи переговоров, предусмотренные ст. 186 УПК. Любое следственное действие по форме представляет собой открытое (неконспиративное и до известной степени гласное) восприятие следователем или сотрудниками органа дознания фактических обстоятельств дела в порядке, детально урегулированном уголовно-процессуальным законом. Собственно процесс контроля и записи переговоров (ч. 4–5 ст. 186), осуществляемый конспиративно оперативными подразделениями органов дознания, этим требованиям не отвечает. Техническое осуществление контроля и записи переговоров уголовно-процессуальными нормами не регулируется. По существу, они вплотную приближаются к оперативно-розыскному мероприятию, выполняемому по поручению следователя. Напротив, осмотр и прослушивание следователем полученной таким способом фонограммы с участием понятых, при необходимости — специалиста, а также лиц, чьи переговоры записаны (ч. 7 ст. 186), несомненно, обладают признаками следственного действия.

Контроль и запись переговоров необходимо отграничивать также от ареста и выемки почтово-телеграфных отправлений. Между ними существует два основных различия. Во-первых, арест и выемка состоит в контроле, задержании и изъятии материальных носителей информации, уже созданных самими участниками письменных переговоров (записки, письма, пейджинговые сообщения, документы, отправленные по электронной почте). При контроле и записи переговоров материальные носители — фонограммы создаются по поручению следователя, поскольку переговоры ведутся устно. Во-вторых, при контроле и записи переговоров основным участником является специализированное оперативное подразделение органа дознания, которое их прослушивает и записывает. В выемке же почтово-телеграфных отправлений принимает участие обычный (неконспиративный) оператор связи, через который передаются сообщения.

Основанием для производства контроля и записи переговоров являются данные о возможности получения из них относящихся к делу сведений. Контролю и записи могут быть подвергнуты как телефонные, так и любые другие устные переговоры подозреваемого, обвиняемого, и других лиц, которые могут располагать сведениями о преступлении либо иными сведениями, имеющими значение для уголовного дела. В качестве условия для проведения данного следственного действия закон признает наличие производства по тяжкому или особо тяжкому преступлению (ч. 4–5 ст. 15 УК РФ).

По общему правилу контроль и запись переговоров производится по судебному решению, выносимому в порядке ст. 165 УПК. Без судебного решения данное следственное действие может производиться по письменному заявлению одного из участников переговоров, когда существует реальная угроза совершения насилия, вымогательства или иных преступных действий в отношении потерпевшего, свидетеля, их близких.

Срок контроля и записи переговоров не может превышать ординарного срока предварительного следствия и устанавливается в пределах шести месяцев.

Порядок осуществления контроля и записи переговоров включает в себя несколько этапов.

1. Вынесение следователем мотивированного постановления о возбуждении перед судом ходатайства о контроле и записи переговоров. Оно направляется в суд в порядке ст. 165. Постановление судьи об осуществлении контроля и записи переговоров направляется следователем в соответствующий орган для исполнения. Если контроль и запись переговоров ведется по письменному заявлению их участника, то следователь лишь выносит постановление и уведомляет об этом прокурора.

2. Техническое производство контроля и записи переговоров специализированным подразделением органа дознания.

3. Истребование следователем фонограммы переговоров от органа, осуществляющего их контроль и запись, может быть сделано в любое время в течение всего срока контроля и записи. В ответ на запрос следователя фонограмма ему передается в опечатанном виде с сопроводительным письмом, с указанием времени начала и окончания записи, кратких технических характеристик использованных средств. При этом не нужны сведения о лицах, которые осуществляли сами контроль и запись переговоров.

3. Осмотр и прослушивание фонограммы следователем производится в присутствии понятых. В осмотре могут участвовать специалист и лица, чьи переговоры записаны. О результатах осмотра составляется протокол по правилам ст. 166, причем в нем излагается (дословно) лишь та часть фонограммы, которая, по мнению следователя, имеет отношение к данному делу. Однако вся фонограмма в полном объеме приобщается к делу в качестве вещественного доказательства.

Контроль и запись переговоров прекращаются по постановлению следователя, когда в них отпадает необходимость, либо истекает установленный судом срок их производства или срок предварительного следствия, либо прекращается уголовное дело, или приостанавливается предварительное расследование.