

Е. К. Антонович*

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ В ДОКАЗЫВАНИИ РЕЗУЛЬТАТОВ ПРОСЛУШИВАНИЯ ТЕЛЕФОННЫХ ПЕРЕГОВОРОВ В УСЛОВИЯХ РАЗВИТИЯ ИНФОРМАЦИОННЫХ ТЕХНОЛОГИЙ (СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА НЕКОТОРЫХ ИНОСТРАННЫХ ГОСУДАРСТВ)¹

Аннотация. Статья посвящена актуальным проблемам использования результатов прослушивания телефонных переговоров в процессе доказывания по уголовным делам с учетом современных требований, предъявляемых к информационным технологиям.

В последние годы появились отдельные исследования по вопросам использования информационных технологий в доказывании. Однако большинство из них касается проблем применения в уголовном судопроизводстве электронных носителей информации и «электронных доказательств». Порядок же проведения анализируемого мероприятия, как и иных оперативно-розыскных мероприятий, регулируется не уголовно-процессуальным законодательством, а законодательством об оперативно-розыскной деятельности. В этой связи в юридической литературе не утихают дискуссии относительно процедуры введения результатов прослушивания телефонных переговоров в уголовное судопроизводство. Исследование различных мнений на этот счет не только представляет интерес для развития научной мысли, но и имеет практическую значимость, так как это обуславливает допустимость доказательств и создает необходимые гарантии обеспечения прав и законных интересов личности в уголовном судопроизводстве. Все это не теряет актуальность и в эпоху цифровизации.

В целях поиска ресурсов для повышения эффективности доказывания в статье анализируется положительный опыт законодательного регулирования в некоторых иностранных государствах как способов использования информационных технологий в процессе прослушивания телефонных переговоров, так и использования в доказывании результатов этого оперативно-розыскного мероприятия. Особое внимание уделено правам и законным интересам личности, вовлеченной в орбиту уголовного судопроизводства.

Ключевые слова: уголовное судопроизводство, оперативно-розыскные мероприятия, доказывание, информационные технологии, цифровизация, прослушивание телефонных переговоров.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.152.7.160-171

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 18-29-16041.

© Антонович Е. К., 2019

* Антонович Елена Константиновна, кандидат юридических наук, полковник внутренней службы в отставке, доцент кафедры уголовно-процессуального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

e.ant@inbox.ru

125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Информационные технологии уверенно вошли в нашу жизнь, приобретая значение во всех отраслях. Но наука не стоит на месте, и в последнее время проявляется всё больший интерес к искусственному интеллекту, к его значению не только в робототехнике, но и в решении конкретных проблем. Вопрос об исследовании свойств интеллектуальных систем на предмет выполнения творческих функций, которые традиционно считались прерогативой человека, не является чем-то необычным. Объясняется это тем, что инновации минимизируют риски ошибок: в цифровом мире искусственный интеллект лишен даже намека на просчет, в отличие от человека, пусть даже самого авторитетного профессионала. 4 декабря 2018 г. Европейская комиссия по эффективности правосудия (СЕРЕЈ) Совета Европы приняла первую Европейскую этическую хартию об использовании искусственного интеллекта в судебных системах, устанавливающую этические принципы, касающиеся использования искусственного интеллекта (ИИ) в судебных системах. В качестве одного из основополагающих выделен принцип качества и безопасности в отношении обработки судебных решений с использованием сертифицированных источников и нематериальных данных с моделями, разработанными на междисциплинарной основе, в безопасной технологической среде².

Все больше внимания исследователи уделяют вопросам изучения отдельных проблем, связанных с электронными носителями информации³ и «электронными доказательствами»⁴ в уголовном судопроизводстве.

Что касается приемлемости цифровизации в уголовном судопроизводстве, то здесь требуется выработка общих подходов к ее пониманию и значению в уголовном судопроизводстве.

При этом нельзя забывать о том, что поиск путей наиболее эффективного достижения назначения уголовного судопроизводства невозможен без одновременного обеспечения гарантий соблюдения прав лиц, вовлеченных в уголовное судопроизводство. Именно с этой позиции в эпоху глобальной цифровизации необходимо оптимизировать и правовую основу, обуславливающую возможность использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании.

Мы поддерживаем высказанную в юридической литературе точку зрения о том, что по своей природе средствами познания прошедшего события являются только следы, которые оставлены этим событием в объективной реальности. Но, как справедливо отмечалось в юридической литературе, не каждый такой след может быть использован для познания события. Гарантией отбора «доброкачественных» следов становится особая процессуальная форма получения такой информации⁵.

В контексте обозначенной выше проблемы, связанной с переходом на цифровой формат, нами будут рассмотрены вопросы использования в доказывании результатов прослушивания телефонных переговоров. Наше внимание к исследованию этой проблемы обусловлено тем, что законом не урегулирован способ использования в доказывании таких результатов оперативно-розыскной деятельности. Законодательством об оперативно-розыскной деятельности лишь провозглашена эта возможность⁶. В то время как уголовно-процессуальное законодательство⁷ содержит запрет на использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъявляемым Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации к доказательствам.

² Council of Europe adopts first European Ethical Charter on the use of artificial intelligence in judicial systems // URL: https://search.coe.int/directorate_of_communications/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016808fed10 (дата обращения: 01.03.2019).

³ Соколов Ю. Н. Электронный носитель информации в уголовном процессе // Информационное право. 2017. № 3. С. 22—26.

⁴ Оконенко Р. И. Электронные доказательства как новое направление совершенствования российского уголовно-процессуального права // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 3. С. 120—124; Бикмиев Р. Г., Бурганов Р. С. Собираение электронных доказательств в уголовном судопроизводстве // Информационное право. 2015. № 3. С. 17—21.

⁵ Воскобитова Л. А. Философские аспекты проблем познания в уголовном судопроизводстве // Философские науки. 2013. № 12. С. 27.

⁶ Федеральный закон от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности». Ч. 2 ст. 11 // СПС «КонсультантПлюс».

⁷ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации. Ст. 89 // СПС «КонсультантПлюс».

Небезынтересен в этой связи и зарубежный законодательный опыт об использовании в доказывании такого рода доказательств. Так, законодательством некоторых иностранных государств производство оперативно-розыскных мероприятий рассматривается в качестве способа собирания доказательств. Например, согласно ч. 2 ст. 91 Уголовно-процессуального кодекса Киргизской Республики⁸ собирание доказательств производится в том числе путем следственных оперативно-розыскных действий. В соответствии со ст. 63 Уголовно-процессуального кодекса Эстонской Республики⁹ доказательство — это в том числе и протокол или видеозапись не только следственного действия, судебного заседания, но и оперативно-розыскного мероприятия, а также иной документ и фото- или киноматериал либо иной носитель информации. В соответствии со ст. 87 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан¹⁰ доказательства могут собираться в том числе путем проведения оперативно-розыскных мероприятий.

В юридической литературе мнения по этой проблеме разнятся от полного отрицания возможности непосредственного использования результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств до полного признания их доказательствами в сфере уголовного судопроизводства. Одни авторы обосновывают свою точку зрения о легализации оперативно-розыскной информации, другие — о трансформации формы полученной оперативно-розыскным путем информации. Имеются и иные мнения: о привлечении оперативно-розыскной информации в уголовный процесс; о преобразовании сведений оперативного характера в доказательства по уголовным делам; о переходе результатов оперативно-розыскной деятельности в форму процессуальных доказательств и о введении в уголовный процесс и об использовании в качестве доказательств результатов оперативно-розыскной деятельности;

о переводе результатов оперативно-розыскной деятельности в доказательства. Рассмотрение тех или иных точек зрения представляет практический интерес, поскольку от решения этой проблемы зависит и возможность признания (либо непризнания) за результатами оперативно-розыскной деятельности доказательственного значения, и создание системы гарантий (не только провозглашения, но и реального соблюдения) прав и законных интересов личности в уголовном судопроизводстве. Тем более этот вопрос актуален в том случае, когда при производстве оперативно-розыскного мероприятия были использованы информационные технологии.

В условиях, когда принимаются меры по использованию цифровых технологий для внедрения платформенных решений в практическую деятельность государственных органов, сказанное представляет особое значение. Ведь ряд оперативно-розыскных мероприятий связан с аудио- и видеозаписью проведенных мероприятий. Так, например, прослушивание телефонных переговоров имеет своей целью получение звукозаписи (фонограммы), которая в определенном порядке может представляться следователю, дознавателю или в суд. Однако судебная практика не исключает и использования в доказывании составленных в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий документов в форме справки о проведении оперативно-розыскных мероприятий¹¹, в том числе включающих в себя стенограммы относящихся к событиям уголовного дела телефонных переговоров¹².

Можно ли рассматривать составление таких справок на основе фонограмм как процесс, обратный цифровизации? Каково соотношение формы и содержания (процедурного и смыслового) в эпоху цифровизации в таких доказательствах, полученных в результате прослушивания телефонных переговоров? Попробуем разобраться.

⁸ Уголовно-процессуальный кодекс Киргизской Республики // URL: https://online.zakon.kz/document/?doc_id=30241915#pos=6;-170 (дата обращения: 01.03.2019).

⁹ Уголовно-процессуальный кодекс Эстонской Республики // URL: <https://v1.juristaitab.ee/ru/zakonodatelstvo/ugolovno-processualnyy-kodeks> (дата обращения: 01.03.2019).

¹⁰ Уголовно-процессуальный кодекс Республики Узбекистан // URL: <http://lex.uz/docs/111463> (дата обращения: 01.03.2019).

¹¹ См., например: апелляционное определение Верховного Суда РФ от 1 февраля 2018 г. № 53-АПУ17-28 // СПС «КонсультантПлюс».

¹² См., например: апелляционное определение Верховного Суда РФ от 3 октября 2017 г. № 205-АПУ17-32сп // СПС «КонсультантПлюс».

Наши рассуждения относительно использования таких сведений в доказывании в российском уголовном судопроизводстве строятся следующим образом.

Прослушивание телефонных переговоров является оперативно-розыскным мероприятием, порядок проведения которых регулируется не уголовно-процессуальным законодательством, а законодательством об оперативно-розыскной деятельности. Чтобы рассматривать фонограммы и справки о проведении оперативно-розыскных мероприятий в качестве доказательств, необходимо оценить их на предмет соответствия ряду предусмотренных законодательством требований. Эти требования условно могут быть выделены в следующие группы:

- требования законодательства, предъявляемые к источнику, субъектам, наделенным полномочиями на проведение данного оперативно-розыскного мероприятия, порядку его проведения и фиксации результатов оперативно-розыскного мероприятия, а также их представления следователю, дознавателю или в суд;
- требования к проведению следственных и иных процессуальных действий на основе таких результатов оперативно-розыскной деятельности, которые были представлены в установленном порядке.

Так, фонограмма с аудиозаписью как результат оперативно-розыскной деятельности должна быть получена при проведении оперативно-розыскного мероприятия, которое включено в перечень ст. 6 Федерального закона от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», — прослушивания телефонных переговоров. А прослушивание телефонных переговоров, в свою очередь, должно быть проведено оперативным подразделением органа из числа включенных на момент его проведения в перечень органов, осуществляющих оперативно-розыскную дея-

тельность¹³, и только для решения предусмотренных законом задач и целей и при наличии законных оснований. Обратное же обуславливает недопустимость применения полученных результатов в доказывании при производстве по уголовному делу.

Использовать результаты оперативно-розыскных мероприятий в качестве доказательств без соответствующего решения суда либо без копии этого решения в материалах дела не допускается¹⁴. Отсутствие постановлений (или их копий), на основании которых проведены оперативно-розыскные мероприятия (в рассматриваемом случае — прослушивание телефонных переговоров), не позволяет сделать вывод об обоснованности и о законности принятого решения, включая случаи, не терпящие отлагательства. Например, кассационной инстанцией приговор по уголовному делу был изменен: исключены телефонные переговоры двух осужденных как недопустимые доказательства, поскольку на основании судебных постановлений разрешалось прослушивать телефонные переговоры указанных в нем лиц только с момента вынесения таких постановлений, но не содержалось решение о законности и об обоснованности уже проведенных мероприятий как не терпящих отлагательства¹⁵.

В некоторых государствах, даже несмотря на неотложность таких оперативно-розыскных мероприятий, для их проведения все-таки требуется разрешение суда, которое может быть передано способом, позволяющим его воспроизведение¹⁶.

Современные цифровые технологии могли бы стать не только способом получения звукозаписи (фонограммы) телефонных переговоров, но и способом повышения эффективности последующего судебного контроля, а в некоторых случаях — способом обеспечения предварительного судебного контроля прослушивания телефонных переговоров. Это потребует внесе-

¹³ Перечень органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, содержится в ч. 1 ст. 13 Федерального закона от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности».

¹⁴ См., например: определение Конституционного Суда РФ от 15 июля 2008 г. № 460-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Букреева Владимира Викторовича на нарушение его конституционных прав отдельными положениями статей 5, 11 и 12 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» и пунктом 13 Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд» // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁵ Кассационное определение Верховного Суда РФ от 13 декабря 2012 г. № 48-О12-110 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁶ См., например: Уголовно-процессуальный кодекс Эстонской Республики. Ч. 3 ст. 126-4.

ния соответствующих изменений в законодательство¹⁷, в том числе с учетом правовых позиций Европейского Суда по правам человека о выявленных недостатках «экстренной процедуры», о наличии «обоснованного подозрения» в отношении соответствующего лица либо проверки «необходимости» и «пропорциональности»¹⁸ такой процедуры.

В условиях цифровизации возможно также рассмотрение вопроса о создании банка таких судебных решений, которые при соблюдении требований безопасности всегда могли бы обеспечить проверку законности и обоснованности принимаемых решений в оптимально короткий срок.

Помимо того что прослушивание телефонных переговоров должно происходить в установленном законом порядке, результаты этого оперативно-розыскного мероприятия также должны быть надлежащим образом зафиксированы. Однако в российском уголовно-процессуальном законодательстве отсутствуют требования технического характера, предъявляемые к устройствам, обеспечивающим запись прослушиваемых телефонных переговоров, и, соответственно, к материальным носителям информации, на которые записываются телефонные переговоры. Предусмотрено лишь требование к хранению фонограмм, полученных в результате прослушивания телефонных переговоров: они должны храниться в опечатанном виде в условиях, которые исключают возможность их прослушивания и тиражирования посторонними лицами¹⁹. Однако очевидно, что этой формулировки недостаточно.

Законодательно закрепленный запрет на использование для фиксации телефонных переговоров носителей информации, помимо тех, которые используются для однократной записи информации, когда изменение имеющейся на данном носителе информации (стирание или

повторная запись) технически невозможно, с одной стороны, обусловил бы отсутствие искажений записываемой информации, а с другой — создал бы гарантии соблюдения прав тех лиц, чьи телефонные переговоры прослушиваются.

Представление результатов оперативно-розыскной деятельности также должно происходить в установленном законом порядке²⁰: на основании постановления, вынесенного руководителем того органа, которым осуществляется оперативно-розыскная деятельность, и в предусмотренном ведомственными нормативными актами порядке²¹. И в этой связи может возникнуть вопрос: что же считать результатом оперативно-розыскной деятельности — саму фонограмму с записью телефонных переговоров или справку, подготовленную сотрудниками правоохранительных органов? Законодательство об оперативно-розыскной деятельности лишь предписывает, что в том случае, когда возбуждается уголовное дело в отношении лица, чьи телефонные переговоры прослушиваются, и фонограмма, и бумажный носитель записи переговоров должны быть направлены следователю для приобщения их к уголовному делу в качестве вещественных доказательств. А вот дальнейшая их судьба регламентируется уже уголовно-процессуальным законодательством.

Примечательна в этой связи правовая позиция Конституционного Суда РФ, отраженная в ряде его решений: результаты оперативно-розыскных мероприятий являются не доказательствами, а лишь сведениями об источниках тех фактов, которые, будучи полученными с соблюдением требований Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», могут стать доказательствами только после закрепления их надлежащим процессуальным путем, а именно на основе соответствующих норм

¹⁷ В том числе в ст. 8 Федерального закона от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности».

¹⁸ См., например: Постановление ЕСПЧ от 7 ноября 2017 г. «Дело «Константин Москалев (Konstantin Moskalev) против Российской Федерации»» (жалоба № 59589/10) // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁹ См.: Федеральный закон от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности». Ст. 8.

²⁰ См.: Федеральный закон от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности». Ст. 11.

²¹ Таким нормативным правовым актом в настоящее время является Инструкция о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд, утвержденная приказом МВД России № 776, Минобороны России № 703, ФСБ России № 509, ФСО России № 507, ФТС России № 1820, СВР России № 42, ФСИН России № 535, ФСКН России № 398, СК России № 68 от 27 сентября 2013 г. // СПС «КонсультантПлюс».

уголовно-процессуального закона, то есть так, как это предписывается ч. 1 ст. 49 и ч. 2 ст. 50 Конституции РФ²².

Аналогичную позицию занимает и Верховный Суд РФ, рекомендуя судам обращать внимание на то, что результаты оперативно-розыскных мероприятий, связанные с ограничением конституционных прав граждан могут быть использованы в качестве доказательств по делам, только когда они получены по разрешению суда на проведение таких мероприятий и проверены следственными органами в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством²³.

Таким образом, представленные в установленном порядке следователю результаты оперативно-розыскной деятельности должны быть путем производства следственных или иных уголовно-процессуальных действий введены в уголовное судопроизводство. На основании таких процессуальных действий составляются, в частности, протоколы осмотров и прослушивания фонограмм. То есть лишь после производства осмотра и приобщения к материалам дела фонограмма, содержащая запись телефонных переговоров, и соответствующая справка могут рассматриваться как доказательства по этому уголовному делу. Такую справку можно воспринимать как производное доказательство, а фонограмму с записями — как первоначальное. Как следует из предписаний уголовно-процессуального законодательства, ни одно из доказательств не имеет заранее установленной

силы. Следовательно, несмотря на использование информационных технологий, исключать из процесса доказывания справки, подготовленные по результатам оперативно-розыскного мероприятия, нецелесообразно. Ведь не исключает же следователь из числа доказательств показания свидетеля, не являющегося очевидцем произошедшего. Между тем содержание таких доказательств должно быть идентично. Недопустимы искажения информации как из-за несовершенства информационных технологий, так и из-за деятельности человека. И такие требования должны быть предусмотрены в уголовно-процессуальном законодательстве.

Если сравнить с таким следственным действием, как контроль и запись телефонных переговоров²⁴, то можно прийти к следующему выводу. При определенном сходстве требований к условиям хранения фонограммы в уголовно-процессуальном законодательстве и в законодательстве об оперативно-розыскной деятельности вопросы, касающиеся полноты и способа фиксации сведений, сохраняемых на материальном носителе, а также осмотра фонограммы, подготовленной по итогам оперативно-розыскного мероприятия и следственного действия, в значительной степени различаются.

Что касается вида доказательств, то, толкуя буквально Федеральный закон от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности», и фонограмму, и справку следует рассматривать как вещественное доказательство. Однако для лица, производящего

²² Например: определение Конституционного Суда РФ от 4 февраля 1999 г. № 18-О «По жалобе граждан М. Б. Никольской и М. И. Сапронова на нарушение их конституционных прав отдельными положениями Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»»; определение Конституционного Суда РФ от 25 ноября 2010 г. № 1487-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Клещ Елены Владимировны на нарушение ее конституционных прав частью первой статьи 75 и статьей 89 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»; определение Конституционного Суда РФ от 25 января 2012 г. № 167-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Лункина Вячеслава Владимировича и Лункина Виталия Владимировича на нарушение их конституционных прав частью второй статьи 11 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», пунктом 4 части второй статьи 38, частью первой статьи 86 и статьей 89 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации»; определение Конституционного Суда РФ от 24 сентября 2012 г. № 1738-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Ракова Евгения Николаевича на нарушение его конституционных прав частями третьей и пятой статьи 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», частью третьей статьи 56 и частью второй статьи 79 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

²³ См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия». П. 14 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁴ См.: УПК РФ. Ч. 7 ст. 186.

расследование, важны не форма, а содержание фонограммы и справки. Следовательно, в перечне видов доказательств, изложенном в ч. 2 ст. 74 УПК РФ, эти доказательства можно рассматривать как иные документы. Такой подход корреспондирует и предписаниям ст. 84 УПК РФ.

Тем не менее специфика информационных технологий позволяет задуматься над рассмотрением вопроса о возможности выделения аудио- и видеозаписей в отдельный вид доказательств.

Так, в российском гражданском²⁵, административном²⁶, арбитражном судопроизводстве²⁷ аудио- и видеозаписи указаны отдельно в перечне доказательств.

Имеется и положительный законодательный опыт некоторых иностранных государств о выделении видео- и аудиоматериалов в качестве отдельного вида доказательств в уголовном судопроизводстве. Например, в соответствии со ст. 42 Уголовно-процессуального кодекса Китайской Народной Республики²⁸ в числе семи видов доказательств отдельно выделены видео- и аудиоматериалы. В статье 81 Уголовно-процессуального кодекса Республики Узбекистан в перечне видов доказательств выделены материалы звукозаписи, а также видеозаписи и кинофотосъемки. На основании ч. 2 ст. 92 Уголовно-процессуального кодекса Республики Молдова²⁹ в качестве доказательств допускаются фактические данные, установленные с помощью таких средств, как аудио- и видеозаписи, фотографии.

Следовательно, и положительный опыт других отраслей российского права, и законодательный опыт некоторых иностранных государств свидетельствуют о том, что переосмысление подходов к ведению аудио- и видеозаписей в современной системе видов доказательств не так уж безосновательно.

Любое доказательство оценивается с точки зрения относимости, допустимости и достоверности, а все собранные доказательства в совокупности исследуются на предмет достаточности для разрешения уголовного дела³⁰. Также доказательства должны быть проверены³¹. Их проверка производится судом такими способами, как сопоставление с другими имеющимися в уголовном деле доказательствами, установление их источников либо получение других доказательств, которые подтвердят или опровергнут проверяемое доказательство.

Представляется справедливой точка зрения о том, что существующие виды судопроизводства должны иметь некие общие основания, вытекающие из природы и основных характеристик самой судебной власти, притом что особенности материально-правовой природы правового спора могут потребовать специфики процессуальных процедур и будут обуславливать различия видов судопроизводства³².

И в этой связи интересна судебная практика относительно исследования в ходе самого судебного заседания не только расшифровки, но и собственно фонограмм телефонных переговоров путем прослушивания их аудиозаписи, произведенной в ходе оперативно-розыскного мероприятия, в различных видах судопроизводства.

Как показал анализ правоприменительной деятельности, подходы Верховного Суда Российской Федерации при оценке и проверке аудиозаписей несколько различаются не только в зависимости от вида судопроизводства, но и в рамках отдельного, в данном случае уголовного, судопроизводства.

Так, Верховный Суд РФ не рассматривает в качестве обстоятельств, влекущих признание доказательств недопустимыми, не только представление записей телефонных переговоров

²⁵ См.: ГПК РФ. Ч. 1 ст. 55.

²⁶ См.: Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации. Ч. 2 ст. 59 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁷ См.: Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации. Ч. 4 ст. 64 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁸ Уголовно-процессуальный кодекс Китайской Народной Республики // URL: http://chinalawinfo.ru/procedural_law/law_criminal_procedure (дата обращения: 01.03.2019).

²⁹ Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30397729#pos=6;-155 (дата обращения: 01.03.2019).

³⁰ См.: УПК РФ. Ч. 1 ст. 88.

³¹ См.: УПК РФ. Ст. 87.

³² Воскобитова Л. А. Предметная область судебной власти и виды судопроизводства // Судебная власть и уголовный процесс. 2017. № 1. С. 61.

в виде копий, записанных на компакт-диске, в том числе отдельных фрагментов осуществленной записи³³, но и отсутствие в протоколе осмотра дисков дословного изложения содержания всех разговоров, имеющих значение для дела³⁴.

Неоднородна и позиция Верховного Суда РФ относительно способа проверки доказательств, в частности необходимости прослушивания в ходе судебного заседания фонограмм с записями телефонных переговоров. Так, в одном случае при производстве по уголовному делу признанные вещественными доказательствами аудиокассеты, на которых содержатся записи переговоров, приобщенные к материалам дела, исследовались при производстве фоноскопической экспертизы и были признаны судом допустимыми доказательствами. Однако в судебном заседании, несмотря на заявленное ходатайство, аудиокассеты не прослушивались, содержащиеся в них записи по существу не исследовались на том основании, что «они содержат большое количество нецензурных выражений». Это послужило основанием к отмене приговора в суде кассационной инстанции³⁵. В другом случае отсутствие прослушивания в ходе судебного следствия дисков с аудиозаписями, содержащими телефонные переговоры, не было рассмотрено в качестве обстоятельства, ставящего под сомнение допустимость таких доказательств, как протоколы осмотра и прослушивания телефонных переговоров, исследуемых в судебном заседании путем оглашения их в полном объеме³⁶.

Несколько иной подход имеется в правоприменительной практике при рассмотрении гражданских дел. Такой подход обусловлен требованиями законодательства. Суд, оценивая копию документа или иного письменного доказательства, проверяет его на предмет возможного изменения его содержания при копировании

по сравнению с оригиналом, изучается сам технический прием выполнения копирования для выяснения того, гарантирует ли проведенное копирование тождественность оригинала и его копии, а также выясняется, каким образом сохранялась эта копия документа. Причем суд не признает доказанными обстоятельства, подтвержденные лишь копией документа, в том случае, если оригинал этого документа утрачен и не передан в суд, представленные сторонами копии не являются тождественными и невозможно установить подлинное содержание оригинала документа посредством иных доказательств³⁷.

Так, например, замена судом личного восприятия исследуемых первоначальных доказательств (в рассматриваемом случае это была видеозапись телепрограммы) и своей собственной оценки на оценку производных доказательств (экспертных заключений), в результате чего основой для принятия решения стало только производное доказательство (экспертное заключение), привело к отмене решения по делу. Суд надзорной инстанции расценил указанные действия суда как совершенные с нарушением принципа непосредственного исследования видеозаписей телепрограммы как доказательств по делу³⁸.

Интересна позиция законодателя относительно возможности воспроизведения аудио- и видеозаписей в арбитражном судопроизводстве: это допустимо не только в зале судебного заседания, но и в другом помещении, которое специально оборудовано для этого. Что касается самого факта такого воспроизведения аудио- и видеозаписей, то он должен быть зафиксирован в протоколе судебного заседания³⁹.

Регламентация оснований и порядка воспроизведения фонограмм, полученных в результате прослушивания телефонных переговоров, в зале судебного заседания или ином специаль-

³³ Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 17 января 2018 г. № 48-АПУ17-30 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁴ Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 2 февраля 2016 г. № 81-АПУ16-1 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁵ Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 16 февраля 2004 г. № 8-004-5 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁶ Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 12 апреля 2018 г. № 49-АПУ18-2 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁷ См.: ГПК РФ. Ч. 6 и 7 ст. 67.

³⁸ Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 5 октября 2010 г. № 5-В10-67 // СПС «ГАРАНТ».

³⁹ См.: АПК РФ. Ч. 2 ст. 162.

но оборудованном для этой цели помещении в уголовном судопроизводстве должна быть направлена, с одной стороны, на обеспечение единообразного режима воспроизведения аудио- и видеодоказательств в различных видах судопроизводства с учетом разграничения доказательств на «оцифрованные» и «полученные при помощи информационных технологий», в том числе цифровых. При этом необходимо учитывать, что при оцифровке справок может быть искажено содержание информации. Ну, а с другой стороны, необходимо гарантировать соблюдение прав и законных интересов участвующих в уголовном судопроизводстве лиц. Так, случаи полного оглашения результатов прослушивания телефонных переговоров могут ограничиваться предусмотренными законом требованиями соблюдения предписаний ст. 56 и 241 УПК РФ. Обуславливая реализацию такого общего условия судебного разбирательства, как непосредственность и устность, используемый при рассмотрении дел при других видах судопроизводства подход может быть использован и в уголовном судопроизводстве, но при условии возможности участия сторон в состязательном процессе.

Особый интерес в этой связи представляет законодательная конструкция в административном судопроизводстве. Так, воспроизведение аудио- и видеозаписей может осуществляться, как и в арбитражном судопроизводстве, не только в зале судебного заседания, но и в ином помещении, специально оборудованном для этого. Однако законодатель предъявляет не только требования к фиксации этого факта, но и объявляет о необходимости указывать в протоколе судебного заседания основные характеризующие данные оборудования и носителей информации, а кроме того — время воспроизведения такой записи. Допускается и повтор-

ное воспроизведение. Далее на суд возлагается обязанность заслушать объяснения тех лиц, которые участвуют в деле⁴⁰.

В уголовном судопроизводстве также могут быть допрошены не только лица, чьи телефонные разговоры прослушивались, но и сотрудники правоохранительных органов. Эти сотрудники нередко вызываются для сообщения сведений, полученных в результате их восприятия, о ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий. Пленум Верховного Суда РФ в одном из своих постановлений рекомендует аудио- и видеозаписи, изъятые предметы и документы осматривать и приобщать к уголовному делу; обнаруженные вещества подвергать экспертным исследованиям; а также допрашивать при необходимости лиц, участвовавших в проведении оперативно-розыскных мероприятий, в качестве свидетелей⁴¹. При рассмотрении конкретных дел Верховный Суд РФ признает допустимыми показания свидетелей — сотрудников правоохранительных органов об обстоятельствах проведения оперативно-розыскных мероприятий⁴², о тех фактах, которые они лично наблюдали⁴³ или слушали; когда эти показания не были направлены на подмену ими показаний подсудимых, а касались обстоятельств проведения оперативно-розыскных мероприятий, направленных на обнаружение и раскрытие совершенных подсудимыми преступлений⁴⁴. При этом Верховный Суд РФ указывает на то, что показания таких свидетелей необходимо соотносить с представленными результатами оперативно-розыскных мероприятий, в том числе прослушивания телефонных переговоров⁴⁵. В то же время показания свидетеля — сотрудника, осуществляющего оперативное сопровождение дела, в части воспроизведения сведений, которые ему стали известны из беседы с обвиняемым после его задержания в отсутствие его

⁴⁰ См.: КАС РФ. Ч. 2 ст. 167.

⁴¹ См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 ноября 2016 г. № 55 «О судебном приговоре». П. 9 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴² См., например: апелляционное определение Верховного Суда РФ от 13 августа 2015 г. № 48-АПУ15-31 ; апелляционное определение Верховного Суда РФ от 17 декабря 2015 г. № 46-АПУ15-21 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴³ Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 26 января 2017 г. № 8-АПУ16-8 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴⁴ Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 29 ноября 2017 г. № 78-АПУ17-30СП ; апелляционное определение Верховного Суда РФ от 29 ноября 2017 г. № 78-АПУ17-30СП // СПС «КонсультантПлюс».

⁴⁵ Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 17 декабря 2015 г. № 46-АПУ15-21 // СПС «КонсультантПлюс».

защитника, не могут быть использованы в качестве доказательства его виновности⁴⁶.

Аналогичную позицию по данному вопросу занимает и Конституционный Суд РФ, обращая внимание на то, что законодательство не запрещает вызывать на допрос в качестве свидетелей по уголовному делу сотрудников правоохранительных органов. В то же время их показания должны быть проверены и оценены по общим правилам доказывания — с точки зрения их относимости и допустимости, в том числе с соблюдением п. 2 ч. 2 ст. 75 УПК РФ, согласно которому к недопустимым доказательствам относятся показания свидетелей, основанные на догадке, предположении или слухе, а также показания свидетелей, которые не могут указать источник своей осведомленности⁴⁷.

Более того, вызов на допрос указанных лиц создает стороне защиты гарантию обеспечения в рассматриваемом деле возможности провести перекрестный допрос сотрудников, непосредственно получивших сведения о фактах, которые после закрепления их процессуальным путем использовались в качестве доказательства стороной обвинения.

Таким образом, можно констатировать, что и Конституционный Суд РФ, и Верховный Суд РФ допускают возможность использования в доказывании показаний сотрудников правоохранительных органов об обстоятельствах проведения оперативно-розыскных мероприятий, если они не направлены на подмену показаний подсудимых. При этом выводы суда о виновности подсудимых не должны быть основаны исключительно на показаниях сотрудников правоохранительных органов, а должны быть подтверждены достаточной совокупностью допустимых

и достоверных доказательств, собранных на предварительном следствии и исследованных в судебном заседании с участием сторон. Наряду с иными доказательствами, показания этих свидетелей подлежат проверке и оценке по общим правилам доказывания с точки зрения их относимости, допустимости, в том числе с соблюдением п. 2 ч. 2 ст. 75 УПК РФ. Такая проверка возможна путем прослушивания фонограммы аудиозаписей телефонных переговоров, а также исследования протоколов осмотра, показаний свидетелей и т.д.

В то же время в случае признания полученных на основе результатов оперативно-розыскной деятельности доказательств недопустимыми, по мнению Верховного Суда РФ, они не могут быть восполнены путем производства допроса сотрудников органов, осуществлявших оперативно-розыскные мероприятия⁴⁸. Точно так же, как не могут быть взяты судом за основу и показания оперативных сотрудников, содержащие их выводы, которые не подтверждены результатами оперативно-розыскной деятельности⁴⁹.

Недопустимо и совмещение в одном лице различных участников уголовного судопроизводства. Так, в одном из своих решений Верховный Суд РФ посчитал, что показания свидетеля — сотрудника полиции об обстоятельствах оперативно-розыскного мероприятия «прослушивание телефонных переговоров», а также протокол осмотра подлежат исключению из числа доказательств, поскольку ранее этот сотрудник участвовал в осмотре и прослушивании аудиодисков с записями телефонных переговоров, в ходе которого давал комментарии о принадлежности голосов разговаривавших и содержании бесед⁵⁰.

⁴⁶ См., например: апелляционное определение Верховного Суда РФ от 6 июля 2017 г. № 48-АПУ17-12 ; апелляционное определение Верховного Суда РФ от 23 декабря 2014 г. № 72-АПУ14-63 ; Апелляционное определение Верховного Суда РФ от 9 декабря 2013 г. № 14-АПУ13-17 ; Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за январь — июль 2014 года (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 1 сентября 2014 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

⁴⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 27 июня 2017 г. № 1394-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Леонтьева Михаила Александровича на нарушение его конституционных прав частью третьей статьи 56 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

⁴⁸ См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 ноября 2016 г. № 55 «О судебном приговоре». П. 9 // СПС «КонсультантПлюс».

⁴⁹ См., например: апелляционное определение Верховного Суда РФ от 24 августа 2017 г. № 91-АПУ17-4 // СПС «КонсультантПлюс».

⁵⁰ См., например: апелляционное определение Верховного Суда РФ от 14 декабря 2017 г. № 5-АПУ17-118 // СПС «КонсультантПлюс».

Таким образом, в пору всеохватывающей цифровизации, когда всеобщее внимание приковано к решению вопроса о возможности оцифровки материалов уголовного дела, нельзя недооценивать необходимость предельно ясной законодательной регламентации использования информационных технологий при производстве оперативно-розыскных мероприятий (в том числе при прослушивании телефонных переговоров), при хранении и передаче следователю результатов оперативно-розыскной деятельности. Не менее важна и процедура введения результатов прослушивания телефонных переговоров в уголовное су-

допроизводство. Ведь все это обуславливает доброкачественность доказательств. Что касается проверки и оценки таких доказательств, то весьма полезным в процессе совершенствования правовых основ может стать как анализ других отраслей права, так и законодательный опыт иностранных государств. Представляется, что предлагаемый законодательный вектор позволит сделать шаг на пути создания правовой основы для правоприменительной деятельности на единой цифровой площадке как в пределах различных стадий уголовного судопроизводства, так и в рамках различных видов судопроизводства.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Бикмиев Р. Г., Бурганов Р. С. Собираение электронных доказательств в уголовном судопроизводстве // Информационное право. — 2015. — № 3. — С. 17—21.
2. Воскобитова Л. А. Предметная область судебной власти и виды судопроизводства // Судебная власть и уголовный процесс. — 2017. — № 1. — С. 59—67.
3. Воскобитова Л. А. Философские аспекты проблем познания в уголовном судопроизводстве // Философские науки. — 2013. — № 12. — С. 21—30.
4. Оконенко Р. И. Электронные доказательства как новое направление совершенствования российского уголовно-процессуального права // Актуальные проблемы российского права. — 2015. — № 3. — С. 120—124.
5. Соколов Ю. Н. Электронный носитель информации в уголовном процессе // Информационное право. — 2017. — № 3. — С. 22—26.

Материал поступил в редакцию 21 апреля 2019 г.

THE USE OF WIRETAPPING RESULTS IN ESTABLISHMENT OF EVIDENCE IN CONDITIONS OF DEVELOPING INFORMATION TECHNOLOGIES (COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS OF THE RUSSIAN FEDERATION LEGISLATION AND SOME FOREIGN COUNTRIES LEGISLATION)⁵¹

ANTONOVICH Elena Konstantinovna, PhD in Law, Internal Service Colonel in Retirement, Associate Professor of the Department of Criminal Procedure Law of the Kutafin Moscow State University (MSAL) e.ant@inbox.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The paper covers the current problems of applying the wiretapping results in the process of establishment of evidence in criminal cases, taking into account the modern requirements for information technology. In recent years, there have been some studies on the use of information technology in establishment of evidence. However, most of them deal with the problems of the use of electronic media and «electronic evidence» in criminal proceedings. The order of the analyzed event, as well as other operational investigative measures, is regulated not by the criminal procedural legislation, but by the legislation on investigative activities. In this connection, in the legal literature, discussions regarding the procedure of introduction of the wiretapping results in criminal proceedings are not dying out. The study of different opinions is not only of interest for the development of scientific thought, but also has practical significance, since it determines the admissibility of evidence and creates*

⁵¹ The study is carried out with the financial support of the Russian Foundation for Basic Research, Research Project No. 18-29-16041.



the necessary guarantees to ensure the rights and legitimate interests of the individual in criminal proceedings. All this does not lose the relevance in the era of digitalization.

In order to search for resources to improve the efficiency of establishment of evidence, the paper provides an analysis of the positive experience of legislative regulation in some foreign countries both as ways to use information technology in the process of wiretapping, and the use of the wiretapping results in establishment of evidence. Special attention is given to the rights and legitimate interests of the person involved in the orbit of criminal proceedings.

Keywords: *criminal proceedings, operational investigative measures, evidence, information technology, digitalization, wiretapping.*

REFERENCES

1. Bikmiev R.G., Burganov R.S. *Sobiranie elektronnykh dokazatelstv v ugovnom sudoproizvodstve* [Gathering electronic evidence in criminal proceedings]. *Informatsionnoe pravo* [Information law]. 2015. No. 3. Pp. 17—21.
2. Voskobitova L.A. *Predmetnaya oblast sudebnoy vlasti i vidy sudoproizvodstva* [The subject area of the judiciary and court procedure]. *Sudebnaya vlast i ugovnyy protsess* [Judicial power and criminal procedure]. 2017. No. 1. Pp. 59—67.
3. Voskobitova L.A. *Filosofskie aspekty problem poznaniya v ugovnom sudoproizvodstve* [Philosophical aspects of the problems of knowledge in criminal procedure]. *Filosofskie nauki* [Philosophical Sciences]. 2013. No. 12. Pp. 21—30.
4. Okonenko R.I. *Elektronnye dokazatelstva kak novoe napravlenie sovershenstvovaniya rossiyskogo ugovno-protsessualnogo prava* [Electronic evidence as a new direction of improvement of the Russian criminal procedure law]. *Aktualnye problemy rossiyskogo prava* [Actual problems of the Russian law]. 2015. No. 3. Pp. 120—124.
5. Sokolov Yu.N. *Elektronnyy nositel informatsii v ugovnom protsesse* [Electronic media in criminal procedure]. *Informatsionnoe pravo* [Information law]. 2017. No. 3. Pp. 22—26.