

Г. Б. Романовский

**ПРАВО
НА НЕПРИКОСНОВЕННОСТЬ
ЧАСТНОЙ ЖИЗНИ**

Москва 2001

УДК 347.1 ББК 67.404 Р69

Романовский Г.Б.

Право на неприкосновенность частной жизни-М.: МЗ-Пресс, 2001.-312 с.

Данная работа имеет цель определить содержание права на неприкосновенность частной жизни, его зависимость от текстуального закрепления в основном законе. На основе этого выявить те ограничения, которые налагаются Конституцией на законодателей при принятии отраслевых правовых актов (как на федеральном так и на региональном уровнях) а также выработать действенные гарантии реализации данного права. Значительное место уделено зарубежному опыту государственного регулирования, что позволит применить положительный опыт к российским условиям.

ББК 67.404

ISBN 5-94073-018-3

© Романовский Г.Б., 2001

©МЗ-Пресс, 2001

Романовский Георгий Борисович

ПРАВО НА НЕПРИКОСНОВЕННОСТЬ ЧАСТНОЙ ЖИЗНИ

ИД № 01178 от 13.03.2000 г. Министерства РФ по делам печати.

«МЗ-Пресс», 125299, г. Москва, ул. Приорова, д. 2А.

Подписано в печать 17.10.2001 г. Формат 60х84'/,,, Печать офсетная.

Бумага газетная. Усл. печ.л. 19,5. Тираж 2000 экз. Зак. 2475

Отпечатано с оригинал-макета в Калужской типографии стандартов.

248021, Калуга, ул. Московская, 256

ПРЕДИСЛОВИЕ

Права и свободы человека - одна из актуальнейших и по сей день тем, исследуемых философами, юристами, политологами. С древних времён история знает периоды, когда за личностью вообще отрицалось какое-либо наличие притязаний к обществу, государству. Известны примеры либерального строительства системы прав. В понятие прав человека различные народы и сейчас вкладывают совсем неодинаковый смысл. Но именно в их признании и обеспечении со стороны государства кроется одно из важнейших условий развития общества и каждой личности в отдельности.

В эпоху научного прогресса меняются аспекты взаимоотношений человека и общества. С одной стороны демократизация общественных процессов приводит к признанию необходимости расширения свободы личности и усилению её правовой охраны, с другой, развитие электроники, создания единой многоуровневой системы компьютеров, позволяющей фиксировать разнообразные стороны жизни человека, всё больше вторгаясь в сферу его свободы. Эти тенденции должны найти адекватное отражение в сфере действующего права.

Актуальность проблемы для Российского общества усиливается ещё и тем, что в рамках проводимой реформы в 1991-1996 годах признаны и конституционно закреплены основные права и свободы человека и гражданина в соответствии с международно-правовыми стандартами и Российским государством.

Это обстоятельство поставило перед отечественной правовой наукой ряд конкретных задач. Среди них обоснование содержания объёма и механизма защиты прав человека. К одному из них - праву на неприкосновенность частной жизни - обращено данное исследование.

Развитие Конституции в России в части регулирования данного права было противоречивым: от полного отрицания до закрепления права на тайну переписки и в конце концов до признания права на охрану личной жизни. Но при отсутствии непосредственного действия норм Основного Закона оно выхолащивалось при реализации в отраслевом законодательстве. Следует отметить, что в истории российской юриспруденции право на охрану личной жизни гораздо ранее было признано наукой, чем нашло своё нормативное закрепление. Так, И.А. Покровский, анализируя основные проблемы гражданского права, приводит «особые» права: «на тайну писем, на собственное изображение и т.д., или более общо - о правах на охранение ин-

тимной сферы («Das Recht auf die eigene Geheimsphäre») или на утверждение индивидуальности («Das Recht auf Behauptung der Individualität»)¹».

В период действия Конституции СССР 1977 года право на охрану личной жизни понималось как «личное неимущественное право гражданина на свободу определения своего поведения в индивидуальной жизнедеятельности по своему усмотрению, исключающую какое-либо вмешательство в его личную жизнь со стороны других лиц, кроме случаев, прямо предусмотренных законом»².

Причём объектом охраны считалась именно «личная жизнь», следовательно он должен быть увязан с понятием «личность». Однако ни закон, ни научная доктрина не давали четкой дефиниции личности, поэтому право на охрану личной жизни трактовалось по-разному. Возникало много вопросов, в частности, является ли личностью ребенок, осужденный, недееспособный. Существовало также мнение, что личная жизнь есть сфера «индивидуального способа удовлетворения материальных и духовных потребностей человека при общей ее обусловленности общественной жизнью»³. При таком подходе она как бы лишалась собственной ценности и «растворялась» в общественной жизни. В настоящее время, чтобы уйти от подобного двойного толкования. Конституция РФ фактически вообще не использует термин «личность». Так, право на неприкосновенность личной жизни (Конституция РСФСР 1978 года) закрепляется как право личной неприкосновенности, личная собственность трактуется уже как частная. Только статья 21 предусматривает положение - «Достоинство личности охраняется законом». Многие учёные считают, что конституционное законодательство непродуманно отказалось от данной дефиниции.

Конституция Российской Федерации 1993 года изменила основы регулирования отношений между человеком и государством. Человек, его права и свободы провозглашаются высшей ценностью, а соблюдение и защита - обязанностью государства. Составной частью правовой системы России признаны нормы международного права. Расширен и комплекс прав человека, закрепленных Конституцией Российской Федерации.

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998, с.125.

² Красавчикова Л.О. Личная жизнь под охраной закона. М.1983, с.39.

³ Конституционный статус личности в СССР. М. 1980, с. 184.

Право на неприкосновенность частной жизни в отечественной юридической науке до недавнего времени практически не исследовалось. Это вызвано, по крайней мере, двумя причинами. Первая заключается в том, что данная правовая категория нашла нормативное закрепление и научное обоснование достаточно недавно. Только в конце XIX - начале XX в.в. в Соединенных Штатах Америки появились первые попытки обосновать новый принцип - прайвеси - невмешательство государства в личные дела граждан и соблюдение установленной процедуры при соприкосновении публичного и частного интересов. И лишь в середине XX века право на неприкосновенность частной жизни фиксируется в Конституциях государств, реформирующихся после Второй мировой войны.

Вторая причина - неопределенность в понимании субъективного права на охрану личной жизни, введенного в отечественную Конституцию в советский период.

Однако в последнее время как в научных работах, так и в публицистических все чаще авторы ссылаются на пределы ограничений данного права, его содержание, конституционное закрепление, обязанности государства и граждан по защите данного права. Появились первые монографические исследования, посвященные данной тематике¹. Можно сказать, что в России формируется и судебная практика применения содержания права на неприкосновенность частной жизни. К сожалению, во многом она ещё является разрозненной и несистематизированной. Большинство норм отраслевых законов, так или иначе отражающих данное право, не имеет единую концепцию защиты прав человека, а в основном отражает какой-то ведомственный или корпоративный интерес.

Уголовный кодекс Российской Федерации впервые ввел уголовную ответственность за нарушение неприкосновенности частной жизни (статья 137). Станет ли это панацеей? Представляется, что нет. Основное значение российскому законодателю следует уделить механизмам обеспечения такой неприкосновенности, поскольку ответственность выступает лишь фиксацией нарушения, когда уже причинён вред конкретному гражданину. Огласка же зачастую приводит к таким негативным последствиям, которые не могут быть компенсированы применением ареста, штрафа, возмещения вреда.

Данная работа имеет цель определить содержание права на неприкосновенность частной жизни, его зависимость от текстуального

¹ См, например Петрухин И.Л. Личные тайны (человек и власть). М.,1998.

закрепления в основном законе. На основе этого выявить те ограничения, которые налагаются Конституцией на законодателей при принятии отраслевых правовых актов (как на федеральном так и на региональном уровнях) а также выработать действенные гарантии реализации данного права. Значительное место уделено зарубежному опыту государственного регулирования, что позволит применить положительный опыт к российским условиям.

Автор никоим образом не претендует на всесторонность и полноту охвата проблем обозначенной темы, а также на их решение в предлагаемом варианте.

1. ПОНЯТИЕ ПРАВА НА НЕПРИКОСНОВЕННОСТЬ ЧАСТНОЙ ЖИЗНИ.

Нормативное закрепление права на неприкосновенность частной жизни.

В начале XX века большинство правовых актов не предусматривало нормативное закрепление права на неприкосновенность частной жизни. Предпочтение отдавалось лишь праву на тайну переписки, телеграфных, телефонных сообщений. Лишь после окончания Второй мировой войны при реформировании государственных систем европейских стран в новых Конституциях появилось упоминание о частной жизни гражданина.

Статья 12 Всеобщей Декларации прав человека, можно сказать, начала процесс признания права на неприкосновенность частной жизни, хотя о нём как субъективном праве не говорит - Никто не может подвергаться произвольному вмешательству в его личную и семейную жизнь. В таком виде это, скорее всего, не право, принадлежащее субъекту, а корреспондирующая обязанность к окружающим. Одновременно Декларация прав человека провозглашает - Каждый человек имеет право на защиту закона от такого вмешательства или таких посягательств. Тем самым делается основной упор на гарантированность законом частной жизни. Но каждый может защищать свои права и с помощью самозащиты, что в данном контексте выявить более проблематично. Международный Пакт о гражданских и политических правах (1966 год) повторяет данную формулу: «Никто не может подвергаться произвольному или незаконному вмешательству в его личную и семейную жизнь... Каждый человек имеет право на защиту закона от такого вмешательства или таких посягательств. Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод (1950 год) предусматривает, что каждый имеет право на уважение его личной и семейной жизни. Причём все три названных международных документа данное правомочие гражданина приводит в системе с неприкосновенностью жилища и тайной корреспонденции. Упомянув Европейскую Конвенцию о защите прав человека и основных свобод, нельзя не сказать о неточности перевода статьи 8. Английский текст звучит - «Everyone has the right for his private and family life...». «Private» будет соответствовать русскому «частная», то есть Европейская Конвенция говорит как раз об уважении его частной жизни. Перевод на русский язык Международного Пакта также

неточен. Английский первоисточник использует термин «privacy». На данное обстоятельство неоднократно уже обращалось внимание в российской юридической печати.

Конвенция Содружества независимых государств о правах и основных свободах человека (статья 9) полностью дублирует содержательную сторону положений ЕКПЧ: «Каждый человек имеет право на уважение его личной и семейной жизни, на неприкосновенность жилища и тайну переписки».

Арабская хартия прав человека (1994 год) не отступает от этой схемы - «Личная жизнь неприкосновенна, и нарушение этой неприкосновенности является уголовным преступлением. Личная жизнь включает в себя невмешательство в семейную жизнь, неприкосновенность жилища, тайну переписки и другие виды частного общения» (статья 17)¹. Только Конвенция о правах ребёнка (1989 год) в статье 16 говорит о праве на личную жизнь, семейную жизнь как о субъективном праве.

Подобное положение имеет причины в «раннем возрасте» права на неприкосновенность частной жизни, тем более, что оно многими юристами признаётся как нематериальное благо, которое нельзя вычленить, оградить, «потрогать». С неприкосновенностью жилища и тайной переписки таких проблем не возникает. Жилище - это объект, который нельзя спрятать в кармане, как и тайна переписки напрямую связана с реальными предметами - письма, телеграммы и так далее. Если же проследить конституционную практику, до и настоящего времени в некоторых государствах неприкосновенность частной жизни выводится из неприкосновенности личности и жилища. Типичным примером может служить Конституция США, имеющая в этом аспекте только IV Поправку - право народа на охрану личности, жилища, бумаг и имущества.

Конституция СССР 1977 года провозгласила право на охрану личной жизни (статья 56)², что нашло отражение в Конституциях союзных республик. Советская доктрина также исследовало право на охрану личной жизни как проявление права на неприкосновенность личности - «Неприкосновенность личности может пониматься в широком и узком смысле. В широком смысле в это понятие можно

¹ Вестник МГУ. Серия 11. Право. 1997. № 5, с. 71.

² Следует отметить, что Конституция СССР не фиксирует именно субъективное право, закрепляя: «Личная жизнь граждан, тайна переписки, телефонных переговоров и телеграфных сообщений охраняются законом».

включить весь комплекс духовных благ и прав, характеризующих личность. В узком понимании неприкосновенность личности означает охрану различных проявлений личной, семейной, интимной жизни человека и неприкосновенности его личной свободы»¹. Данная позиция имеет много общего с американской доктриной. В деле *Griswold v. Connecticut* (1965) судья Дуглас как раз вывел право на приватность (неприкосновенность частной жизни) из первых пяти поправок к Конституции США, признав, что эти поправки «создали определённые сферы («полутени») неприкосновенности частной жизни», сделав основной акцент на содержании IV Поправки, относящейся к неприкосновенности личности. «Неуказанные чётко в Конституции права из сферы «полутеней» охраняют различные аспекты неприкосновенности частной жизни»².

Декларация прав и свобод человека и гражданина, принятая Верховным Советом РСФСР 22 ноября 1991 года уже не отходит от традиций международных норм, в статье 9 закрепляя: «Каждый имеет право на неприкосновенность его частной жизни, на тайну переписки, телефонных переговоров, телеграфных и иных сообщений. Ограничение этого права допускается только в соответствии с законом на основании судебного решения». Конструкция статьи свидетельствует об объединении уже родственных благ - неприкосновенность частной жизни и тайна почтовой связи (в научной доктрине именно так сокращённо называется тайна переписки, телефонных переговоров, телеграфных и иных сообщений, для экономии текста данные понятия в работе будут использоваться как равнозначные). Одновременно статья Декларации содержит и общее правило о возможности ограничения данного права. Такая же схема присутствует и в Европейской Конвенции: право - ограничение. Международный Пакт о гражданских и политических правах в одной статье (17) объединяет неприкосновенность частной жизни, жилища, тайны корреспонденции, чести и репутации. Схема, используемая в Пакте, выглядит следующим образом: право - гарантия (см. выше). Это позволяет многим международникам сделать вывод: «Формулировка статьи 17 (п. 1) пакта является более жёсткой и категоричной, чем формулировка ст. 8 (п. 1) конвенции. Она и полнее, так как предусматривает

¹ Малеин Н.С. Охрана прав личности советским законодательством. М, 1985, с.49.

² Франковски С., Гольдман Р., Лентовска Э. Верховный Суд США о гражданских правах и свободах. Варшава. 1997, с.36.

недопустимость посягательства на честь и репутацию, о которых в ст. 8 не говорится»¹.

Статья 23 Конституции Российской Федерации, принятой 12 декабря 1993 года, выработала самостоятельную конструкцию. Право на неприкосновенность жилища закреплено как самостоятельное право (статья 25). В статье 23 часть 1 объединяет неприкосновенность частной жизни, право на личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени. Часть 2 предусматривает право на тайну почтовой связи и только применительно к данному праву статья Конституции одновременно говорит и о возможности ограничения. Зарубежный опыт конституционного закрепления рассматриваемого права разнообразен. Конституция ФРГ вообще не говорит о праве на неприкосновенность частной жизни. Статья 10 закрепляет: «Тайна переписки, а равно тайна почтовой и телесвязи ненарушимы» (абзац 1). Почти идентично содержание Конституции Италии - «Свобода и тайна переписки и всех других видов связи ненарушимы» (часть 1 статьи 15). Конституция Китая аналогична - «Свобода и тайна переписки граждан Китайской Народной Республики охраняется законом» (статья 40). Конституция Франции вообще не закрепляет данного права, не предусмотрено оно ни в Декларации прав человека и гражданина, ни в Преамбуле Конституции от 27 октября 1946 года².

Конституции стран Восточной Европы, наоборот, более подробно оговаривают именно право на неприкосновенность частной жизни. При этом следует учитывать, что большинство Конституций принималось в 90-х годах XX века, после изменения политического вектора развития.

Конституции Восточноевропейских стран в большинстве случаев разделяют право на неприкосновенность частной жизни и тайну почтовой связи. Одновременно дополняют и запрет на сбор информации о частной жизни гражданина.

¹ Черниченко С.В. Перспективы развития международных стандартов в области обеспечения права на неприкосновенность частной жизни // Право граждан на информацию и защита неприкосновенности частной жизни: Сборник научных трудов. Часть 1, Н.Новгород, 1999, с. 79.

² Текст Конституций европейских стран цитируется по Конституции зарубежных государств. М, 1996. См. также КНР. Конституция и законодательные акты. М. 1984.

Статья 15 Конституционного закона Республики Албания «Об основных конституционных положениях» объединяет неприкосновенность частной жизни и достоинства личности. Закрепляется одновременно, что «сбор информации о частной жизни лица может производиться только с его согласия, или когда это необходимо в связи с расследованием преступления, или по решению компетентного государственного органа, предусмотренного законом, в интересах национальной безопасности». Запрещается использование информации о частной жизни лица в каких-либо иных целях, кроме тех, для которых данная информация была собрана.

Статья 32 Конституции Болгарии провозглашает - «Личная жизнь граждан неприкосновенна». В этой же статье закрепляется и субъективное право: Каждый имеет право на защиту от незаконного вмешательства в его личную и семейную жизнь и от посягательства на его честь, достоинство и доброе имя.

Пункт 2 посвящён гарантиям недопустимости сбора информации: Никто не может быть подвергнут наблюдению, сфотографирован, снят на пленку, записан или подвергнут другим подобным действиям без его уведомления или вопреки его выраженному несогласию, за исключением случаев, предусмотренных законом. Помимо этого статья 34 Конституции Республики Болгария самостоятельно предусматривает принцип - Свобода и тайна переписки и других сообщений неприкосновенны.

Статья 26 Конституции Эстонской Республики в качестве охраняемого блага выделяет неприкосновенность семейной и частной жизни. В этой же статье предусматриваются основания возможных ограничений - Государственные учреждения, местные самоуправления и их должностные лица не вправе вмешиваться в чью-либо семейную и частную жизнь иначе, как в случаях и в порядке, установленных законом, в целях защиты здоровья, нравственности, общественного порядка или прав и свобод других людей, в целях пресечения преступления или поимки преступника.

Статья 35 Конституции Республики Хорватии определяет неприкосновенность частной жизни через термин «уважение» - Каждому гражданину гарантируются уважение и правовая защита его личной и семейной жизни, достоинства, репутации и чести. Причём, как в Международном Пакте о гражданских и политических правах, можно увидеть, что основное значение уделяется гарантированности данного права и его защите.

Статья 16 Конституции Словацкой Республики устанавливает единство неприкосновенности личности и частной жизни: (1) Неприкосновенность личности и ее частной жизни гарантируются. Ограничения допускаются только в случаях, установленных законом. В этой же статье (2) говорится о запрещении пыток, жестокого, бесчеловечного или унижающего обращения или наказания. Статья 22 также дополнительно закрепляет - Тайна переписки, тайна передаваемых сообщений и иных документов и охрана личных данных гарантируются. Можно отметить значительное сходство с конструкцией Конституции Чешской Республики. Статья 7 содержит текст, идентичный статье 16 Конституции Словацкой Республики. А часть 2 предусматривает - Никто не может быть подвергнут пыткам, жестокому, бесчеловечному или унижающему обращению либо наказанию. Несколько иначе закрепление тайны почтовой связи. Статья 13 выглядит следующим образом - «Никто не имеет права нарушать тайну переписки или тайну иных документов и записей, как сохраняемых в частной жизни, так и пересылаемых по почте либо передаваемых иным способом; исключения устанавливаются законом. Равным образом гарантируется тайна сведений, передаваемых по телефону, телеграфу или посредством иного подобного устройства».

Конституция Республики Словении в одной статье 35 гарантирует неприкосновенность человеческой личности, физическую неприкосновенность, неприкосновенность личной жизни и прав личности. А статья 37 - тайну переписки и других средств общения.

Статья 47 Конституции Польской Республики, в соответствии с традицией Конституции СССР рассматривает субъективное право через термин «охрана» - Каждый имеет право на правовую охрану частной, семейной жизни, чести и доброго имени, а также на принятие решений о своей личной жизни. Можно сказать, что данная формулировка не вписывается в общеупотребляемую схему - через «неприкосновенность», «уважение». Статья 49 закрепляет также тайну почтовой связи: «Обеспечиваются свобода и охрана тайны коммуникации. Их ограничение может иметь место только в случаях, определенных в законе, и определенным в нем образом».

Интересен опыт американской юриспруденции, так как именно в США права человека имеют самый длительный период регулирования, одновременно на конституционном уровне не закрепляя право

на неприкосновенность частной жизни. Американская юридическая наука выделяет право на прайвеси: «Некоторые американские юристы определяют прайвеси как право человека контролировать «свое жизненное пространство» и «свою личность», имея ввиду право быть свободным от необоснованных арестов, задержаний, обысков и изъятий имущества, документов и тому подобное; право контролировать информацию о самом себе; право отдельных лиц, групп или ассоциаций самим решать когда, каким образом, в какой мере и какая информация о них может быть сообщена другим; право жить так, чтобы органы власти и посторонние лица не вмешивались без достаточного на то основания в личные дела»¹. В 1890 году С. Уоррен и Л. Брандейз, которые и ввели в обиход этот термин, понимали его как «право быть оставленным в покое».

Подводя итог, можно сделать определённые выводы. Право на неприкосновенность частной жизни закрепляется нормативными документами в комплексе с другими смежными правами. Таковыми могут выступать право на неприкосновенность личности, жилища, право на защиту чести, достоинства. При этом конституции могут рассматривать их как однопорядковые права, так и определяя одно из них как общее, включающее в себя уже иные частные правомочия.

Большинство европейских конституций дополнительно в самостоятельных статьях предусматривают право на тайну почтовой связи и запрет на сбор информации в отношении гражданина. Причём конституции могут вообще не содержать право на неприкосновенность частной жизни как категорию.

Возможные ограничения вышеназванных прав могут вводиться как статьями, закрепляемыми их, так и подчиняться общим принципам правового статуса человека и гражданина.

Как правило, конституционные нормы закрепляют неприкосновенность двух самостоятельных благ: частную жизнь и семейную жизнь.

¹ Николайчик В.М. США: полицейский контроль над обществом. М. 1987, с.4.

Неприкосновенность частной жизни как предмет правового регулирования.

Неприкосновенность частной жизни - достаточно широкое и ёмкое понятие. В него можно включить, в первую очередь, комплекс общественных отношений, характеризующих человека и гражданина, как субъекта, обладающего полной свободой, определявшейся ещё французскими мыслителями как «естественной».

Одновременно определение места человека в совокупности ценностей, гарантируемых государством, происходит через реализацию правоотношений. Человек с помощью них вовлекается и как личностная значимость, и как социальная в «правовое пространство». Для этого он наделяется правовым статусом. Как отмечал Н.Н.Алексеев: «Человек становится лицом только тогда, когда при помощи юридической конструкции он превращается в особый «центр вменения», лежащий совершенно по ту сторону фактических отношений. Тогда только он вооружается юридической волей и становится в отношения к юридической норме»¹. Поэтому рассматриваемый общественный институт с точки зрения юриспруденции подлежит всестороннему анализу сквозь призму субъективного права - права на неприкосновенность частной жизни. Это одновременно означает, что неприкосновенность частной жизни выступает и как предмет правового регулирования через такое понятие как «законный интерес». Законный интерес понимают как «отражённое в объективном праве либо вытекающее из его общего смысла и в определённой степени гарантированное государством простое юридическое дозволение, выражающееся в стремлениях субъекта пользоваться конкретным социальным благом, а также в некоторых случаях обращаться за защитой к компетентным органам - в целях удовлетворения своих потребностей, не противоречащих общественным»². Законный интерес отличается от субъективного права своей сущностью, структурой и содержанием: «законный интерес в отличие от субъективного права есть простая правовая дозволенность, имеющая характер стремления, в которой отсутствует указание действовать строго зафиксированным в законе образом и требовать соответствующего поведения от дру-

¹ Алексеев Н.Н. Основы философии права. СПб., 1998, с.80.

² Малько А.В. Субъективное право и законный интерес // Правоведение. 1998. № 4, с. 62.

гих лиц и которая не обеспечена конкретной юридической обязанностью»¹.

Право на неприкосновенность частной жизни является также субъективным правом. Поэтому для того, чтобы выявить его конкретное место в иерархии ценностей, охраняемых законом, необходимо определить внутренние элементы: содержание данного права, его сущность и структуру.

Н.И. Матузов определяет, что содержание субъективного права «образуют те конкретные юридические возможности, правомочия, которые предоставляются и гарантируются субъекту (управомоченному)»². В целом, согласившись с данной дефиницией, следовало бы отметить следующее. Гегель считал, что содержание выводится из самого понятия, обнаруживает его своеобразие. Применительно к субъективному праву его содержание можно выявить через волю, следуя этой философии, содержание есть определение «своей природы и внешней действительности»³.

Структура же согласно Н.И. Матузову «выступает как взаимосвязь этих возможностей (элементов), их взаимное расположение и соподчинение, как форма организации содержания субъективного права, его внутреннего единства и строения»⁴.

Из вышеуказанного видно, что рассматриваемые элементы тесно взаимосвязаны. В философии при исследовании объекта познания первенство принадлежит сущности, то есть идее права. В советский период развития сущностью любого субъективного права являлось выражение классового интереса и закрепление его в нормативном источнике. Отрицалась теория естественных прав. Надо сказать, что сущность права на неприкосновенность частной жизни тождественна сущности любого субъективного права человека.

Представляется, что Гегеля, И. Канта, М. Вебера относительно сущности права представляются более привлекательными и верно отражающими природу рассматриваемого вопроса (явления). В основе этих взглядов лежит то, что «идея права есть свобода, и истинное ее понимание достигается лишь тогда, когда она познается в ее

¹ Малько А.В. Субъективное право и законный интерес // Правоведение. 1998. № 4, с.64.

² Матузов Н.И. Личность. Права. Демократия. Теоретические проблемы субъективного права. М. 1972, с.93.

³ Гегель Г.В.Ф. Философия права. М. 1990, с.79.

⁴ Матузов Н.И. Указ, соч., с.93.

понятии и наличном бытии этого понятия»¹. Изначально существует первоначальное право свободы и равенства, которое согласно И. Канту составляет достоинство человека. Поэтому оправданна императивность статьи 21 Конституции Российской Федерации: «Достоинство личности охраняется государством. Ничто не может быть основанием для его умаления». Сущностью права на неприкосновенность частной жизни является то, что оно есть элемент свободы человека.

Можно ли определять право на неприкосновенность частной жизни как естественное право человека? По-видимому, сложно ответить на данный вопрос однозначно, как и сложно ответить на вопрос о наличии вообще естественных прав. Несмотря на утверждение в российской современной юриспруденции теории естественных прав, следует подчеркнуть, что у данной теории есть не мало противников, которые отнюдь не являются социалистами или коммунистами. Обращает внимание, что теория естественных прав в Западной Европе к концу XIX века не имела большого количества сторонников, поскольку имеет ряд недостатков, которые очень чётко проявляются при рассмотрении права на неприкосновенность частной жизни.

Джон Локк, один из основателей понятия «естественное право» писал, что оно «никогда не будет отменено, поскольку люди не могут отменить этот закон, ибо они подчинены ему, а подданные не могут менять законы по своему произволу, да и Бог, конечно, не захочет этого»². Монтескье также подчёркивает, что всем гражданским и политическим законам «предшествуют законы природы, названные так потому, что они вытекают единственно из устройства нашего существа»³. Иными словами отрицается зависимость их юридического закрепления от усмотрения законодателя. « Это естественное право абсолютно не обусловлено ни временем, ни местом. Оно существовало бы и было бы тем же самым, если бы даже Бога вовсе не существовало», - отмечал уже русский учёный-юрист Н.М. Коркунов⁴. Иными словами право на неприкосновенность частной жизни, если его рассматривать как естественное право, не зависит от текстуального закрепления, принадлежит человеку в силу его сущности, в силу природы человека. Однако, данное право нашло свое законодатель-

¹ Гегель Г.В.Ф. Указ, соч., с.59.

² Локк Д. Опыты о законе природы // Сочинения: В 3 т. Т. 3. М, 1998, с. 46.

³ Монтескье Ш. О духе законов // Избранные произведения. М., 1955, с. 165.

⁴ Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. СПб., 1898, с. 19.

ное закрепление лишь в середине XX века. На протяжении многих столетий юриспруденция не знала категории «неприкосновенность частной жизни». Кроме того, философия права долгое время вообще отрицала автономию личности от государства. Общине - со времен Аристотеля считалось чертой, отличающей человека от животного мира. Человек должен быть открыт, так как в тайне рождается только заговор. Суждение о незыблемости ценности частной жизни в средневековье было бы расценено как ересь. Длительное время «самостоятельное развитие особенности (свобода отдельного лица) воспринималось как порча нравов и предвестник гибели нравственного целого - государства...»¹.

Одновременно право на неприкосновенность частной жизни, как и любое другое субъективное право, приобретает свою ценность только в государстве. Примечательным выглядит эпизод, описанный в романе Даниэля Дефо, о том, как, попав на необитаемый остров, Робинзон Крузо убирает деньги как ненужный хлам. Поэтому меньше всего нуждается сущность человека в неприкосновенности частной жизни, как в юридической категории. Человек, как биологический носитель, может существовать и без данного права. Оно ему нужно, поскольку индивид не единичен, живёт среди ему подобных. В этом контексте трудно не согласиться с Конрадом Хессе: «В исторической действительности свобода и равенство индивидуума никогда не были «Заданы природой», а существовали лишь постольку, поскольку они актуализировались в действиях людей. Наконец, основные права и свободы «не заданы природой», т.е. не имеют догосударственного и доправового характера, что они обеспечиваются только при позитивном государственном правопорядке»². Противники такой точки зрения могут ответить, что теория относительности Эйнштейна, была также открыта только в XX веке, но это не значит, что она никогда не существовала. Человечество не обладало специальными познаниями. Так и с правом на неприкосновенность частной жизни. В своём историческом развитии люди «открывают» естественные права.

Однако только закрепление субъективного права на неприкосновенность частной жизни в действующем законодательстве приводит к его реальному осуществлению (именно как субъективного права).

¹ Нерсисянц В.С. «Философия права»: история и современность (Вст. статья) // Гегель Г.В.Ф. Философия права. М., 1990, с. 20.

² Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. М., 1981. с.20.

Или, следуя словам Кельзена, «правовая норма конституирует специфическую ценность, правовую ценность»¹. И законодатель, придавая некоторым возможностям, некое санкционирование, не просто руководствуется личной или политической прихотью. Тем самым он вовлекает возможность действия в правовое пространство (через категорию субъективного права), упорядочивает общественные отношения. Эйфория от отрицания позитивистских начал в праве не приведёт также ни к чему хорошему, как и слепое следование нормативным установлениям.

Следует отметить, что определение содержания гражданских прав как естественных ограничивает произвол законодателя некоторыми ценностями, которые называют «абсолютной справедливостью», «естественными принципами права» или иначе. И здесь нельзя не согласиться со следующим мнением: «Посылка, согласно которой все люди наделены определёнными «неотъемлемыми» правами в силу своей естественной принадлежности к человеческому роду, правами, которые не могут быть проигнорированы ни при каких обстоятельствах, является гипнотически завораживающей (выделено автором - Г.Р.). Однако, как показывает опыт, ничуть не в большей степени, чем любая другая идеология, она определяет конкретные законодательные и судебные решения, которые влияют на благополучие людей»².

Если рассматривать право на неприкосновенность частной жизни как естественное право, то можно сказать, что оно принадлежит человеку в силу его особой природы. Стержнем природы человека является свобода. И уже различные субъективные права выражают её проявление в той или иной сфере. Как было отмечено А. Хеллер: «Нравственные постулаты, заложенные в разных правах человека, отражают лишь разные качества и аспекты свободы. Только сама свобода, «естественный закон», является абсолютной моральной ценностью»³. И государство, и право являются вторичными ценностями по отношению к человеку, поэтому одна из главных задач общественно-экономической формации - обеспечить личности определенную степень автономии в поступках, мышлении, общении. Данный принцип нашел свое материальное закрепление и в Конституции Российс-

¹ Цит. по Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999, с.232.

² Сравнительное конституционное право. М., 1996, с. 241-242.

³ Хеллер А. Свобода как высшая идея // Новое время. 1993. N 36, с.58.

кой Федерации, провозгласившей высшей ценностью человека, его права и свободы, связавшей государство обязанностью признать, соблюдать и защищать права и свободы человека и гражданина (ст.2). В российской доктрине базисом института конституционных прав также считается свобода личности, состоящая, в свою очередь, из следующих элементов: социально-экономическая свобода, политическая свобода, культурная и личная. Уже область личной свободы рассматривалась как «связанная со всеми сторонами общественной жизни сфера некоторой обособленности индивидуума, то есть возможность распоряжаться самим собой в устройении личной жизни, а также в нравственных отношениях»¹.

Из понятия « естественного права» традиционно выделяют два его отличительных признака - неотчуждаемость (нашедший свое нормативное закрепление в статье 17 Конституции РФ, - как невозможность передачи данного права) и неотъемлемость - теоретический признак, подразумевающий существование субъективного права вне зависимости от какого-либо законодательства. Присущее наличие моральной силы, даже если отсутствует юридическое санкционирование, а также возможность гражданина апеллировать к нему в своих притязаниях к государству. Так как еще Декларация прав человека и гражданина от 26 августа 1789 года, принятая во Франции, закрепила возможность каждого сопротивляться угнетению, если государство не преследует цели сохранения прав человека².

Надо отметить, что в теории права многие учёные используют именно термин «неотчуждаемые» по отношению к личным правам, в том числе и к праву на неприкосновенность частной жизни, «опуская» характеристику «естественные».

Одновременно данное право подчёркивает индивидуальные начала личности. Гражданин как индивид приобретает ценность (со стороны государства) в большей мере благодаря признанию данного права. Если обратиться к истории, то сама основа конструирования отношений между людьми не имела индивидуалистических начал. Субъект (человек), как правило, действовал, лишь как элемент общины, рода, сословия, класса, касты, группы, семьи и так далее, в зависимости от времени и места возникновения отношений. В этом случае « индивид признавался субъектом такого права привилегии не

¹ Гулиев В.Е., Рудинский Ф.М. Социалистическая демократия и личные права. М., 1984, с. 71.

² Современные зарубежные конституции. М.1996, с.98.

в качестве человека вообще (не в качестве представителя человеческого рода), а лишь в качестве определённым образом и для определённого круга отношений выделенного, избранного, маркированного, словом частичного, привилегированного человека (как исконного афинянина или римлянина, члена определённого рода, сословия, группы, обладателя определённым имуществом, богатством, социальным положением и т.д.)»¹. Продолжением такой схемы отношений является передача части властных полномочий коллективному субъекту. И прародителем этой идеологии выступает отнюдь не коммунистическая Россия, а Западная Европа. Или можно сказать, что это этап развития общественного сознания человечества. В 1790 году во Франции декретом Учредительного собрания были созданы семейные суды. Их решения подлежали исполнению после специального ордонанса, выносимого окружным судом. С этого времени к их компетенции относятся не только имущественные споры, но и «относясь к ведению этого семейного правосудия подлежат расточительные или развратные отцы, блудные сыновья, наследники, неспособные распоряжаться своей долей наследства»². Фактически была создана институциональная система внеправового принуждения. В отсутствие надлежащей процедуры, соблюдения юридических гарантий государство с помощью семейных судов могло наиболее эффективно бороться с любым проявлением инакомыслия, с любыми гражданами, отличающимися от «заданной» системы. Причём следует отметить, что 1790 год не стоит считать началом отсчёта истории семейного произвола. Наоборот, данный Декрет упорядочил данную форму, так как до этого времени глава семьи обращался непосредственно к королю о применении мер наказания. Франция не стала исключением из правила: стоит только вспомнить, что именно этот век ознаменовался рождением Викторианской эпохи. В это время семья становится проводником государственной политики, «семья оказалась возведена в ранг юридической инстанции и могла наделяться прерогативами суда в отношении дурного поведения, беспорядков, недееспособности и безумия в различных формах»³. Обвинение в аморальности стало самым удобным способом клеймения преступника. Тем самым человек полностью исключается из жиз-

¹ Нерсисянц В.С. Философия права. М., 1998, с. 108.

² Фуко М. История безумия в классическую эпоху. СПб., 1997, с. 438.

³ Фуко М. Указ. соч., с. 439.

ненного уклада социума. Ему отказывают в работе, ему не сдают жильё, с ним перестают общаться. Для этого не надо проводить дорогостоящее следствие, подвергать суду присяжных с неясным исходом. Государственная машина громоздка, она не всегда сможет просто выявить наличие правонарушения. Достаточно создать систему моральных принципов-догм, помноженную на идеологию обязательности открытости личной жизни человека, и получается такой режим отношений, при которых человек подвергается такому тотальному контролю, который не сможет создать даже самое деспотическое государство. Итог: общество, в котором, каждый следит за себе подобным: в семье, в своём квартале, на работе. Самыми суровыми наказаниями становятся изоляция и скандал. Последствия - самоубийство или изгнание - таковы, что не всегда государство могло добиться этого по отношению к самым опасным преступникам. «Когда же нравы образуют саму субстанцию государства, а общественное мнение - его прочнейшую связующую нить, скандал превращается в самую страшную форму отчуждения человека. Он делает его непоправимо чуждым самым основам общежития, а его наказание, утратив характер исправления частной ошибки, принимает всеобъемлющую форму: оно присутствует в сознании каждого и осуществляется волею всех»¹. Таковое становится возможным только при отрицании права самостоятельно (индивидуально) строить свой жизненный уклад. Человек должен либо «вписаться» в уже существующий, либо стать изгоем общества. Главная задача государства, чтобы этот уклад был ему (государству) удобен. Артефакты такого моделирования отношений имеются и в настоящее время. Единственное, что объектом становится не сугубо личностное пространство, а сфера социальных отношений, как правило, связанное с выполнением профессиональных функций. Начало было положено созданием «закрытых цехов», когда работник мог сохранить своё рабочее место только при условии членства в профессиональном союзе. Также защита своих прав могла быть возможной только через профсоюз. Эволюцией отказа от практики создания «закрытых цехов», можно сказать, завершилась в Западной Европе делом *Young, James, and Webster v. United Kingdom*, рассмотренным Европейским Судом по правам человека. Британский закон требовал, чтобы все железнодорожники были членами профсоюза. Двое из заявителей возражали против этого по полити-

¹ Фуко М. Указ. соч., с. 440.

ческим мотивам, третий не считал, что профсоюз защищает права работников. «Суд не признал требование о членстве необходимым в демократическом обществе (п. 2 ст. 11 - речь идёт о Европейской Конвенции о правах человека - Г.Р.). По его мнению, данное ограничение недостаточно способствует получению таких выгод, как уменьшение путаницы при ведении переговоров и содействие образованию профсоюзов»¹. Однако и сейчас возникают споры среди юристов по поводу создания так называемых уполномоченных профсоюзов, когда правительство утверждает перечень организаций, с которыми могут вестись переговоры. Тем более, что по этому вопросу Европейский Суд по правам человека встал на сторону государства. В частности по делу Национальный профсоюз полиции Бельгии против Бельгии было указано, что «Королевский указ от 2 августа 1966 г. создал неравенство в обращении в ущерб таким организациям, как профсоюз-заявитель. Правительство настаивало на том, что оно желало избежать «профсоюзной анархии» и считало необходимым «обеспечить последовательную и сбалансированную политику, должным образом учитывая профессиональные интересы всех сотрудников провинций и коммун». Это сама по себе правомерная цель, и Суд не имеет основания полагать, что Правительство имело какие-либо другие намерения...»². Общество, по-видимому, ещё не созрело до того состояния, когда только личность, как самоценность, станет центром правовой системы. Можно приводить различные основания иного порядка. Как правило, обосновывают тем, что так удобнее обществу и государству, а в конечном итоге и каждому человеку; Вместе лучше защищать права, чем одному. Настораживает то, что такая система иногда даёт «сбой», и жертвой такого сбоя становится не абстрактное общество или государство, а конкретный человек со своим миропониманием и своей судьбой. В конечном итоге возникает вопрос (может быть отчасти лишь правовой) - вправе ли общество пожертвовать одним человеком для достижения общего блага? И в чём выражается общее благо? Во всеобщей сытости, послушности и благонадёжности? И каким целям должно следовать право? К сожалению, очень часто высокие инстанции (в том числе и международные), носящие в своём названии слова «права человека», забо-

¹ Дженис М, Кэй Р., Брэдли Э., Европейское право в области прав человека (Практика и комментарии). М., 1997, с.260.

² Европейский Суд по правам человека. Избранные решения: В 2 т. Т.I, М., 2000 с. 85.

тятся, в первую очередь, о сохранении существующей системы. В этом случае человек как бы просто теряется.

Вышеизложенное подчёркивает, что право на неприкосновенность частной жизни - это не просто одно из субъективных прав, закрепляемых в нормативном порядке, а определённая грань взаимоотношений человека, общества, государства. Оппонируя приведённым выводам, можно отметить, что в приведённых случаях и присутствует смешение понятий законного интереса и субъективного права. Неприкосновенность частной жизни как законный интерес есть определённое дозволение, но которое не обеспечено конкретной обязанностью, что и прослеживается в реальной жизни. Можно привести характерный пример. Законный интерес: быть оставленным в покое в вечернее время суток. Но гражданин не может обязать, например, муниципальное образование запретить проезд всем машинам по автодороге, проходящей под его окнами после 20-00. Иными словами указанная грань взаимоотношений не всегда обеспечивается взаимными правами и обязанностями. Только если нормативный акт оперирует понятием субъективного права, тогда можно выделять и корреспондирующие обязанности к определённому субъекту правоотношения. Может присутствовать и злоупотребление законным интересом, когда собственник пытается оградиться от внешнего воздействия путём установления колючей проволоки, через которую пропущен электрический ток. Действительно приведённые тезисы нельзя не учитывать, но и провести грань между тем, где присутствует только законный интерес, а где субъективное право очень сложно. Ибо если попытаться сделать это, то в конечном итоге придётся согласиться с тем, что содержание права на неприкосновенность частной жизни выражается только в нормативно оформленном документе. При этом официальный акт должен чётко очертить, что понимается под неприкосновенностью, какими действиями обладает субъект права, в том числе по отношению к иным лицам. Подобный подход приводит к искусственному сужению содержания субъективного права. Можно ли ставить наличие данного права только в зависимость от воли законодателя? Представляется возможным дать на этот вопрос отрицательный ответ.

Право на неприкосновенность частной жизни выступает признанием со стороны государства приоритета (первичности) индивидуума как субъекта права. Отчасти оно не означает такого же признания со стороны общества (как возможно и обратное). Тем са-

мым государство соглашается, что у человека есть своя частная жизнь, принадлежащая только ему. Только человек является строителем своей жизни. Он может в любой момент разорвать правовую связь с государством (путём от выхода из гражданства до самоубийства).

Чрезмерное давление на личность со стороны государства влечёт обратную связь, выражающуюся в «бегстве» в частную жизнь. В данном случае человек замыкается и наиболее ярко проводит грань между общественными процессами и своим внутренним миром. Закрепление права на неприкосновенность частной жизни или его отсутствие не может влиять на этот процесс. Общественные отношения начинают развиваться по своим законам. Характерно, что наибольшие всплески развития науки и культуры происходят именно при тоталитарных режимах. Личность становится апатичной по отношению к государству. В конечном итоге люди «переживают» такой политический строй. Как правило, завершающей вехой является или эпоха реформирования, или пора революционных катаклизмов. Данный аспект отражает ещё одно предназначение права - его соответствие реально складывающимся общественным отношениям. Право нельзя рассматривать как средство революционного переустройства общества, с его помощью, по-видимому, нельзя резко нарушать естественный ход событий. В противном случае право и иные социальные регуляторы идут параллельным путём, пока такое противостояние не дойдёт до критической точки. Поэтому уяснение содержания субъективного права - это не просто логический анализ текста нормативного акта, это отражение нормативного смысла права в реально складывающихся общественных отношениях.

Содержание можно выразить, согласно общему определению, приведенному выше, из толкования самого понятия, а точнее через рассмотрение его элементов «неприкосновенность» и «частная жизнь».

«Неприкосновенность» в лексическом смысле понимается, в первую очередь, как невмешательство. Конституция СССР не закрепляла право на неприкосновенность частной жизни, а только право на охрану личной жизни. Если трактовать неприкосновенность лишь как невмешательство, то право, закрепленное статьей 23 Конституции РФ, будет нести только отрицательную смысловую нагрузку. Таким образом, признавая односторонность права на охрану личной жизни,

проявляющуюся в том, что оно включает лишь охранительную деятельность компетентных органов, при вышесказанном выводе мы даем и праву на неприкосновенность частной жизни не полный смысл, не включая в него правоохранную сторону. Тем более, что отрасль конституционного законодательства относится теорией права к публичным отраслям, поэтому властное воздействие на регулирование общественных отношений является одним из основных его методов.

Здесь налицо отличие от частноправового понимания охраны как гарантии реализации права, то есть совокупности мер, направленных на сохранение, улучшение, предотвращение и устранение вредных последствий охраняемого объекта¹. В публичном же праве охрана выступает и как гарантия, и как элемент охраняемого объекта, поскольку является основным способом реализации властеотношений. Данный момент был четко обоснован А. Шопенгауэром: «Охрана права, разумеется, обозначена только в государстве, но самое право существует независимо от последнего, ибо насилие может только подавить его, но не уничтожить. Вот почему государство, это - ни что иное, как охранительное учреждение, ставшее необходимым, вследствие тех бесчисленных посягательств, которым подвергается человек и которые он в состоянии отражать не в одиночку, а в союзе с другими людьми»².

Теория права выделяет помимо охраны также еще один позитивный элемент - защиту, что « в наиболее общем смысле ... есть противодействие незаконным нарушениям и ограничениям прав, свобод и интересов личности, предупреждение этих нарушений и ограничений, а также возмещение причинённого вреда в случае, если предупредить или отразить нарушение и ограничение не удалось»³. Поэтому, анализируя статью 23 Конституции Российской Федерации можно прийти к выводу, что неприкосновенность включает в себя три стороны - охрану, защиту, собственно невмешательство.

Под охраной в теории права понимаются меры, осуществляемые государственными органами и другими субъектами права, направленные на предупреждение нарушений прав и свобод человека и гражданина, на устранение причин их порождающих, устранение препят-

¹ Охрана окружающей природной среды. М. 1993. с.11.

² Шопенгауэр А. Избранные произведения. М. 1992. с. 139-140.

³ Общая теория прав человека. М., 1996, с. 169.

ствий и способствующие таким образом реализации прав и свобод, установленных законом¹.

Под защитой понимается совокупность мер, направленных на недопущение нарушения прав и свобод человека и гражданина, а также «принудительный способ осуществления права, применяемый в установленном порядке компетентными органами либо самим управомоченным лицом»². Надо сказать, что объектом защиты выступают не только права и свободы, но и объект или субъект тех или иных правоотношений.

Оба элемента направлены на недопущение нарушения данного права гражданина, и составляют, как правило, задачи и функции соответствующих органов, и объектом воздействия выступает третье лицо - потенциальный или фактический правонарушитель. При видимости совпадения понятий охраны и защиты, все-таки при тесной взаимозависимости и взаимосвязи они имеют и собственные признаки, которые и позволяют их различать. Хотя данная граница достаточно прозрачна, что дает основание многим правоведам применять эти термины как синонимы. «Защита есть момент охраны, одна из её форм»³, наиболее распространённая точка зрения. При этом охрана рассматривается в широком и узком смысле. Это легко проследить на примере понятия «охраны гражданских прав», выделяемого авторами учебника по Гражданскому праву: «В соответствии со сложившейся в науке традицией понятием «охрана гражданских прав» охватывается вся совокупность мер, обеспечивающих нормальный ход реализации прав. В него включаются меры не только правового, но и экономического, политического, организационного и иного характера, направленные на создание необходимых условий для осуществления субъективных прав. Что касается собственно правовых мер охраны, то к ним относятся все меры, с помощью которых обеспечивается как развитие гражданских правоотношений в их нормальном, ненарушенном состоянии... Наряду с таким широким пониманием охраны в науке и в законодательстве используется и понятие охраны в узком смысле слова. В этом случае в него включаются лишь те предусмотренные законом меры, которые направлены на восстановление или признание гражданских прав и защиту интересов при

¹ Конституционный статус личности в СССР. М. 1980, с.202.

² Конституционный статус личности в СССР. М. 1980, с.203.

³ Ведяхин В.М., Шубина Т.Е. Защита права как правовая категория // Правоведение. 1998. № 1, с.68.

их нарушении или оспариваний. В целях избежания терминологической путаницы, охрану в узком значении этого слова принято именовать защитой гражданских прав»¹. Исходя из этой точки зрения, защита рассматривается как совокупность собственно правовых мер охраны, или как охрана в узком смысле слова.

Охрана, как представляется, - это деятельность, направленная на будущее, ее основная задача - не допустить правонарушение, устранить преграды для реализации правомочия, профилактико-предупредительная деятельность.

Защита - это деятельность, возникающая в случае наличия конкретного правонарушения, либо устранение такого состояния, которое реально приведет к наступлению негативных последствий, а также направленная на восстановление нарушенного права, «имеет своё функциональное назначение - обеспечение и восстановление правопорядка, предупреждение правонарушений»². Как правило, присутствует уже конкретный правонарушитель и лицо, чье право ограничено виновными действиями. Анализируя учебную литературу, можно прийти точно к такому же выводу. В большинстве источников право на защиту рассматривается как возможность совершать определённые действия по отношению к правонарушителю и возможность апеллировать к уполномоченным государственным органам в целях реализации мер государственного принуждения к правонарушителю³.

Следует обратить внимание, что термины «охрана» и «защита» использовались при создании Конституции РФ в различных аспектах: как собственно понятия, так и как основа однокорневых словосочетаний. Так, «защита» может указывать на особый род деятельности, причём применительно к государству в целом, но по отношению либо к какой-то особой группе наиболее значимых объектов (статья 38 Конституции РФ предусматривает - «Материнство и детство, семья находятся под защитой государства»), либо к институту прав и свобод человека и гражданина в целом (статья 45 Конституции РФ: «Государственная защита прав и свобод человека и гражданина в

¹ Гражданское право. Часть 1/ Под ред. Ю.К.Толстого, А.П.Сергеева. М., 1996.с.240.

² Ведяхин В.М., Шубина Т.Е. Защита права как правовая категория // Правоведение. 1998. № 1.с. 79.

³ Обращает внимание, что действующие правовые акты и научная литература использует именно термин «право на защиту», тем самым закрепляя соответствующее субъективное право.

Российской Федерации гарантируется»). В рамках общего обозначения можно говорить и о разновидностях защиты: судебная (статья 46 Конституции РФ), социальная (статья 7 Конституции РФ) и так далее. Естественно, что не любая из этих форм имеет распространение и на право на неприкосновенность частной жизни.

Использование однокорневого глагола, как правило, происходит в сокращённых редакциях обязательств: например, в статье 8 Конституции РФ закреплено, что в РФ признаются и защищаются равным образом различные формы собственности. Аналогичная редакция не содержит чёткого указания, что должно иметь место в конкретном случае. Это указывает, прежде всего, на необходимость научного толкования.

Данные выводы имеют равное отношение и к термину «охрана». Закрепляя статью 23, Конституция РФ отходит от текстуального использования названных терминов, обобщая «неприкосновенностью». Данное обстоятельство обязывает юридическую науку приложить усилия для полного и точного уяснения смысла анализируемого субъективного права. Чтобы применительно к конкретной ситуации правоприменитель мог иметь представление: кто является обязанным или управомоченным, что он обязан сделать, от каких действий должен воздерживаться. Обращая внимание, что «единообразному применению закона способствовала бы однозначность понятий, унификация терминологии, устранение как синонимичности, так многозначности, полисемии»¹, нельзя не сказать, что выявление элементов права на неприкосновенность частной жизни способствует определению содержания данного права, даёт всеобъемлющее представление о возможных правомочиях в целом.

Собственно невмешательство - есть обязанность государства обеспечить позитивное регулирование данного права, а также закрепление состояния определенной автономии человека от государства, общества, себе подобных и может регулироваться государством двояко:

- 1) через установление запретов;
- 2) через закрепление определенного правового статуса субъекта, либо через закрепление определенного режима социальной деятельности человека.

Вторую сторону можно рассмотреть на примере установления свободы вступления в брак для мужчины и женщины, достигших

¹ Общая теория прав человека. М., 1996, с. 171.

совершеннолетия. Конституция РФ не закрепила данное право, но оно присутствует во многих международных документах. Статья 16 Всеобщей декларации прав человека гласит: «Мужчины и женщины, достигшие совершеннолетия, имеют право без всяких ограничений по признаку расы, национальности или религии вступать в брак и основывать семью. Они пользуются равными правами в отношении вступления в брак, во время состояния в браке и во время его расторжения. Брак может быть заключен только при свободном и полном согласии обеих вступающих в брак сторон. Семья является естественной и основной ячейкой общества и имеет право на защиту со стороны общества и государства»¹. Состояние в браке или его отсутствие считается (в настоящее время) личным делом каждого, и никто не может быть принужден к вступлению в брак или к разводу. Последнее до недавнего времени, пока супружескими отношениями занималась церковь, было весьма проблематично. Достоянием общества стала трагическая история любви Ромео и Джульеты, рассказанная У. Шекспиром. Поэтому определение своего гражданского состояния не должно зависеть ни от государства, ни от влияния других лиц или родителей. Ограничения в этом вопросе могут иметь лишь одну цель - защиту интересов будущего ребенка (запрет на брак между близкими родственниками - статья 14 Семейного кодекса РФ²) или нравственности общества (запрет на вступление в брак лиц одного пола). Хотя и эти ограничения в некоторых странах не признаются. Является ли удачным текстуальное закрепление в Конституции РФ права на неприкосновенность частной жизни? Как уже отмечалось выше Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод предусматривает право каждого на уважение его личной жизни. Речь идёт не о «неприкосновенности», а об «уважении». Иными словами Европейская Конвенция закрепляет право на признание личной жизни. То есть личная жизнь - объективная ценность, которая признаётся столь значимым международным договором. Но признание не означает обязательности положительных действий со стороны государства, как и охранительных. Значение придаётся инициативе гражданина по самозащите своей частной жизни. У гражданина есть личная жизнь, она признаётся (уважается) государством, но защита своего блага - бремя самого гражданина, как и определение её границ. Следствием такого подхода будет отсутствие чёткого по-

¹ Международная защита прав и свобод человека. М. 1990, с.17.

² Собрание законодательства РФ. 1996. N 1. Ст. 16.

нимания содержания частной жизни, а также установления пределов ограничений. Европейский Суд по правам человека отмечал, что «понятие «уважение» не является абсолютно чётким»¹.

Используется также формулирование права как принципа в форме категорического императива - Частная жизнь неприкосновенна. Закрепление в виде принципа также имеет ряд недостатков. Субъективное право может быть ограничено, в отношении принципа ограничения менее допустимы. Одновременно можно сказать, что общественный интерес может превалировать над частной жизнью как личным благом. Вне рамок правового регулирования оказываются также положительные действия государства по обеспечению реализации данного права, государство тем самым как бы провозглашает - Частная жизнь неприкосновенна и мы не будем в неё вмешиваться, что бы не случилось, но и гражданин не должен обращаться к нам за помощью, а решать свои проблемы самостоятельно. Критика такого подхода актуализируется во многих странах в аспекте борьбы с проявлениями насилия в семье.

Некоторые международные акты закрепляют право на невмешательство в частную жизнь. В данном случае не подпадает под защиту нарушения права со стороны частных лиц. Например, частная организация устанавливает камеры слежения на рабочих местах, не предупреждая об этом работников, или один из жильцов проводит наружное наблюдение за своими соседями, фиксируя их контакты. Государство, устанавливая принцип невмешательства, определяет, в первую очередь, свои обязательства перед гражданином, налагает ли тем самым обязательства на всех граждан, действующих не в качестве официальных должностных лиц. Данное положение выглядит спорным, учитывая мнения некоторых учёных, считающих, что Институт конституционных прав и свобод человека и гражданина - это взаимные обязательства между человеком и государством².

¹ Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика. М., 1998, с. 298.

² И.Л. Петрухин, например, считает, что статья 23 Конституции РФ защищает только частные телефонные разговоры: «Администрация учреждений, предприятий, организаций вправе прослушивать служебные телефоны служащих, если это необходимо для контроля за сохранением государственной, служебной и коммерческой тайны и трудовой дисциплины» (Личные тайны (человек и власть). М., 1998, с.89). Однако как разграничить служебный разговор от частного разговора, когда родитель ведёт беседу со своим несовершеннолетним ребёнком, желая проверить, например, пришёл ли он из школы. Конституция всё-таки защищает частную жизнь (именно жизнь) гражданина, а не место деятельности человека, закладывая в основу технические показатели её осуществления.

Анализируя нормы, посвященные неприкосновенности частной жизни, в Конституции РФ 1993 года и в Конституции РФ, существовавшей до 12 декабря 1993 года, можно сделать вывод, что границы охраняемого объекта несколько расширились.

Статья 40 Конституции РФ на 11 декабря 1993 года закрепляла, что «каждый имеет право на неприкосновенность его частной жизни...». Статья 23 Конституции РФ, действующей в настоящее время, утверждает: «Каждый имеет право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени». Определяя грамматическое толкование можно увидеть, что Конституция РФ 1978 года (со всеми последующими изменениями) предусматривала защиту информации, связанной только с конкретным лицом (местоимение «его»). Поскольку право на неприкосновенность частной жизни нужно понимать и как право на свободу общения, где выступают два и более субъекта, получалось, что здесь не действует охранительный механизм. Конституция РФ 1993 года закрепляет и право на семейную тайну, беря под охрану и семейное общение, означая при этом, что тайна каждого члена семьи, хотя и не относящаяся к другому, является общей и подлежит охране в отношении любого. Если рассматривать Европейскую Конвенцию и Международный Пакт, то они также используют местоимение «его», но не в формуле - «право на неприкосновенность его частной жизни». Статья 17 Международного Пакта закрепляет: «Никто не может подвергаться произвольному или незаконному вмешательству в его личную и семейную жизнь...». Статья 8 Европейской Конвенции - «Каждый человек имеет право на уважение его личной и семейной жизни...». Это не вызывает двойного толкования, поскольку вызвано логичным построением конструкции предложения. Поэтому текст статьи 23 Конституции РФ 1993 года можно считать более удачным и технически точным.

Помимо общего закрепления права на неприкосновенность частной жизни в российской Конституции, в статье 23 предусмотрены также право на личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени. Часть 2 дополнительно говорит о праве на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых телеграфных и иных сообщений. Также в части 2 имеются общие основания ограничения права на тайну почтовой связи. То есть общая конструкция статьи 23 состоит из 5 элементов:

- право на неприкосновенность частной жизни;

- право на личную и семейную тайну;
- право на защиту своей чести и доброго имени;
- право на тайну почтовой связи;
- основания ограничения права на тайну почтовой связи. Следует отметить, что право на защиту своей чести и доброго

имени не является предметом настоящего исследования, поскольку имеет косвенное отношение к современному содержанию права на неприкосновенность частной жизни. Честь и доброе имя нуждаются в защите, когда они опорочены. Наиболее распространённая форма реализации данного права проявляется при распространении сведений, не соответствующих действительности. Ложная информация характеризует человека как отрицательную личность, что разрушает общее представление в глазах окружающих о добром имени гражданина. Именно такой смысл имеет статья 152 ГК РФ - «Гражданин вправе требовать по суду опровержения порочащих его честь, достоинство или деловую репутацию сведений, если распространивший такие сведения не докажет, что они соответствуют действительности».

Нарушение неприкосновенности частной жизни имеет место и тогда, когда распространяется правдивая информация, в огласке которой не заинтересовано лицо, но которая не имеет никакого отношения к общественной деятельности. То есть разглашение сведений не может быть оправдано общественным интересом. Хотя и в данном случае наличествует посягательство на честь и доброе имя. И то и другое - субъективная оценка, формируемая гражданином самостоятельно. И формирование её зависит от цели, которую ставит перед ней человек. Как отмечал Эрик Берн, «большая часть человеческих взаимоотношений (по крайней мере 51 %) основана на обманах и уловках, иногда весёлых и забавных, иногда низких и злобных»¹. Его теория игр имеет серьёзное психологическое обоснование. Иными словами человек сам моделирует ситуацию, отводя и себе, и другим определённые роли. Применительно к рассматриваемому явлению человек формирует общее представление о себе у других, преследуя определённые цели. Естественно, что все личностные проявления, которые не отвечают заявленным требованиям, всячески скрываются от возможного разглашения. Это объясняется тем, что и другие люди также играют роли. Если в отношениях одна из сторон «выпа-

¹ Берн Э. Секс в человеческой любви. М., 1998, с. 177.

дает» из общей схемы, то это приводит к разрушению всей конструкции. Итог: моральное осуждение, разрыв дружеских симпатий, семейных уз, расторжение взаимных обязательств и так далее. Общество ещё, по-видимому, долго будет жить в плену своих стереотипов. Соответственно при распространении информации о частной жизни, даже если она соответствует действительности, можно говорить и о порочении чести и доброго имени. Естественно такой вывод нуждается в детальном анализе и найдёт со временем ещё своего исследователя.

М.Н.Малеина предлагает выделить две самостоятельные группы правомочий: права на тайну частной жизни и права на неприкосновенность частной жизни, объединив родовым понятием - права, обеспечивающие автономию личности¹. Первое справедливо отмечается как сложное субъективное право, включающее в себя целый комплекс отраслевых субъективных прав: право на медицинскую тайну, право на нотариальную тайну, адвокатскую тайну, банковскую тайну, другие аспекты права на тайну частной жизни. Иными словами ключевое понятие - тайна. То есть законодательное употребление данного термина даёт основания объединять некоторые положения вокруг данного центра. Однако в отраслевых нормативных актах тайна является, скорее всего, не некоей информацией, а режимом использования данной информации. Поэтому и нормы в основном включают в себя не закрепление правомочия гражданина, а особую процедуру допуска к закрытой информации².

Вторая группа - права на неприкосновенность частной жизни³ - состоит из права на неприкосновенность личной свободы, права на неприкосновенность жилища, право на неприкосновенность документов, телефонных и других переговоров, телеграфных и иных сообщений личного характера и другие. Признавая, что те или иные

¹ Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. М., 2001, с. 153.

² Более того, некоторые нормативные акты в таких случаях вообще не закрепляют именно субъективного права, принадлежащего гражданину. Например, Федеральный закон «О банках и банковской деятельности».

³ «Право на неприкосновенность частной (личной) жизни означает возможность обособления частной жизни, самостоятельного решения всех вопросов личной жизни и запрет вмешательства третьих лиц кроме случаев, предусмотренных законом или согласованных с гражданином» (Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. М., 2001, с. 184).

аспекты свободы человека - это в конечном итоге способ ограждения своего внутреннего мира от внешнего вмешательства (то есть создание поля личной автономии), нельзя согласиться с таким объединением субъективных прав под эгидой неприкосновенности частной жизни. Каждое из них имеет не просто свою историю, но является самостоятельным субъективным правом, имеющим перед собой конкретные цели, свою структуру и содержание. В каждом случае законодательного закрепления выделяется свой объект регулирования. Каждому самостоятельному праву соответствуют и свои принципы ограничений. Как раз одна из важнейших задач современной юриспруденции и состоит в том, чтобы не смешивая понятия, выявить критерии ограничения субъективного права, дать ценностную характеристику каждому праву.

Право на личную и семейную тайну

Российская Конституция выделяет в качестве самостоятельных элементов право на личную тайну и право на семейную тайну. Один из российских юмористов шутил, что только в России желают счастья в личной и семейной жизни, намекая на адюльтер. Разделение обусловлено тем, что семья - наиболее распространённая (правильнее - традиционная) форма совместного проживания. Социолог Джордж Мердок определял семью как «социальную группу, характеризующуюся совместным проживанием, общим ведением хозяйства и воспроизводством. Она включает взрослых обоих полов, причём по крайней мере двое из них поддерживают социально одобренные сексуальные отношения, и одного или более собственных или приёмных детей»¹. Структура семьи выглядит, таким образом: женщина, мужчина, хотя бы один ребёнок. Естественно при таком подходе и

¹ Цит. по Томпсон Д.Л., Пристли Д. Социология: Вводный курс. М., 1998, с. 162.

Традиционное понимание семьи современной социологией оспаривается. Примечательным выглядит разрешение в некоторых странах на гомосексуальные браки, а также на появление в них детей искусственным путём. Наиболее популярное определение семьи в советской социологии выглядело следующим образом: «... семью можно определить как исторически-конкретную систему взаимоотношений между супругами, между родителями и детьми, как малую социальную группу, члены которой связаны брачными или родительскими отношениями, общностью быта и взаимной моральной ответственностью и социальная необходимость в которой обусловлена потребностью общества в физическом и духовном воспроизводстве населения» (А.Харчев) Цит. по Голод С.И. Семья и брак: историко-социологический анализ. СПб., 1998, с. 90-91.

вводятся такие термины как неполная семья, расширенная семья (включающая бабушек, дедушек, боковых родственников, совместно проживающих и т.д.). Одной из основ семейной жизни является совместное проживание. Одновременно понятие семьи нельзя сводить только к совместному проживанию разнополых личностей - мужа и жены. Понятие семьи будет охватывать и совместное проживание матери (отца) и совершеннолетнего ребёнка. Нередки ситуации как семья состоит из родителей погибшего мужа и снохи, проживающей с ними в месте. Поэтому следует согласиться с точкой зрения С.И.Голода и рассматривать семью «как совокупность индивидов, состоящих, по меньшей мере, в одном из трёх видов отношений: кровного родства, порождения, свойства»¹.

Законодательство редко определяет понятие семьи. Статья 2 Семейного кодекса РФ устанавливает круг отношений, регулируемых семейным законодательством, хотя под членами семьи понимает - супругов, родителей, детей (усыновителей и усыновлённых). Иных лиц кодекс характеризует как родственников: «... а в случаях и в пределах, предусмотренных семейным законодательством, между другими родственниками и иными лицами, а также определяет формы и порядок устройства в семью детей, оставшихся без попечения родителей».

Это признают и авторы Комментария к Семейному кодексу РФ - «В СК нет общего определения семьи. Это не случайно: понятие семьи имеет социологический, а не правовой характер. В правовых актах понятие семьи связано с установлением круга членов семьи, образующих ее состав. Установление же круга членов семьи в свою очередь зависит от того, какое содержание вкладывается в понятие «член семьи». Круг членов семьи, связанных правами и обязанностями, по-разному определяется в зависимости от целей правового регулирования в различных отраслях права - семейном, гражданском, трудовом и т.д. Он различен и в разных правовых институтах одной отрасли права (например, в жилищном и наследственном праве). Поэтому включение определения понятия «семья» в СК и установление исчерпывающего перечня членов семьи могло бы привести к нарушению их прав либо к необоснованному расширению круга членов семьи». - Одновременно авторами предлагается собственное определение семьи. - «В теории семейного права семья (в юридическом

¹ Голод С.И. Семья и брак: историко-социологический анализ. СПб., 1998, с. 91.

смысле) определяется как круг лиц, связанных личными неимущественными и имущественными правами и обязанностями, вытекающими из брака, родства, усыновления или иной формы принятия детей на воспитание в семью»¹. Осложняется проблема определения семьи и Решениями Европейского Суда по правам человека. Так, в деле Маркс против Бельгии Суд высказал, что семейная жизнь включает в себя «как минимум связи между ближайшими родственниками, например, между дедушками, бабушками и внуками, поскольку такого рода отношения могут играть существенную роль в семейной жизни»². В деле Олссон против Швеции было также указано, что родные братья и сестры могут требовать уважения своего права на семейную жизнь³. По-видимому, при анализе прецедентов Европейского суда по правам человека следует различать семью, как объект защиты, и семейные связи, как самостоятельный объект защиты. Так, было признано, что «с момента рождения ребёнка и в силу самого факта рождения между ним и его родителями существуют узы, составляющие «семейную жизнь», даже если родители не проживают вместе»⁴. Иными словами Суд оценивает семью не с точки зрения формального юридического подхода: зарегистрированы ли брачные отношения в установленном порядке, - а разрешает заявителям «доказывать существование семейной жизни де-факто путём установления некоторых фактов, например финансовой или психологической зависимости»⁵.

Надо сказать, что региональное законодательство более смело подходит к названной проблеме и включает нормативное понимание семьи. Так Закон Республики Адыгея «Об охране семьи, материнства, отцовства и детства» определяет: «Семья - это объединение двух и более лиц, основанное на браке, родстве, усыновлении и иных формах принятия детей на воспитание, связанное общностью жизни (ведением общего хозяйства, заботой друг о друге, воспитанием детей),

¹ Комментарий к Семейному кодексу РФ / Под ред. И.М.Кузнецовой. М., 1996 (комментарий к статье 2).

² Европейский Суд по правам человека. Избранные решения: В 2 т. Т. 1. с. 240.

³ Европейский Суд по правам человека. Избранные решения: В 2 т. Т. 1. с. 549.

⁴ 21. Суд также не рассматривает совместное проживание как *sine qua* поп семейной жизни родителей и малолетних детей // Дело Беррехаб против Нидерландов. Европейский Суд по правам человека. Избранные решения: В 2 т. Т. 1. с.592.

⁵ Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика. М., 1998, с.306.

а также личными и имущественными правами и обязанностями, предусмотренными нормами семейного права» (статья 8). Фактически идентично и понятие, данное в статье 12 Закона Республики Башкортостан «Об охране семьи, материнства, отцовства и детства в Республике Башкортостан», как и в статье 6 одноименного закона Кабардино-Балкарской Республики.

Примером из федерального законодательства может служить закон «О прожиточном минимуме в Российской Федерации»¹. Статья 1 устанавливает, что семья - это лица, связанные родством и (или) свойством, совместно проживающие и ведущие совместное хозяйство. Как видно совместное проживание является обязательным признаком понятия семьи.

Несмотря на это, законодательство не наделяет семью правосубъектностью. В любом случае носителем прав и обязанностей выступает конкретный её член. Семья, как субъект права, не может выступать стороной договора, не может обратиться с иском в суд, не может привлекаться к коллективной ответственности и так далее. Всё это предопределяет вывод, сделанный Ю.А.Королёвым: «Семейный кодекс РФ, детально регулирующий все отношения между членами семьи, не рассматривает семью в целом как субъект правоотношений, относя все виды семейных отношений главным образом к кругу членов семьи - супругам, родителям, детям и другим родственникам»².

Логика нормативных актов подсказывает, что семья, в большей мере, рассматривается как нематериальное благо, как объект защиты, как социальное явление, признаваемое государством.

Соответственно возникает проблема в вопросах защиты семейных тайн, каким понятием следует руководствоваться. Можно высказать мнение, что если статья 72 Конституции РФ защиту прав и свобод человека и гражданина (пункт «б»), как и защиту семьи (пункт «ж») относит к предметам совместного ведения, то при характеристике семьи следует руководствоваться и федеральными, и региональными законами.

В этом случае личные тайны каждого члена семьи становятся общим «достоянием». В отношениях внутри семьи иногда достаточ-

¹ Собрание законодательства РФ. 1997. № 43. Ст. 4904.

² Королёв Ю.А. Семья как субъект права // Журнал российского права. 2000. № 10. с. 61.

но сложно определить личностную принадлежность¹, именно поэтому Конституция РФ выделяет два этих самостоятельных права. Можно также задаться вопросом: Если семейная тайна - общее достояние, то, как следует пользоваться этим благом? Означает ли это, что в вопросах раскрытия семейных тайн, следует руководствоваться мнением каждого члена семьи? Многие приводят аналогию с общей собственностью - пользование, владение и распоряжение должно осуществляться по соглашению всех её участников. М.Н.Малеина считает, что «если нельзя обособить, «вырвать» сведения, касающиеся только одного члена семьи, то согласие на разглашение всех других членов, имеющих право на тайну семейной жизни, должно испрашиваться, - при этом М.Н.Малеина уточняет: - « При этом вопрос не может решаться количеством голосов. Даже наличие одного «против» должно привести к отказу от раскрытия тайны семейной жизни. Таким образом, члены семьи имеют право на семейную тайну и одновременно каждый из них обязан сохранять семейную тайну»². Действительно, например, супруги прожили совместно некоторое время, доверяя друг другу различные тайны. В последующем жизнь может не сложиться, итог - развод. Один из супругов начинает распространять сведения об особенностях совместной жизни. Тем самым может быть причинён очень серьёзный вред другому супругу. Естественно возникает вопрос, как защитить права пострадавшей стороны? Может ли гражданин в этом случае подать иск о возмещении вреда, или обратиться в суд с просьбой изъять тираж опубликованных материалов или вынести запрет на публикацию мемуаров? Примеров таких ситуаций более чем предостаточно. В США чем скандальнее развод, тем больше вероятности, что один из партнёров начнёт «раздавать» интервью об интимных подробностях совместной жизни³. Всё-таки, если исходить из первичности обязанности каждого члена семьи сохранять семейные тайны, то мы придём к тому, что любые мемуары не должны печататься без согласования со всеми заинтересованными лицами. Тем самым пресса будет поставлена в сложное положение. В конечном итоге будет сложно найти комп-

¹ Ремарка: Особенности совместной интимной жизни супругов — это личная тайна каждого из них, или это всё-таки общая семейная тайна?

² Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. М., 2001, с.175.

³ Стоит только полистать «жёлтую» прессу, смаковавшую разводы и размолвки голливудских звёзд Б.Уиллиса и Д. Мур, Костнера, Траволты.

ромисс между различными интересами: свобода слова и неприкосновенность частной жизни. Представляется, что путём согласования разглашения сведений, составляющих общую семейную тайну, не должен решаться данный вопрос. Это, по-видимому, моральный выбор каждого члена семьи. Закрепление фиксированной модели поведения в законе не приведёт ни к чему, как к зашоренности права и закладыванию в «прокрустово ложе» настолько разнообразных ситуаций, которые не смогут быть всесторонне оценены с помощью писаного права.

Личные тайны имеют самостоятельное закрепление в отраслевом законодательстве, в том числе и по отношению к гражданам, находящимся в браке. Гражданин, обладая личной тайной, вправе её распорядиться: раскрыть её своим членам семьи или не посвящать в неё. Примером могут служить Основы законодательства РФ об охране здоровья граждан¹. Статья 61 Основ об охране здоровья граждан закрепляет, что «информация о факте обращения за медицинской помощью, состоянии здоровья гражданина, диагнозе его заболевания и иные сведения, полученные при его обследовании и лечении, составляют врачебную тайну». Причём гражданину должна быть подтверждена гарантия конфиденциальности передаваемых им сведений. Эта же статья предусматривает, что вся информация, составляющая врачебную тайну, может быть передана другим лицам только с согласия пациента. Без согласия гражданина допускается распространять такие сведения только в прямо предусмотренных законом случаях. Так, предоставление медицинской информации родителям пациента возможно только в случае оказания помощи несовершеннолетнему в возрасте до 15 лет. Если же медицинский работник сообщит сведения близким родственникам без согласия пациента, достигшего 15 лет, то это будет считаться противоправным разглашением врачебной тайны. Подтверждением закрепления личной тайны может служить и статья 15 Семейного кодекса РФ², устанавливающая возможность медицинского обследования лиц, вступающих в брак. Само медицинское обследование возможно только с согласия лиц, вступающих в брак, и результаты обследования лица, вступающего в брак, «могут быть сообщены лицу, с которым оно намерено заключить брак,

¹ Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1993. № 33. Ст. 1318.

² Собрание законодательства РФ. 1 996. № 1 . Ст. 16.

только с согласия лица, прошедшего обследование». Иными словами врачебная тайна является личной тайной и может быть раскрыта другим членам семьи только с согласия лица, обратившегося за медицинской помощью. Врач, нарушавший данный запрет, легко может стать субъектом привлечения к уголовной ответственности по статье 137 УК РФ «Нарушение неприкосновенности частной жизни». К сожалению, данное правило самими врачами повседневно игнорируется. Врач охотнее сообщает медицинскую информацию как раз родственникам больного, чем ему самому. Тем более, что советская деонтология, укоренившаяся, по-видимому, ещё надолго, именно к этому и призывает.

Статья 5 Основ законодательства РФ о нотариате также закрепляет, что «сведения (документы) о совершенных нотариальных действиях могут выдаваться только лицам, от имени или по поручению которых совершены эти действия». Это означает, что нотариальное действие не может стать предметом огласки супругу лица, обратившегося за совершением нотариального действия. Эта же статья предусматривает, что справки о завещании выдаются только после смерти завещателя. Супруг (супруга) могут в течение всей своей супружеской жизни так и не узнать, в отношении кого составлено завещание второй половиной. Это также соответственно следует относить к разновидностям личной тайны гражданина.

В российской научной литературе были сделаны попытки очертить ясное определение личной и семейной тайны: «... под личной тайной понимается право индивида определять своё поведение в обществе, самостоятельно регулировать режим информации и требовать от иных лиц соблюдения этих прав, а семейная тайна - право не просто нескольких лиц, а лиц, связанных родственными узами, на сокрытие фактов, определяющих поведение членов семьи»¹. Можно увидеть некоторое смешение понятий, тайна (информация) определяется через право, скорее всего, автор хотел как раз определить право на личную тайну и право на семейную тайну, которые и необходимо определять через правомочие. И.Л. Петрухин вообще не разделяет личную и семейную тайны - «Если представить право на частную жизнь граждан как совокупность гарантированных им тайн, то среди них можно различать тайны личные (никому не доверенные) и

¹ Лещенко Г.В. Право на личную и семейную тайны // Право граждан на информацию и защита неприкосновенности частной жизни: Сборник научных трудов. Часть II. Н.Новгород, 1999, с. 206.

тайны профессиональные (доверенные представителям определённых профессий для защиты прав и законных интересов граждан). В этом смысле к личным тайнам следовало бы отнести тайну творчества и общения, тайну семейных и интимных взаимоотношений, тайну жилища, дневников, личных бумаг, тайну почтовой-телеграфной корреспонденции и телефонных переговоров»¹. Профессиональные тайны определяются профессором Петрухиным как основанные на личных. За основу классификации берётся необходимость передачи сведений, составляющих личную тайну. Если возникает такая необходимость - это профессиональная тайна (тем более, что такая передача передаётся не в силу того, что с этим лицом какие-то приятельские отношения, а именно как лицу, обладающему определённой профессией - врач, нотариус, банковский служащий и так далее). Если не возникает - это есть собственно личная тайна. Такая классификация, по-видимому, для правоприменителя более понятна и удобна². В качестве примера можно привести мемуары, интервью бывших (или настоящих) супругов в отношении своей «второй половины». Особая актуальность проявляется когда объектом распространения информации выступает семейная жизнь политика, должностного лица, бизнесмена. Возможно ли привлечение к ответственности супруга (супругу) за разглашение этих сведений. Иными словами будет ли здесь нарушение права на личную тайну, или это будет правомерное использование информации, относящейся к семейной тайне. Кстати, последнее обоснование, легло в основу отказа в возбуждении уголовного дела прокуратурой одного из городов Архангельской области по заявлению одного из региональных политиков на интервью, данное газете его бывшей женой.

Одновременно И.Л. Петрухин разделяет личные тайны и тайны личной жизни, в частности подтверждая следующим примером: «... тайна судебной защиты нередко состоит из сообщённых адвокату обвиняемым сведений, относящихся к обстоятельствам совершения преступления, а не к личной жизни»³. То есть те сведения, которые непосредственно относятся к гражданину, характеризуют его как личность - это охватывается понятием личной жизни. «Внешняя» же

¹ Петрухин И.Л. Личные тайны (человек и власть). М., 1998, с. 15.

² Классификация на личные и профессиональные тайны определена также в работе Красавчиковой Л.О. Личная жизнь под охраной закона. М., 1983.

³ Там же, с. 16.

сторона жизнедеятельности определяется как «личная тайна». Признавая объективность такого разделения, хотелось бы высказать некоторые сомнения. Представляется более обоснованным считать всю сферу жизнедеятельности частной жизнью гражданина, независимо от того, какой характер она приобретает. Тем более, что конституционная норма предопределяет неприкосновенность частной жизни, что соответствует общемировому опыту нормативного закрепления данной категории.

Как уже отмечалось выше, Европейская Конвенция (статья 8) закрепляет право на уважение его личной и семейной жизни. Надо сказать, что право на уважение семейной жизни несколько шире по содержанию, чем право на семейную тайну, включает в себя и вопросы создания, сохранения семьи и семейного общения. Практика Европейского Суда по правам человека это подтверждает. Статья 8 применялась при рассмотрении передачи ребёнка на усыновление (решение от 26 мая 1994 года, дело Киган), ограничений на свидание детей с родителями (решение от 24 марта 1988 года, дело Олссон), иммиграционных правил и др.¹.

Вышеизложенное подтверждает, что «то или иное право человека в его легальной формулировке остаётся литературным произведением юридического содержания, или, проще говоря, листом бумаги. Реализация прав человека наступает после их претворения в жизнь, в общественную практику»². Именно поэтому так необходим всесторонний научный анализ права на неприкосновенность частной жизни, охватывающий и содержательную сторону нормативного закрепления и форму его претворения.

Структура права на неприкосновенность частной жизни

Содержание субъективного права есть многоплановое понятие, и раскрыть его, не уделив внимания его структуре, было бы невозможно. Теория права стержневым элементом структуры субъективного права считает возможность. «Этот признак является родовым, об-

¹ См. более подробно Энтин М.Л. Международные гарантии прав человека: опыт Совета Европы. М., 1997.

² Лившиц Р.З. Теория права. М., 1994, с. 161.

щим для всех типов субъективного права»¹. Поэтому выстраивалась следующая структура субъективного права:

- возможность действия;
- возможность требования;
- возможность защиты;
- возможность пользования социальным благом (данное правомочие некоторыми авторами выделяется как дополнительное).

Такая классификация не совсем приемлема для анализа структуры права на неприкосновенность частной жизни, так как закономерно возникает вопрос: все ли граждане в таком контексте обладают правом на неприкосновенность частной жизни. Действительно Конституция РФ (статья 23) провозглашает: «Каждый имеет право...». Но основным стержневым элементом субъективного права выступает то, что охватывается глаголом «мочь» (правомочие). Иными словами право - это тогда право, когда обладатель может им пользоваться, с помощью него определять свои конкретные действия, создавать обязанности для других лиц и так далее. Обладают ли такой возможностью, например, недееспособные? Они же не могут сознательно оценивать указанное нематериальное благо? Особенность права на неприкосновенность частной жизни заключается в том, что гражданин «переживает» данное право. Он осознаёт, что те или иные стороны его мира не должны предаваться огласке. Он тщательно скрывает их, ожидает от других именно того поведения, которое не нарушает его собственные границы частной жизни. Многие психически нездоровые люди утрачивают тот ценностный компонент права, как внутреннее осознание. Их деятельность в большинстве случаев не носит скрытый характер, такие лица не отдают отчёта, что какие-то действия необходимо скрыть, чтобы не подвергнуться публичному осуждению или по каким-то иным причинам. Они просто не осознают, что они окружены другими людьми, которые отнюдь не настроены так альтруистично, чтобы представить свой внутренний мир на всеобщее обозрение. То же самое можно сказать и малолетних, пока они ещё «не заражены» социальными правилами поведения.

Данные обстоятельства всё-таки не следует считать основанием отрицания за такой категорией граждан права на неприкосновенность частной жизни. Нетрудно согласиться с М.Н.Малеиной, « что единая модель личного неимущественного права (структура его право-

¹ Матузов Н.И. Личность. Права. Демократия. Саратов, 1972, с.97.

чий) не сможет учесть особенностей всех неимущественных прав и поэтому не нуждается в конструировании»¹. В данном случае право на неприкосновенность частной жизни закрепляется не только как право, дающее социально активный эффект от сознательных действий граждан, но и как гарантия автономии внутреннего пространства человека от государства и общества.

Прежде чем обратиться к анализу структуры права на неприкосновенность частной жизни, необходимо определиться с его общей характеристикой. Как уже отмечалось - это субъективное право. Исходя из отраслевой принадлежности - это и конституционное право, и личное неимущественное право, регулируемое гражданским законодательством. Как конституционное право оно характеризуется как личное или гражданское право. Оба этих термина в настоящее время, зачастую, рассматриваются как идентичные. В общей теории гражданские права представляют собой права и свободы, которые принадлежат человеку как члену гражданского общества². Личные права «выражают не факт их принадлежности личности, а нечто иное: то, что эти права индивидуализируют личность гражданина и реализуются в сфере личной свободы»³. Уже последнее определение объединяет во многом с пониманием личного неимущественного права в цивилистических науках (Личное неимущественное право - это субъективное право, возникающее по поводу благ, лишённых экономического содержания, тесно связанное с личностью управомоченного и индивидуализирующее его, имеющее специфические основания возникновения и прекращения⁴). В гражданском праве основной акцент основан на отсутствии экономического содержания, в конституционном праве - основа - аспект взаимоотношений государство - человек. Такая двоякость, по-видимому, только обогащает содержание права. Одновременно некоторые общие выводы цивилистов неприемлемы по отношению к конституционной природе права, поскольку они исходят из позитивного содержания права. Конституци-

¹ Малеина М.Н. Содержание и осуществление личных неимущественных прав граждан: проблемы теории и законодательства // Государство и право. 2000. № 2, с. 17.

² Мюллерсон Р.А. Права человека: идеи, нормы, реальность. М, 1991, с. 53.

³ Гулиев В.Е., Рудинский Ф.М. Социалистическая демократия и личные права. М., 1984, с. 79.

⁴ Малеина М.Н. Защита личных неимущественных прав советских граждан. М., 1991, с. 9.

онное же содержание права служит помимо всего прочего критерием деятельности законодателя по обеспечению прав человека.

Цивилисты считают, что «неприкосновенность частной жизни, личная и семейная тайна - это право лица по своему усмотрению определять личное поведение в индивидуальной жизнедеятельности. Правовая защита этого блага направлена на исключение любого вмешательства в его личную жизнь со стороны других лиц, кроме случаев, предусмотренных законом... Защита названных благ предполагает обеспечение неприкосновенности частной жизни, с одной стороны, и сохранение тайн этой жизни, с другой... В индивидуальной жизнедеятельности гражданин вправе поступать по своему усмотрению и предоставление ему этой возможности также может быть расценено как способ защиты (самозащиты)»¹. Приведённые высказывания показывают, что основа цивилистики - защита гражданского права. Соответственно «выпадает» такой аспект как положительное правовое регулирование субъективного права.

Принято считать, что право на неприкосновенность частной жизни является естественным правом, то есть принадлежащим человеку от рождения и независимо от того, закреплено ли оно в действующем законодательстве. Статья 17 Конституции РФ в этом вопросе определена. Сложнее установить, когда утрачивается данное право.

«Личные и профессиональные тайны не могут быть разглашены и после смерти гражданина, которого они касаются, за исключением случаев, прямо предусмотренных законом»², - такая точка зрения превалирует в работах юристов на эту тему. Но как отмечает Л.О. Красавчикова: «...до сих пор являются нерешёнными вопросы, связанные с вторжением в личную жизнь известных писателей и поэтов, художников и музыкантов, умерших десятки лет назад, но тем не менее привлекающих к себе пристальное внимание наших современников»³. Не стоит говорить о том, что многие исторические персонажи в художественных произведениях благодаря фантазиям авторов приобретают такие черты и им приписываются такие поступки, что при жизни герой призвал бы автора к ответу за распространение сведений, порочащих честь и достоинство. К сожалению, трудно

¹ Гражданское право. Часть 1./ Под ред. Ю.К.Толстого, А.П.Сергеева, М., 1996, с. 278-279.

² Петрухин И.Л. Личная жизнь: пределы вмешательства. М. 1989, с. 18.

³ Красавчикова Л.О. Указ, соч., с.40.

предложить какое-то четкое решение данной проблемы. Неприемлемы как абсолютный запрет, так и полная свобода. Однако эта сфера должна, видимо, регулироваться большей частью нравственно-этическими принципами, чем правовыми.

Следует отметить, что право на неприкосновенность частной жизни принадлежит только индивиду. Оно не может принадлежать юридическому лицу. Хотя и в доктрине и в правоприменительной практике неоднократно ставился вопрос о применимости к ним положений главы Конституции РФ «Права и свободы человека и гражданина». В отношении конституционного права собственности можно привести мнение Конституционного Суда РФ, изложенное в Постановлении от 17 декабря 1996 года «По делу о проверке конституционности пунктов 2 и 3 части первой статьи 11 закона Российской Федерации от 24 июня 1993 года «О федеральных органах налоговой полиции»: «Конституционное право человека и гражданина, закрепленное в статье 35 (части 2 и 3) Конституции Российской Федерации, распространяется на юридические лица в той степени, в какой это право по своей природе может быть к ним применимо». Распространяя приведённое положение на весь институт прав и свобод человека и гражданина, можно с уверенностью сказать, что «человеческие» конституционные права принадлежат юридическим лицам в той мере, в какой они по своей природе применимы. Иными словами комплекс прав автоматически на юридические лица не распространяется, а необходимо каждое из правомочий сопоставлять с природой коллективного образования. Как было отмечено, право на неприкосновенность частной жизни отражает один из элементов человеческой сущности, оно закрепляется в силу индивидуальных особенностей природы Homo sapiens. Юридическое лицо не может иметь своей частной жизни, потому что цель его создания - экономическая, «внешняя» деятельность. Оно специально создаётся для построения правоотношений с другими субъектами. Действительно некоторые аспекты деятельности юридического лица должны сохраняться в тайне. Это и экономическое планирование, технологии, промышленные секреты и многое другое, так как любая организация живёт в мире конкуренции. И другая фирма, обладая некоторой информацией о деятельности конкурента, может принести серьёзный ущерб. Поэтому российское законодательство, как и законодательство большинства стран, закрепляет понятие коммерческой тайны. Статья 139 Гражданского кодекса РФ предусматривает: «Информация составляет служебную

или коммерческую тайну в случае, когда информация имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности ее третьим лицам, к ней нет свободного доступа на законном основании и обладатель информации принимает меры к охране ее конфиденциальности. Сведения, которые не могут составлять служебную или коммерческую тайну, определяются законом и иными правовыми актами». Законодательство при этом специально не оперирует понятием субъективного права - нет нормативного закрепления: «Юридическое лицо имеет право на коммерческую тайну». Она определена как объект гражданского права, её назначение предоставление особого информационного режима, подлежащего защите, в том числе и со стороны государства.

Среди физических лиц обладают ли правом на неприкосновенность частной жизни иностранные граждане и лица без гражданства? Закон СССР «О правовом положении иностранных граждан в СССР»¹(действующий на территории РФ) указывает, что иностранные граждане пользуются теми же правами и свободами и несут те же обязанности, что и граждане Российской Федерации (по тексту закона ссылка на СССР), если иное не вытекает из Конституции, настоящего Закона и других актов российского законодательства. Иностранцы в РФ равны перед законом независимо от происхождения, социального и имущественного положения, расовой и национальной принадлежности, пола, образования, языка, отношения к религии, рода и характера занятий и других обстоятельств (статья 3).

Статья 12 указанного Закона содержит ссылку на возможность иностранных граждан иметь в соответствии с действующим законодательством имущественные и личные неимущественные права. Одновременно Конституция РФ применительно к праву на неприкосновенность частной жизни не указывает на субъектную принадлежность только граждан РФ. Это означает, что иностранные граждане как и лица без гражданства обладают данным правом на равных основаниях с российскими гражданами.

Неприкосновенность частной жизни выступает как принцип построения взаимоотношений между человеком и государством. Возможность же, санкционированность, гарантированность в рамках существующей системы - лишь производный признак и проявляется в момент вовлечения субъективного права в сферу законодательного

¹ Ведомости Верховного Совета СССР. 1981. № 26. Ст. 836.

регулирования. Тем более это характерно для личных (гражданских) прав, которые выступают, как и политические, в качестве негативных прав, парирующих произвольное ограничение личности государством. Как было высказано выше характеристика права как естественное не лишено недостатков. Многие ведущие юристы развитых стран отрицают вообще действенность теории естественных прав. Это не означает, что этими представителями не признаётся значение основных прав и свобод как непреложного закона развития любого цивилизованного государства. Если рассматривать литературу, то такие права характеризуются как неотъемлемые. Тем самым подчёркивается их неразрывная связь с личностью.

Хотелось бы обратить внимание, что право на неприкосновенность частной жизни - именно право, а не обязанность. Любой человек может охранять своё «жизненное пространство», но он может и сделать его открытым для всех. Причём такие проявления как могут быть социально обусловленными, так и зависеть только от личного волеизъявления. Примером в первом случае может выступить отношение к девственности невесты, характерное для многих народов. Так, в былые времена во Владимирской области «если невеста оказалась честной, то её прямо в рубашке выводили к гостям. Жених кланялся её родителям, благодарил их за «хорошую державу». Гости в это время начинали бить посуду. Если невеста не была честной, то её родителям подносили «худой» стакан вина, «худой» горшок, а иногда надевали хомут. В таком случае пир прекращался, и родители невесты вскоре уезжали»¹. Можно только догадываться, сколько трагических историй начиналось именно с этого момента, когда женщина переживала не только унижения со стороны мужа, но и со стороны всей общины.

Во втором случае характерным примером может служить серия экспериментов, проведённая с участием средств массовой информации. Группа людей, причём разнополых, помещается на какое-то время в ограниченное пространство, напичканное видеокамерами. При этом средства слежения устанавливаются так, что невозможно где-либо находиться незамеченным. Таким образом, вся внутренняя жизнь, без исключений, маленькой «коммуны» транслируется по телевидению, в Интернете. Всё это проводится на добровольной основе. Это стало настолько популярным, что некоторые семьи согласились участвовать в таком постоянном эксперименте. Созданы специ-

¹ Лещенко В.Ю. Семья и русское православие (XI - XIX вв.). СПб., 1999, с. 125.

альные сайты, на которых любой посетитель может заглянуть в частную жизнь этих людей. На психологических особенностях некоторых личностей построены многие телевизионные передачи, транслируя истории жизненных судеб¹.

Одновременно, опираясь на работы исследователей этой темы, можно выделить следующие элементы данного права:

- право на уединение;
- право на общение.

Право на уединение рассматривалось ещё в условиях советской доктрины через призму понятия «тайна»². Право на уединение достаточно подробно было рассмотрено И.Л. Петрухиным, однако в контексте права на неприкосновенность личности и по отношению к заключённым³. Американская доктрина также основным элементом в «прайвеси» видит право быть оставленным в покое. Современная психология отмечает потребность в уединении как естественное свойство всякой развитой личности⁴. Соответственно и закрепление данного права обусловлено особенностями психики человека.

Право на уединение можно определить как негативный элемент права на неприкосновенность частной жизни. Гражданин сам определяет свои стороны жизни (или всю свою жизнедеятельность), которые были бы для него нежелательными для огласки. Создание собственного «мирка», как правило, не происходит с помощью государства, а самостоятельно. В этом ключе наибольшее значение принадлежит самозащите. Проявление самозащиты может быть элементарно простым. Большинство семей с началом темноты пользуется светонепроницаемыми шторами, чтобы оградить себя от возможного подглядывания со стороны проходящих мимо, или живущих в домах напротив. При заселении дома жильцы уделяют много внимания звуконепроницаемости квартир. До настоящего времени сохраняется значительный объём продаж телефонов с автоматическим опреде-

¹ Примеров таких очень много. Практически на каждом телеканале имеется такая передача: «Я сама», «Женские истории», «Моя семья» и т.д.

² См. Гулиев В.Е., Рудинский Ф.М. Социалистическая демократия и личные права. М., 1984.

³ Петрухин И.Л. Неприкосновенность личности и принуждение в уголовном процессе. М., 1989. Так, автором признавалось, что «с правом на уединение связано две проблемы: 1) разъединение психологически несовместимых заключённых; 2) Предоставление возможности побыть наедине с самим собой».

⁴ См. более подробно Кон И.С. Дружба: Этико-психологический очерк. М., 1987, с. 308.

лителем номера¹. Цель такой покупки оградить себя от «непрошеного» звонка. Государство также выполняет некоторые положительные действия по обеспечению данного правомочия. В качестве примера можно привести пункт 9 Правил пользования жилыми помещениями, содержания жилого дома и придомовой территории в РСФСР, утвержденных Постановлением Совета Министров РСФСР от 25 сентября 1985 года²: «Пользование телевизорами, радиоприемниками, магнитофонами и другими громкоговорящими устройствами допускается лишь при условии уменьшения слышимости до степени, не нарушающей покоя жильцов дома. С 23.00 до 7.00 часов должна соблюдаться полная тишина». В регионах активно принимается законодательство, предусматривающее административную ответственность, за нарушение покоя граждан и тишины. Статья 2 закона Архангельской области от 27 января 1995 года «Об административной ответственности за нарушение общественного порядка на территории Архангельской области» устанавливает административную ответственность за «громкие пение, крик, свист, игру на музыкальных инструментах, использование звуковоспроизводящей аппаратуры и другие действия, вызывающие на улицах, площадях, скверах, жилых домах шум, нарушающий спокойствие граждан с 23.00 до 7.00, если это не связано с осуществлением аварийно-восстановительных и производственных работ» (пункт 1).

Закон Республики Марий-Эл от 1 июля 1993 года «Об административной ответственности за нарушения общественного порядка и установленного порядка управления» содержит аналогичную норму - «Нарушение тишины на улицах, в общежитиях, жилых домах, в местах отдыха и других общественных местах в ночное время» (статья 20). Статья 1 Закона Ивановской области от 4 июля 1995 года «Об административной ответственности за нарушение общественного порядка на территории Ивановской области» предусматривает: «Установить административную ответственность граждан за следующие нарушения общественного порядка: 1.1. нарушение спокойствия граждан в ночное время с 22 до 6 часов: включение на громкое звучание теле-, радиопроигрывателей, магнитофонов; громкое пение, игра на музыкальных инструментах; крик, свист, подача звуковых сигналов и другой шум на улицах, во дворах и жилых домах ...».

¹ Хотя в Европе такие телефоны для продажи запрещены.

² Свод законов РСФСР. Т. 3, с. 92.

Крайней формой реализации права на уединение можно обозначить отшельничество, распространённое на Руси из-за огромного территориального пространства.

Одновременно уединение может обозначать и различные явления. Причём анализу смысловой нагрузки в большей мере придавали значение психологи. (При этом используется термин межличностная дистанция. Она специально создаётся личностью с целью отграничения своего внутреннего пространства от иных лиц с помощью неписаных правил, зависящих от культуры, религии, воспитания. Признанно, что жители Западной Европы по характеру индивидуалисты, а жители Африканского континента склонны к коллективистскому типу проживания¹). Можно также отметить, что в этих случаях будет и различное юридическое понимание.

Во-первых, это «объективное состояние вынужденной физической или социальной изоляции, выключенное из общения с людьми вообще или с какими-то социально и личностно значимыми категориями людей»². Данное состояние будет являться принудительным уединением. Распространённым примером может служить лишение свободы как мера уголовной ответственности. Статья 56 Уголовного кодекса РФ определяет, что «лишение свободы заключается в изоляции осужденного от общества путем направления его в колонию - поселение или помещения в исправительную колонию общего, строгого или особого режима либо в тюрьму». Причём от тяжести совершённого преступления государство может и определить степень уединения (изоляции) лица: от колонии-поселения до камер-одиночек. В этом случае было бы неправильным говорить о реализации правомочия в рамках неприкосновенности частной жизни. Скорее всего, здесь присутствует антипод права: принуждение, предусмотренное законодательством, обеспечиваемое функционированием государственных органов. Более того, изоляция долгое время практиковалась как новая технология власти. Достаточно вспомнить работные

¹ Для западных сообществ Холл определял четыре зоны, зависящие от степени близости отношений между людьми, при этом им были даны конкретные расстояния: 1) интимная дистанция (от прямого физического контакта до 20 см от тела партнёра); 2) личная - в пределах от 45 см до 1,2 м; 3) социальная дистанция - от 1,2 до 3,5 м, при которой возможность физического соприкосновения заменяется голосовым контактом; 4) публичная - более 3,5 м. Цит. по Годфруа Ж. Что такое психология: В 2-х т. Т.2. М., 1992, с. 73.

² Кон И.С. Дружба: Этико-психологический очерк. М., 1967, с. 308.

дома для бездомных и нищих, лепрозории, госпитали для венерических больных, исправительные дома для проституток и пьяниц, обители для душевнобольных. В регистрационных списках можно найти однообразное перечисление: «развратник», «слабоумный», «мот», «калека», «помешанный в уме», «вольнодумец», «неблагодарный сын», «отец-расточитель», «проститутка»¹.

Во-вторых, можно говорить о добровольном уединении: «обособление, ограничение «внешних» связей и контактов ради углубленной автокоммуникации, размышления, созерцания искусства, слияния с природой и т.п.»². Здесь подразумевается собственно та возможность, о которой и шла речь выше. История семьи Лыковых служит тому подтверждением, когда человек самостоятельно принимает решение об ограничении межличностных контактов. С 1998 года к Агафье Лыковой, единственной оставшейся в живых из семейства, присоединились Надежда и Ерофей, отказавшиеся таким образом от мирской суеты³.

В-третьих, уединение может стать вынужденным ни в силу веления государства, ни по собственному почину. Причиной могут служить психологические особенности личности: отсутствие общительности, наличие комплексов, внешняя замкнутость, - «одиночество-тоска - мучительное субъективное чувство душевной и духовной изоляции, некоммуникабельности, непонятости, неудовлетворённой потребности в общении и человеческом тепле»⁴. Человек, наоборот, перестаёт ценить уединение как благо, подлежащее охране с помощью права. В этом случае ему нужно общение с другими людьми (причём жизненно необходимо. Ярким примером служит истории Маугли, когда ребёнок, лишённый человеческого общения, не может реализоваться как индивид). Государство не выполняет каких-либо предписанных действий, оно не сможет принудительно организовать такое общение. Воздействие проявляется косвенно через создание (или финансирование, или поощрение) сети психологических служб, телефонов доверия, путём формирования требований, предъявляемых к дошкольному воспитанию и разноуровневому обучению с целью привития навыков межличностного общения. В этом контексте

¹ Фуко М. История безумия в классическую эпоху. М., 1997, с. 97.

² Кон И.С. Дружба: Этико-психологический очерк. М., 1967, с. 308.

³ См. Песков В. Таёжный тупик /Комсомольская правда. 2000. 27 окт.

⁴ Кон И.С. Дружба: Этико-психологический очерк. М., 1967, с. 308.

следует привести слова П. Таранова, известного своими психологическими работами, приводящего следующую закономерность: «Создайте вокруг человека, так сказать, «социальный вакуум»;

лишите его поддержки и внимания;

окружите ледяным безразличием;

делайте вид, что его «нет»;

вызывайте к нему брезгливость и отвращение;

порвите ему нити знакомств, дружбы, любви;

отберите его нажитые годами статус и связи (человеческие и производственные);

погрузите его в полное и «болезненное» одиночество;

пусть он видит уже из настоящего равнодушие к себе в будущем

- и из человека вы получите глину, которая допускает любую из себя лепку»¹.

Как видно из приведённой программы действий, таким способом общество нередко пользуется по отношению к так называемым «белым воронам». Результат, как правило, очевиден: личность ломается, либо пытается изменить внешний круг общения. Что тоже можно рассматривать как проявление самозащиты: смена места жительства, места работы, профиля работы и так далее. Общество вырабатывает определённые коллективистские правила, не урегулированные нормами официального права, соответственно и способы принуждения также базируются отнюдь не на нормах официального права. Но и в данном случае нельзя однозначно говорить, что здесь нет места праву, что это - не правовое явление.

Как видно, уединение является пассивным элементом права, поэтому необходимо выделить и активный элемент, каковым и выступает право на общение. Общение в этом контексте понимается в широком смысле, не ограничиваясь установлением языковых контактов. Если рассматривать французскую доктрину, то можно этот элемент определить как свободу располагать собой². Предметная сторона свободы располагать собой также определена достаточно широко, что влечёт за собой некоторыми авторами выделение её не из права на неприкосновенность частной жизни, а вообще из личной свободы. «Человек может жить по своему выбору: следовательно ему Нельзя навязывать определённый образ жизни или запрещать какой-

¹ Таранов П. Секреты поведения людей. М., 1998, с, 440-441.

² Люшер Ф. Конституционная защита прав и свобод личности. М., 1993, с.91.

либо жизненный ритуал во имя заранее предусмотренной нравственной концепции, которая к тому же отнюдь не всеми и разделяется»¹.

По-видимому, первый элемент, право на уединение, следует определить как автономию лица от окружающего мира, право прерывать связи с любым субъектом отношений по своему усмотрению и право не вмешательство.

Второе (право на общение) понимается как независимость в строительстве связей с государственными органами, предприятиями, учреждениями, организациями, объединениями, гражданами по собственному усмотрению.

Свобода располагать собой долгое время рассматривалось как единственный элемент права на охрану личной жизни (Конституция СССР, Конституция РСФСР) - «Субъективное право на охрану личной жизни в своих наиболее существенных чертах может быть охарактеризовано как личное неимущественное право гражданина на свободу определения своего поведения в индивидуальной жизнедеятельности по своему усмотрению, исключающую какое-либо вмешательство в его личную жизнь со стороны других лиц, кроме случаев, прямо предусмотренных законом»². Уединение хотя и не запрещалось законом, но по отношению к такой модели поведения формировалось отрицательное общественное отношение. Главным героем советской эпохи считался открытый, социально активный гражданин, постоянно участвующий в общественной жизни. Уединение рассматривалось как проявление мещанства. Искусственно создавались месткомы, профкомы, домкомы, которые раздавали общественные поручения, следили за нравственностью, навязывали общепринятые стереотипы.

Следует выделить, что согласно общей теории права « в личном неимущественном правоотношении участвуют управомоченный и обязанный субъекты»³. Исходя из этого, можно выделить еще два элемента структуры права на неприкосновенность частной жизни:

- обязанность всех субъектов не нарушать данное право;
- право на защиту законом от таких нарушений.

¹ Люшер Ф. Указ, соч., с. 91.

² Красавчикова Л.О. Личная жизнь граждан под охраной закона. М., 1983, с. 39.

³ Малеина М.Н. Содержание и осуществление личных неимущественных прав граждан: проблемы теории и законодательства // Государство и право. 2000. № 2, с. 16.

Анализ только одного структурного элемента - право на защиту характерен для учебной литературы по конституционному праву РФ. Учебник издания 1995 года, классифицируя личные права и свободы, определяет право на охрану частной жизни, отдельно выделяет тайну почтовой связи и защиту частной жизни лица¹. Причём и охрана частной жизни рассматривается через термин «защита».

Разделение лишь видится авторами в нормативном закреплении в Конституции РФ (охрана частной жизни - статья 23, защита частной жизни - статья 24). В издании 1997 года уже присутствует замена на единый элемент - неприкосновенность частной жизни (защита частной жизни - статья 24 - гарантия права, предусмотренного статьёй 23)². Малая энциклопедия конституционного права не отступает от традиции - «Неприкосновенность частной жизни - конституционная гарантия защиты тех сторон личной жизни человека, которые он не желает делать достоянием других. Эта гарантия обеспечивает неприкосновенность «среды обитания» личности»³.

Учебник Е.И.Козловой, О.Е. Кутафина выделяет содержание, исходя из обязанности не нарушать данное право: «Право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну проявляется в запрещении без согласия лица сбора, хранения, использования и распространения информации о его частной жизни (ст. 24)⁴.

Как видно анализируемое право тесно связано со смежными правомочиями и гарантиями, закрепляемыми Конституцией РФ или отраслевым законодательством. По-видимому, данные элементы необходимо рассматривать самостоятельно, что и будет ниже предпринято.

Очень часто право на неприкосновенность частной жизни выводится из других прав. В этих случаях содержание и структура права на неприкосновенность частной жизни не имеют тесной зависимости только с текстуальным закреплением в Конституции государств.

¹ Стрекозов В.Г., Казанчев Ю.Д. Государственное (конституционное) право РФ. М., 1995, с. 125.

² Стрекозов В.Г., Казанчев Ю.Д. Конституционное право России. М., 1997, с. 92.

³ Баглай М.В., Туманов В.А. Малая энциклопедия конституционного права. М., 1998, с. 275. Как видно, авторы во многом заимствуют выводы, оформленные представителями гражданско-правовых наук, проводя тесную связь в конструкции «право - защита».

⁴ Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России. М., 1999, с. 218.

Примером может служить Конституция США, которая является довольно-таки консервативным документом, принятым более 200 лет назад. Данное право присутствует в некоторых Конституциях Штатов, которые имеют менее жесткую процедуру внесения изменений. Так, впервые Верховный Суд США, определив право на охрану личной жизни, вывел его из дела, касающегося сексуальных отношений между людьми. В 1965 году «в решении по делу Griswold V. Connecticut суд признал недействительным закон штата Коннектикут, запрещающий на территории применение противозачаточных средств, поскольку такой закон нарушает право граждан на неприкосновенность их личной жизни («прайвеси»))»¹.

Говоря о конституционном регулировании неприкосновенности частной жизни на федеральном уровне, американские юристы ссылаются на поправки IV и IX к Конституции Соединенных Штатов Америки.

Поправка IV гласит: «Право народа на неприкосновенность личности, жилища, бумаг и имущества не может нарушаться необоснованными обысками или арестами, и ордера на обыск или арест не будут выдаваться без достаточных оснований, подтвержденных присягой или торжественным заявлением. Такие ордера должны содержать подробное описание места обыска, а также подлежащих аресту лиц и имущества». Поправка IX: «Перечисление в Конституции определенных прав не должно толковаться как отрицание или умаление других прав, сохраняемых народом». Как видно, четвертая поправка имеет узкую смысловую нагрузку и содержит гарантии от произвольных обысков со стороны исполнительной власти. И лишь с большой долей условности можно утверждать, что она содержит право человека контролировать о себе информацию. Даже применение этой статьи по отношению к гарантиям тайны телефонных переговоров и защите от электронного наблюдения порой подвергается жесткой критике. В то же время IX поправка открывает широкое поле

¹ Мишин А.А. Власихин В.А. Конституция США: политико-правовой комментарий. М. 1985, с.277. С этим решением традиционно связывается появление в конституционной практике США права на неприкосновенность частной жизни. Однако тем самым был вызван бурный диспут среди судей Верховного Суда США. Многие предостерегали, не повлечёт ли за собой «открытие» новых, неуказанных в Конституции прав, к произвольному расширительному толкованию со стороны судей. Характерно, что по схожему делу Eisenstadt v. Baird (1972) Верховный Суд США положил в основу право на равную защиту со стороны закона.

деятельности, учитывая большие полномочия по толкованию Конституции Верховного Суда Соединенных Штатов Америки. «Поправка IX демонстрирует веру авторов Конституции в то, что существуют фундаментальные права, которые не перечислены открыто в первых восьми поправках, а также их намерение, чтобы перечень предусмотренных в них прав не воспринимался как исчерпывающий»¹, говорится в одном из решений Верховного Суда США как раз относительно права на «прайвеси».

Учитывая особый статус такого органа как Верховный Суд США, феномен которого рассматривается юристами многих стран, а также ту правовую идеологию, идущую со дня обретения независимости, которая устанавливает, что человек должен сам устанавливать свои права в рамках существующей системы и уметь бороться за них, нетрудно заметить, что поправка IX дает тот фундамент для правовой активности населения и не только для отстаивания права на неприкосновенность частной жизни.

Судья Верховного Суда США Брандейз писал: «Создатели нашей Конституции стремились защищать чувства американцев. Они предоставили им право требовать, чтобы правительство оставило их в покое, - самое всеобъемлющее из человеческих прав, которое наиболее ценится цивилизованными людьми»²². Американская концепция права на неприкосновенность частной жизни и рассматривает его как право на покой, и нарушение его возможно со стороны государственных органов только при наличии достаточных оснований и с соблюдением соответствующей процедуры. В то же время отсутствие конституционного объяснения многих понятий иногда приводило к злоупотреблениям в масштабах страны. Достаточно вспомнить и заточение в резервации американцев японского происхождения во время Второй мировой войны и «охоту на ведьм» с тотальным прослушиванием и наблюдением за частной жизнью многих людей. Нередко и в настоящее время пресса поднимает проблему неприкосновенности частной жизни. « Психологическим результатом нарушения «прайвеси» является утверждение в сознании граждан понимания того, что государство обладает возможностью фактически неограниченно вторгаться в их личную жизнь. Понимание этого серьезно подрывает представление граждан об их личной безопасности и их доверие к кон-

¹ Мишин А.А. Власихин В.А. Указ. соч., с.277.

² Николайчик В.М. " Билль о правах" и полицейское расследование. М. 1973, с.214.

ституционным принципам»¹, - такого мнения придерживаются многие конституционалисты в США.

Психологию человека, поставленного под постоянный контроль со стороны государства, хорошо описал Джорж Оруэлл в романе «1984», заставивший задуматься многих политиков и на Западе. Человек, не чувствуя себя оставленным в покое, уничтожается как личность, теряется его духовное предназначение, и он становится слепым бездумным инструментом в руках ничтожных правителей.

В силу вышеизложенных обстоятельств право на неприкосновенность частной жизни есть не только санкционированная возможность, а философско-правовой принцип построения взаимоотношений человека и государства, элемент индивидуальной свободы, принадлежащей человеку в силу того, что он человек.

На основе этого можно выделить общее понятие права на неприкосновенность частной жизни. Под ним следует понимать неотъемлемое право человека на самостоятельное определение своего образа жизни, свободного от произвольных регламентации, вмешательства и посягательства как таковых со стороны государства, общества или человека, а также защищенное законом от какого бы то ни было навязывания стереотипа.

Понятие частной жизни

Конструкция статьи 23 Конституции РФ указывает на то, что охраняемым объектом выступают общественные отношения, возникающие по поводу неприкосновенности частной жизни. Конституция также чётко определяет, что является неприкосновенным - это частная жизнь.

В советское время в нормативных актах и научной литературе понятие «частной жизни» вообще отсутствовало. Это не означало, что автономия человека правом не определялась, и все сферы деятельности человека подлежали всеобъемлющему нормативному регулированию. Как уже упоминалось аналог данного субъективного права существовал в виде права на охрану личной жизни или принципа, что личная жизнь находится под охраной закона, поэтому и анализировалось доктриной понятие «личная жизнь». Хотя оно нередко и противопоставлялось «частной жизни» - продукту капиталистического общества.

¹ Николайчик В.М. «Билль о правах» и полицейское расследование. М. 1973, С.227.

Личная жизнь рассматривалась как принадлежность определённого субъекта - личности. Учитывая, что литературный тезис - Личностями не рождаются, личностями становятся - был перенесён и на юридическое поле, получалось, что значительное количество граждан данным правом и не обладало (как и отрицалось наличие личной жизни у них вообще). «Личность - это разумное существо, определяющее свою деятельную позицию ко всему, что её окружает: к труду, социальному строю, коллективу, другим людям»¹. Это означало, что личностями не являются умалишённые, малолетние. Некоторые авторы расширяли данный перечень, относя к неличностям лиц, отбывающих наказание в местах лишения свободы. Итогом становилось практикуемое неуважение прав несовершеннолетних. Достаточно вспомнить частые публичные обыски личных вещей учеников, устраиваемые учителями школ. Подавалось это как элемент социалистического воспитания. О психологических травмах, наносимых детям, никто и не задумывался.

Одновременно абсолютизировалось относительность личной жизни человека. Ленинская фраза «жить в обществе и быть свободным от общества нельзя» обосновывала, что личная жизнь если не разновидность общественной, то, по крайней мере, ей обусловлена. Необходимо признать, что идеи русского социализма, преломлённые в истории развития советского государства, отнюдь не оригинальны и не должны рассматриваться как жупел тоталитаризма. Платон в «Государстве» объяснял, что всё должно быть регламентировано и упорядочено, что именно это создаст новый тип человека. Томас Мор в «Утопии» восхищался устройством, придуманным им самим, при котором «никакого повода для подкупа, ни одного притона, ни одного тайного места для встреч, но пребывание на виду у всех создаёт необходимость заниматься привычным трудом или же благопристойно отдыхать»². Подобную позицию долгое время занимала и католическая церковь (если рассматривать историю европейского средневековья). Данный тезис очень удобен для манипулирования обществом, поэтому он и использовался (и используется) государством независимо от его формационной принадлежности или господствующей идеологии. Он может быть тщательно скрыт, но не подлежать полному отрицанию. Маскируется, как правило, под обеспечение за-

¹ Малеин Н.С. Гражданский закон и права личности в СССР. М., 1981, с. 81.

² Мор Т. Утопия // Утопический социализм: Хрестоматия. М., 1982, с. 68.

щиты прав каждого лица, при этом государство, по-видимому, может заглядывать «под одеяло»: не нарушаются ли там чьи-либо права? Крайности только на первый взгляд выглядят противоположными, в конечном итоге они идентичны.

Надо отметить, что нельзя подходить к выводам, сделанным советской наукой, с точки зрения полного неприятия. Многие тезисы, дефиниции, произведенные в то время наукой, применимы и к термину «частная жизнь». Это предопределяет, что очень многие до сих пор считают идентичными понятия «личная» и «частная» жизнь. Как в прежние времена, советская Конституция отказалась от всех словосочетаний с образующим «частная» в угоду политическому убеждению (в новом государстве ничего частного быть не должно), так и сейчас бытует мнение, что реанимация этого термина - идеологическая уступка западным веяниям.

Основополагающие подходы (их два) к пониманию данного термина сводятся к следующему. Первый исходит из детализации элементов частной жизни, с помощью которых делается попытка очертить все стороны понятия в целом. Как правило, итогом выступает определение развёрнутого понятия частной жизни.

Второй подход строится на негативном элементе. В начале выстраивается общий принцип: Всё, что не относится к публичной деятельности, является частной жизнью, - потом из него выводятся исключения. «С моей точки зрения тайну частной (личной) жизни составляют сведения об определённом человеке, не связанные с его профессиональной или общественной деятельностью и дающие оценку его характеру, облику, здоровью, материальному состоянию, семейному положению, образу жизни, отдельным фактам биографии, а также его отношениям с родственниками, друзьями, знакомыми и т.п.», - считает М.Н.Малеина¹, очертив частную жизнь сведениями ..., кроме относящихся к профессиональной или общественной деятельности.

Оба из них заслуживают достойного внимания, хотя и имеют некоторые недостатки. Охват всех сторон частной жизни будет представлять собой громоздкую конструкцию, в котором может «потонуть» само понятие. Одновременно определение только через негативный элемент страдает отсутствием позитивного, ведь содержание субъективного права основывается не только на вопросах защи-

¹ Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. М., 2001, с. 153.

ты, но охватывает и положительные действия как со стороны государства, так и гражданина.

Первый подход подразделяется, в свою очередь, на две точки зрения. Одна из них исходит из того, что «вся сфера семейной жизни, родственных и дружеских связей, домашнего уклада, интимных и других личных отношений, привязанностей, симпатий и антипатий охватывается понятием неприкосновенности личной жизни.

Образ мыслей, увлечения, творчество также относится к сфере личной жизни»¹.

Иными словами следует определить те сферы автономии человека, которые и гарантируются данным правом. Они не обязательно должны быть нормативным образом закреплены, а выводятся из научного толкования термина частной личной жизни.

Вторая точка зрения происходит из признания доминанта государства и определения субъективного права как меры поведения, дозволенной или разрешенной, санкционированной законодательным органом. Основа её - позитивизм. Иными словами, если присутствует прямое указание в законе на запрет распространения той или иной информации о гражданине, то такая информация охватывается понятием частной жизни, если нет - то распространять ее можно². С этим мнением нельзя полностью согласиться, так как законодатель вряд ли сможет объять необъятное. Однако следует признать, что она наиболее удобна для правоприменителя, поскольку не толкает в дебри научной дискуссии, когда необходимо разрешать конкретные юридические споры, тем более если это связано с привлечением к ответственности.

Второй подход подразумевает, что человек, вне случаев ограничения его государством, предусмотренных законом, самостоятельно определяет границы вмешательства и вправе требовать соблюдения их в отношении любого субъекта права, причем он не обязан «перед кем-либо отчитываться, почему ему кажется недопустимым то или иное вторжение в его жизнь»³.

Означает ли это, что при определении границ частной жизни полагается возможным воспользоваться лишь отрицательным моментом - Любая информация о человеке есть составляющая частной

¹ Петрухин И. Личная жизнь: пределы вмешательства. М. 1989, с.8.

² См. напр. Красавчикова Л.О. Личная жизнь под охраной закона. М. 1983, с. 119.

³ Красавчикова Л.О. Указ, соч., с. 10.

жизни, кроме той, которую лицо само о себе распространяет, либо которая добывается в соответствии с законодательством Российской Федерации. Как отмечает М.В. Баглай: «Частную жизнь составляют те стороны личной жизни человека, которые он в силу своей свободы не желает делать достоянием других. Это - своеобразный суверенитет личности, означающий неприкосновенность его « среды обитания». Презюмируется, что тайна в данном случае вовсе не прикрывает какую-то антиобщественную или противоправную деятельность. Она отражает естественное стремление каждого человека иметь собственный мир интимных и деловых интересов, скрытый от чужих глаз»¹. При всей привлекательности данного определения можно спутать различные научные стороны понимания частной жизни. Ведь частная жизнь является объектом познания не только со стороны юридической науки, но и со стороны философии, литературоведения, культурологии и многих других наук. Пользуясь отрицательным определением, можно прийти к тому, с одной стороны, что вообще вся деятельность индивида - это его частная жизнь. Даже совершение преступления - один из её элементов, законодатель всего лишь в силу необходимости поддержания общественного правопорядка придаёт ему публичный характер (Преступление - это частная жизнь лица, которая лишь не охраняется законодательством²). И в принципе такой вывод выглядит правильным. Но может ли им пользоваться юриспруденция? Не приведёт ли это к спекулятивному пониманию частной жизни при разрешении конкретных юридических вопросов? Представляется, что, внимательно изучая все аспекты частной жизни: социологический, культурологический, философский и так далее, - юриспруденция должна всё-таки сделать более чёткие выводы, понятные любому гражданину, а уж тем более правоприменителю. К тому же идя по пути исключений, с другой стороны, науке придётся трудно вывести позитивное определение. Как правильно признавал Л.И. Петражицкий, « применение таких отрицательных оговорок не соответствует правилам научного определения. Определение должно содержать указание положительных отличительных признаков и

¹ Баглай М.В. Конституционное право РФ. М., 1998, с. 181.

² В Определении Конституционного Суда РФ от 14 июля 1998 года отмечается: «Преступное деяние не относится к сфере частной жизни лица, сведения о которой не допускается собирать, хранить, использовать и распространять без его согласия...». См более подробно Собрание законодательства РФ. 1998. № 34. Ст. 4368.

нуждаться в помощи таких отрицательных оговорок; например, определение животных, которое бы нуждалось в добавлении оговорок «не будучи растениями», «...камнями» или т.п., для того, чтобы исключить соответствующее смешение, было бы плохим определением, свидетельством неумения отличить в определении животных от растений, камней и т.д.»¹.

Конечно, можно по-разному рассматривать стороны частной жизни, и при этом либо их сужать, доводить до общих определений, либо расширять практически до бесконечности.

Американский юрист А. Уостин, классифицируя проявления «личной жизни», определял ее как «одинокость (возможность человека оставаться наедине со своими мыслями), интимность (возможность сохранения тесных связей между людьми), анонимность (возможность обособленного существования в социальной среде) и дистанцию (возможность приостановить коммуникации с окружающими)»². Л.О. Красавчикова в своей работе «Личная жизнь граждан под охраной закона» дает развернутое понятие, рассматривая 10 сторон проявления частной жизни. Это «интимная сторона» (определяющая его индивидуальность, например привычки), «семейная сторона» (отношения в семье), «организационная сторона» (проявляется в установлении распорядка дня, избрания места учебы или работы и тому подобное), «оздоровительная сторона» (выражающаяся в действиях, направленных на поддержание здоровья), «сторона досуга» (отдых и развлечения), «коммуникационная сторона» (неформальные связи с друзьями, знакомыми и так далее), а также некоторые другие³.

И.Л.Петрухин⁴ также даёт развёрнутую характеристику понятию частной жизни, хотя от систематизации её сторон отходит и отчасти смешивает понятия неприкосновенности частной жизни и самой частной жизни: «Вся сфера семейной жизни, родственных и дружеских связей, домашнего уклада, интимных и других личных отношений, привязанностей, симпатий и антипатий охватывается понятием неприкосновенности частной жизни. Образ мыслей, увлечения, творчество также относится к сфере частной жизни».

¹ Петражицкий Л.И. Теория права и государства. СПб., 2000, с. 440.

² Джинджер Энн Ф. Верховный Суд и права человека в США. М. 1981, с.387.

³ Красавчикова Л.О. Указ, соч., с. 16.

⁴ См. более подробно Петрухин И.Л. Личные тайны (человек и власть). М., 1998, с. 11.

Поддаваясь подобному подходу, можно выработать очень громоздкую классификацию сторон частной жизни. Это:

- круг неформального общения, человек самостоятельно определяет с кем ему общаться, с кем он может прервать свои контакты (гражданина нельзя заставить дружить с определённым человеком); в некоторых случаях общение является вынужденным: с некоторыми лицами общество считает престижным дружить (круг «необходимых» знакомств, советский термин - «нужные люди»), при этом охраняется и внешняя сторона - связи с другими лицами, и её отсутствие - нежелание общаться, состояние уединённости;

- вынужденные связи; они заключаются в том, что при некоторых жизненных ситуациях человек не может не входить в контакт с внешними субъектами, причём как раз по поводу раскрытия элементов своего внутреннего мира. В этом случае информация, передаваемая сторонним субъектам, как и само общение с ними является частной жизнью лица. Такие сведения, как правило, охватываются термином тайна (врачебная, адвокатская, нотариальная и так далее);

- собственно внутренний мир человека: личные переживания, мнения, убеждения, быт, досуг, хобби, привычки, характер, домашний уклад, симпатии и так далее. Многие действия, совершаемые лицом внутри своего жизненного пространства, могут выглядеть со стороны окружающих странными. Но именно эти особенности определяют индивидуальность человека, они многогранны. Можно привести огромное разнообразие увлечений: от коллекционирования пивных бутылок и спичечных этикеток до самых распространённых - охоты и рыболовства. Они могут превращаться в определённый жизненный ритуал. Но то, что совершается гражданином - это его особенный мир. Более того, в некоторых случаях при огласке этих сторон жизни у человека могут развиваться так называемые фобии - чувство внутреннего дискомфорта, что ты не такой как все, значит ущербный;

- семейные связи; их особенность заключается в том, что со стороны близких родственников присутствует наиболее яркое соприкосновение с жизненным пространством индивида; зачастую внутренний мир каждого члена семьи является составной частью общего, семейного, мира. Сюда следует отнести сведения о степени родства, интимные отношения, способы воспитания детей, характер общения и так далее;

- отдельно необходимо выделить религиозные убеждения: вероисповедание (мусульманское, христианское, буддистское или иное), атеистические убеждения (нейтральный атеизм или воинствующий).

В.П. Кацалов выработал самостоятельный подход к пониманию частной жизни именно как правовой категории, справедливо отмечая - « В данном случае нас интересует собственно частная жизнь, а не её неприкосновенность»¹. Одновременно отправной точкой послужило гражданское законодательство: «На основании ст. 150 ГК РФ, используя гражданско-правовой подход к рассматриваемой проблеме, частную жизнь как правовую категорию стоит относить к таким благам, как жизнь, здоровье и др. Если будем определять частную жизнь как благо, то в философии благо определяется как положительная ценность». Как видно приведённая точка зрения совмещает понятия юридическое и философское, что тоже необходимо делать с определённой долей условности. Теория блага в философии фундаментальна и специфична², что предопределяет невозможность полного применения в юриспруденции. Это можно легко увидеть и в выводах Кацалова. Частная жизнь рассматривается в широком и узком смысле как благо³. В первом случае « будет являться как благо, содержащее материальные (например, право собственности) и нематериальные ценности», во втором - «это только нематериальное благо, лишённое экономического содержания»⁴.

То есть содержание блага опять же определяется через субъективное право (подобная позиция проводится через всю публикацию).

Как уже было отмечено, определение основных элементов конституционного права только сквозь призму гражданского права отражает узко отраслевой подход (как и рассмотрение лишь с точки зрения общей теории конституционного права). Традиционное

¹ Кацалов В.П. Частная жизнь как правовая категория // Право граждан на информацию и защита неприкосновенности частной жизни: Сборник научных трудов. Часть 1. Н.Новгород, 1999, с.198.

² Для подтверждения этого тезиса достаточно прочесть Платона «Государство».

³ «Особую группу объектов гражданских прав образуют нематериальные блага, под которыми понимаются не имеющие экономического содержания и неотделимые от личности их носители блага и свободы, признанные и охраняемые действующей законодательством» (Гражданское право. Часть I. М., 1996). Как видно в гражданском праве само понятие нематериального блага даётся через само понятие: «благо это такое благо...»,

⁴ Кацалов В.П. Указ.соч., с. 200.

гражданское право исходит из того, что включение нематериальных благ в сферу правового регулирования оправдывается необходимостью их защиты. Глава 8 Гражданского кодекса РФ так и называется - «Нематериальные блага и их защита». Структура статьи 150 ГК РФ специфична. В пункте 1 закрепляются признаки нематериальных благ (а также их примерный перечень), пункт 2 предусматривает, что «Нематериальные блага защищаются в соответствии с настоящим Кодексом и другими законами в случаях и в порядке, ими предусмотренных, а также в тех случаях и тех пределах, в каких использование способов защиты гражданских прав (статья 12) вытекает из существа нарушенного нематериального права и характера последствий этого нарушения». Специально авторы Комментария к части 1 ГК РФ отмечают - «Из п. 2 коммент. статьи следует, что гражданско-правовая защита нематериальных благ (неимущественных прав) возможна в двух случаях. Во-первых, когда существо нарушенного права (блага) и характер последствий этого нарушения допускает возможность использования общих способов гражданско-правовой защиты (см. коммент. к ст. 12 ГК) и, во-вторых, тогда, когда для защиты этих прав в ГК или иных законах предусмотрены специальные способы. Такие специальные способы установлены для защиты чести, достоинства и деловой репутации граждан и юридических лиц (см. коммент. к ст. 152 ГК), для защиты права на имя (см. коммент. к ст. 19 ГК), для защиты интеллектуальной собственности (см. Закон об авторском праве, Патентный закон, Закон о товарных знаках и др.)»¹. Как видно, за кадром остаются вопросы правового регулирования самой частной жизни, пределы её ограничения со стороны законодателя, обязанности государства по обеспечению неприкосновенности частной жизни и многое другое.

В.М.Баранов к понятию частной жизни подходит с точки зрения принципов юридической техники, указывая, что «необходима формулировка специальной нормы права, детально описывающей объём рассматриваемого явления правовой действительности»². Несмотря на обозначенную узость задачи, предложения носят принципиальный характер, имеющие методологическое значение вообще для пони-

¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (часть первая) / под ред. О.Н. Садикова. М., 1997.

² Баранов В.М. О законодательном определении категории «частная жизнь» // Право граждан на информацию и защита неприкосновенности частной жизни: Сборник научных трудов. Часть 1. Н.Новгород, 1999, с. 31.

мания частной жизни. Автором приводятся характеристики категории «частная жизнь», которые хотелось бы указать в полном объёме, несмотря на их громоздкость:

- частная жизнь - неотъемлемый элемент, обязательный компонент истинно гражданского общества;

- частная жизнь - совокупность тех видов и форм духовной и физической жизнедеятельности, которую он сам себе устанавливает, развивает, контролирует и самостоятельно определяет степень её открытости. Это область личной деятельности, свободной от всякого внешнего социального контроля и направляющего воздействия;

- субъектом права на неприкосновенность и защиту частной жизни является лишь нормально мыслящий, психически здоровый человек, в том числе и несовершеннолетний;

- частная жизнь гражданина сама по себе ни при каких условиях не может быть предметом юридического регулирования, объектом какого-либо государственного вмешательства. Частная жизнь гражданина должна находиться вне сферы правового воздействия, а не только юридического регулирования;

- частная жизнь зависит от психологических характеристик конкретного человека, его образования, социальных связей, обычаев и традиций общества;

- частная жизнь - не однопорядковое юридическое явление, а сложная, динамическая, функциональная система;

- защита со стороны закона и самозащита - основные средства обеспечения нормального функционирования сферы частной жизни¹.

С указанными характеристиками в чём-то можно согласиться, в чём-то нет. Но В.М.Баранов, характеризуя частную жизнь, всё-таки отходит от самого понятия, пытаясь вычленить характеристики категории, в том числе, через правообладателя, методы обеспечения права и так далее (то есть разнопорядковые категории). Анализ же только понятия частной жизни при таком подходе опять же растворяется в анализе иных явлений².

¹ Баранов В.М. О законодательном определении категории «частная жизнь» // Право граждан на информацию и защита неприкосновенности частной жизни: Сборник научных трудов. Часть 1. Н.Новгород, 1999, с.34-37.

² Хотелось бы отметить, что это не недостаток позиции В.М.Баранова. Автор в обозначенной статье ставит перед собой иную задачу, чем анализ явления частной жизни в «чистом» виде. Именно для достижения поставленных задач и тезисно и выводятся приведённые положения.

Культурологический подход к пониманию частной жизни более широкий, чем юридический. Частная жизнь - это сфера непосредственного общения людей¹. Действительно, человек, находящийся в полном уединении, не нуждается в частной жизни как в институте, нуждающемся в защите. Нет других людей, которые могли бы нарушить его покой. Это не означает, что у человека отсутствует внутренний мир, он каким был таким и остаётся. Утрачивается само понятие частная жизнь, которое подчёркивает обособленность индивида от себе подобных. Именно её неприкосновенность обусловлена только человеческим вторжением, в силу его психического своеобразия, в личностное пространство. Вторжение животного в мир человека нельзя рассмотреть как нарушение неприкосновенности частной жизни. Иными словами право, предусмотренное статьёй 23 Конституции РФ, - это право от человека. Соответственно и общение человека, его функционирование в обществе, в кругу себе подобных, и порождает ценность - частную жизнь, - которая закрепляется и гарантируется в последующем с помощью права.

Частная жизнь предопределена господствующими нравственными установками. Одновременно она выступает в роли вектора, направляющего развитие общества. Частная жизнь отвечает на вопросы, насколько необходимо индивиду общение с другими лицами, может ли человек самостоятельно формулировать нравственные ценности без навязывания их со стороны большинства, что является честью, а что позором, и многие другие. Она является водоразделом между индивидуальным миром, который неприкосновенен и свят, и общественным, который строится коллективно. Иными словами частная жизнь для того и нужна, чтобы любой член общества мог сказать окружающим: Стоп! Дальше моё внутренне жизненное пространство, которое нарушать никому не позволено.

Человек до настоящего времени не сможет выжить одиночно. Поэтому, как часто отмечали философы, индивид отказывается от своей естественной свободы, чтобы тем самым создать условия для совместного проживания коллектива. Задача выжить - и поглощает в себя некоторые ценности, в том числе это касается и некоторых аспектов свободы. Исходя из этого, наверно, нельзя говорить, что в древние времена народы были нецивилизованными, поскольку они

¹ Человек в кругу семьи: Очерки по истории частной жизни в Европе до начала нового времени. М., 1996, с. 13.

не знали многих современных ценностей, которые объявлены священными, неотчуждаемыми, прирождёнными. Это относится и к пониманию частной жизни. Те времена ставили такие условия, в которых перед каждым стоял выбор - либо выжить, но подчиниться коллективу, либо умереть. Причём от поступка конкретного человека нередко зависела судьба коллективного образования - семьи, рода, общины. В последнем случае любые дискуссии о неотъемлемых правах были бы бесполезными. Мы легко с высоты нашего времени можем осудить целые поколения, как легко мы осуждаем некоторые народы, назвав их примитивными. Но смогло ли бы выжить человечество, выстроив ту культуру, плодами которой пользуемся в XX веке, если система прав человека третьего тысячелетия была бы привита 1000 лет назад? Подтверждением может служить судьба малочисленных коренных народов Севера, которым была уготована судьба перепрыгнуть из века XV в век XX. Результатом стала их полная гибель, как этноса. Как правильно отметил Норбер Рулан, «гораздо легче описывать мир, чем объяснять. В зависимости от эпохи изменяется и наша манера задавать вопросы, она определяется изменением наших собственных потребностей и приводит, таким образом, к разным ответам: наблюдатель оказывает влияние на исследуемый объект. Нельзя никогда забывать, что никакая теория не выражает реальности мира во всей полноте, она выступает лишь посредником между миром и разумом»¹. История не терпит сослагательного наклонения. По-видимому, отношение к частной жизни в различные периоды в некоторой степени имеет объективное обоснование.

На ранней стадии развития общественных отношений внутренний мир был не индивидуальным, а коллективным. Он и выстраивался сообществом в целом, и также им охранялся. Поэтому налицо - жестокие этнические войны. В этом выражалось противостояние внутреннего мира одного этноса по отношению к другому. В это время вырабатывались национальные традиции, что по сути и является выражением коллективной частной жизни.

При формировании единой нации (которое, как правило, сопровождалось созданием мононационального государства) внутренний мир дифференцировался. Его «строительство» происходило в рамках менее обширных сообществ: возникают землячества, профессиональные касты, сословия и так далее.

¹ Рулан Н. Юридическая антропология. М., 1999, с.49.

В последующем основой частной жизни становится - семья. Прекрасным показателем этому будет служить литературоведение. Начиная с середины XIX века, большинство книг посвящено воссозданию истории семей (причём идёт не эпическое повествование, именно описание внутрисемейных отношений).

Уже XX век ознаменовал торжество индивидуальности. На первое место в иерархии общественных ценностей ставится конкретная личность. И если раньше конфликт « между отцами и детьми » решался всегда в пользу родителей, отдавая вопросы воспитания детей на усмотрение семейного правосудия, то в настоящее время правовые акты основной акцент делают на защиту конкретной личности. И если родители не справляются с воспитанием, то они могут быть лишены родительских прав.

Формируемые культурные ценности определяют основы правового взаимоотношения между гражданином и государством. Причём этот процесс взаимообусловлен. Отчасти можно говорить и об « исправлении нравов » с помощью права. Типичным примером служит внедрявшаяся в средневековые Инквизиция. Сама ересь трактовалась, во-первых, ошибкой в мышлении (error in ratione), а, во-вторых, упорством (pertinacia) в этой ошибке¹. С помощью принуждения, облачённого в правовую форму, государство ставило перед собой цель привести мышление всех граждан к единому знаменателю.

Обращает внимание, что частная жизнь несёт в себе и степень индивидуальности лица, ею обладающего. Человек сам определяет своё жизненное пространство. У кого-то степень открытости очень высока, таким людям публичность необходима. Долгое время, например, христианская церковь знала институт публичного покаяния, когда « каждый верующий громко перечислял перед другими верующими свои грехи и каялся, прося Бога простить его прегрешения »². В этом случае публичность приводила к внутреннему единению общины.

Кто-то может сделать достоянием гласности свой внутренний мир только для одного лица или для определённого круга лиц. В таких случаях можно говорить о степени отчуждённости индивида. Даже конфликт отцов и детей - это различия во внутреннем мире, которое и непреодолимо из-за нежелания его приоткрыть со стороны, как правило, нового поколения.

¹ См. более подробно Шпренгер Я., Инсистерис Г. Молот ведьм. Саранск, 1991.

² Субботин Ю.К. Православные таинства. М., 1990, с. 61.

Тем самым следует говорить не о границах частной жизни, а о границе между внутренним миром и коллективным, которая и выстраивается, исходя из соответствующих причин. Регулированию частной жизни (с нашей точки зрения) потому и придаётся в большей мере ритуализированный характер. Этим объясняется стиль сочинений, посвящённых необходимости «исправления нравов», господствующих в обществе. Раз люди перестали чтить такие-то правила, отсюда и все беды. Именно поэтому во все времена законодатель в вопросах регулирования интимных отношений (в смысле внутренних - частных) придавал значение только внешней стороне поведения. Право не пыталось поменять внутренний мир, оно навязывало внешний стереотип поведения. Чем более жёстко он навязывался, тем ярче проявлялось различие внутреннего мира и внешних действий. Психология выработала специальную характеристику - «двуличие», когда индивиду для того, чтобы выжить, приходилось тщательно скрывать свою настоящую сущность. Примерами такого разделения служат описания в некоторых романах, посвящённых сталинскому времени. В этих случаях уже сам человек терялся, где присутствует ложь в его действиях, а где правда.

С точки зрения психологии можно высказать, что последовательное внедрение внешних канонов поведения выстраивало и субъективное отношение к своим поступкам. Через какое-то время последующее поколение уже не задумывалось о необходимости той или иной модели поведения: следует делать так, потому что так делали предки, так делают все. Строгая ритуализированность, гарантированная жестокими методами принуждения, однозначно создавала почву для конфликтов внутри некоторых личностей. Выражаясь фрейдовским языком, Я боролось с ОНО, или наоборот. Нельзя говорить о том, что право не обеспечивало выполнение этих нормативов. Каноническое право предусматривало систему наказаний вплоть до отлучения от церкви и сожжения на костре. Отлучённый тем самым приобретал статус изгоя общества. Если в древних обществах таких людей выселяли за пределы поселения, то в более поздние времена перед ними выстраивали глухую стену отчуждённости. Более того, степень отлучения от церкви могла доходить и до того, что отлучаемый ставился вне рамок гражданского закона. Его можно было безнаказанно убить, лишить собственности, продать в рабство. Такая система поддерживалась юридическим закреплением системы семейного судопроизводства. Об этом выше уже говорилось достаточно

подробно. Государству было выгодно формирование невротической личности путём закладывания её в прокрустово ложе абсолютных правил личной жизни. Невротическая личность легко управляема, а значит полезна для государства, противопоставляющего себя личности.

Одновременно пропаганда чистоты нравов без их юридического (формально-нормативного) закрепления обязывает каждого индивида осуществлять слежку «за своим ближним». Только государственно-властное повеление предусматривало бы лишь надзор со стороны полицейских органов, что в свою очередь могло бы наталкиваться на неприятие со стороны общества. Иная модель обеспечивается обществом в целом, в этом случае правящая элита нуждается, в первую очередь, в умении управлять (и подправлять в нужное русло) коллективными процессами.

Следует также сказать, что содержание, вкладываемое в понятие частной жизни, формируется в большей мере не со стороны государственных органов. Уже в последующем законодатель может нарушить объективную границу. Именно это вызывает наибольшее возмущение со стороны всех слоев общества, внутреннее неприятие-протест каждого гражданина. Каждый разумный индивид имеет внутреннее представление о том, что является исключительно его частной жизнью, а что несёт на себе отпечаток публичности. Подобный социолого-психологический подход страдает огромным количеством недостатков. Можно привести много исторических аргументов, когда подвергнутое невротическому зомбированию большинство внедряло такие идеи, от которых содрогался весь мир. Однако можно возразить - в данном случае побеждала патологическая психология. И те же самые народы, творя бесчинства, спустя небольшое время, лишившись источника всеобщей истерии, возвращались к единым гуманистическим ценностям.

Содержание, вкладываемое в понятие частной жизни, очень условно и зависит от исторического периода развития народа, господствующей религии, идеалов и многих других факторов. Частная жизнь - это не только (а точнее не столько) понятие, выработанное юриспруденцией. Поэтому необходимо учитывать и иные факторы, лишённые формально нормативного характера.

Так, дом древних афинян строился по принципу жёсткого отграничения семьи от общества: замкнутое пространство, в котором все жилые помещения выходили только во внутренний дворик. Тем са-

мым внутренняя жизнь проходила изолированно. В своих семейных делах глава семейства должен был разбираться самостоятельно, кроме того невозможность этого служила поводом для насмешек со стороны соседей.

Во Франции в XII веке после вскрика утратившей невинность невесты приглашённые на свадебную церемонию должны были преподнести горячий напиток для подкрепления сил жениха - *chau d'eau*.

Семейная жизнь царственных особ носила характер публичной службы. Невеста подбиралась семьёй, исходя из государственных интересов, вольности не допускались. Даже время следования короля (Франция) к брачному ложу сопровождалось провозглашением этого факта придворными, дежурившими в покоях. Россия не была исключением: «Государство вращалось в государев дом, и дом со всей его частной жизнью становился государством. Нерасчленимость этих понятий делала каждое движение, изменение в царских покоях фактом общегосударственной жизни. Это-то обстоятельство и исключало всякое своеволие и в брачных и иных делах, точнее говоря, всякое своеволие тонуло в обрядовости, придающей ему оттенок общезначимого события»¹.

В вопросах определения границ частной жизни происходит неизбежное столкновение с общетеоретическим понятием права. Что следует понимать под правовым регулированием? Только ли установление свода правил уполномоченными государственными органами? Не будет ли ритуализация элементов частной жизни своеобразным методом именно правового регулирования.

Вечный вопрос - что есть право? - возникает и при рассмотрении проблем регулирования частной жизни. Если анализировать право только как свод правил, устанавливаемых государственными органами, то «за бортом» остаются, как минимум, международные обычаи, которые по-видимому, нельзя не рассматривать как право. А максимум - следует привести слова Л.И. Петражицкого: «...логическая ошибка теорий, исходящих при определении права из понятия государства, состоит в том, что они заключают в себе *definitio per idem*, определяют *x* путём ссылки на *x*.

Дело в том, что явления - государство, органы государственной власти, признание со стороны государства - предполагают уже нали-

¹ Николаев Н.И. Внутренний мир человека в русском литературном сознании XVIII века. Архангельск, 1997, с. 25.

чие сложной системы юридических норм, а научное понятие государства предполагает научное определение понятия права»¹.

При этом подходе (позитивистском) можно сказать, что частная жизнь практически не регулировалась правом.

Если же рассматривать такие явления как каноническое право, традиционное право, то следует отметить, что право очень активно участвовало в создании частной жизни как явления. Не будет ли появление нормативных источников всего лишь говорить об атрибутивном оформлении правовых явлений? Не будет ли наличие потребности в таком закреплении, выражаясь образным языком Норбера Рулана, стигматом (клеймом) нашего несовершенства?

Как видно попытки определения содержания частной жизни не содержат исчерпывающих характеристик.

Можно высказать, что стороны частной жизни (в зависимости от способа защиты) делятся на две большие группы:

- те, которые человек сам в состоянии защитить от постороннего вмешательства, возвращаясь на российскую почву согласно статье 45 Конституции РФ: «Каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом»;

- те, которые государство берет под свою особую защиту; это наиболее ценные стороны частной жизни, вмешательство в которые нанесло бы существенный вред человеку и авторитету государства.

Во вторую группу входят такие стороны частной жизни, которые берутся под особую охрану в отраслевом законодательстве. Их отличие и заключается в том, что они достаточно чётко определяемы. Метод законодателя выглядит следующим образом: очертить круг правоотношений, имеющих наибольшую ценность, вычленив и защитить.

Наиболее важные закрепляются в Конституции РФ. К ним следует отнести право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Статья 26 Конституции РФ упоминает: «Никто не может быть принужден к определению и указанию своей национальной принадлежности». Государство никоим образом не может влиять на гражданина при определении им своей национальности. «Национальность - явление, определяемое совокупностью ряда факторов, прежде всего языком, приверженностью к традициям и культуре, связанная с осознанием им принадлежности к

¹ Петражицкий Л.И. Теория права и государства. СПб., 2000, с.216.

тому или иному народу (этносу)»¹, - соответственно является частью внутреннего мира человека. Данная тайна, например, абсолютна в том смысле, что если отсутствует желание лица раскрыть ее, никто и ни в каких целях не может ее нарушить. Это относится и к правоохранительным органам, поскольку принадлежность к той или иной этнической группе не может влиять на доказательственную силу обвинения.

Определена и тайна личного мнения - часть 3 статьи 29 Конституции РФ гласит: «Никто не может быть принужден к выражению своих мнений и убеждений или отказу от них», сюда же можно отнести и положение статьи 30 Конституции РФ: «Никто не может быть принужден к вступлению в какое-либо объединение или пребывание в нем». Более того статья 24 Конституции РФ выступает общей гарантией права на неприкосновенность частной жизни, вводя запрет на сбор, хранение, использование и распространение информации о частной жизни лица без его согласия.

В отраслевом законодательстве нашли свое отражение нотариальная тайна, банковская, адвокатская и другие тайны.

Можно добавить, что многие стороны частной жизни в настоящее время регулируются с помощью атрибутивных правовых методов, устанавливаемых текущим законодательством. Иначе говорят - мировая практика исходит из того, что все более важной составной стороной частно-правовых отношений выступает публичное воздействие на них.

Данные выводы приводят к тому, что в теории права выделяют частное социальное право², которое отстает « от односторонне индивидуалистической фундаментальной структуры частного права»³ и отталкивается от признания общего интереса как юридического обоснования данного процесса.

Примером может служить семейное законодательство. Семейная жизнь является одним из элементов частной жизни⁴. Причём семей-

¹ Комментарий к Конституции РФ. М. 1994, с.82.

² Нельзя не обратить внимание, что слово « частное» может пониматься и как прилагательное к праву, и как прилагательное, указывающее на недопустимость вмешательства со стороны права. Здесь налицо пример слова - ловушки.

³ Фабрициус Ф. Права человека и европейская политика. М. 1995, с.34.

⁴ Хотя некоторые учёные придерживаются мнения, что семейная жизнь - самостоятельное благо. Люди, заключая браки, тем самым уже строят не только свой индивидуальный мир, а общий со своим избранником (избранницей). Появляются совместные тайны, частная жизнь каждого является ценностью для всех членов семьи.

ные отношения часто понимаются как абсолютно частные, защищенные от любого вмешательства со стороны государства (зачастую такой точки зрения придерживается мужская сторона). И этому есть исторические предпосылки: женщина до недавнего времени практически была бесправной - не имела избирательных и многих гражданских и политических прав. Все правовые системы мира закрепляли это, начиная с законов Ману и древнеримского права, заканчивая британским общим правом, разрешавшим мужу бить жену палкой не толще пальца. Однако, в Соединенных Штатах Америки провели исследования внутрисемейного насилия и пришли к выводу: «В стране каждые 15 секунд обижают женщину, что убийства на «бытовой почве» занимают второе место - после связанных с наркотиками; что убытки от семейных конфликтов (невыход на работу, страховки, лечение) составляют до 5 миллиардов долларов»¹.

В 1979 году Т. Торман вчинила иск городским властям за неоказание помощи по многочисленным жалобам на мужа, который систематически ее избивал. Полиция штата свои отказы основывала невмешательством в частную жизнь граждан. За отказ в правосудии городу пришлось выплатить 2,8 миллиона долларов.

Спустя некоторое время был принят закон, направленный на предотвращение насилия в семье. На основании его полиции предписано вторгаться в семейные дела, причем наличие жалобы жены не обязательно. После поступившего сигнала полицейский обязан «визуально оценить, есть ли следы побоев - достаточно красноты от пощечины, чтобы зафиксировать факт насилия; опросить конфликтующие стороны; получить показания соседей; установить не было ли раньше «случаев». И если полицейский убедится, что насилие над женой было, он обязан тут же арестовать мужа»². Даже если жена будет доказывать, что ничего не было, или просить, чтобы мужа не арестовывали, полицейский обязан доставить мужчину в полицейский участок. На следующий день судья решает, заключить ли в тюрьму (если не первый случай или побои серьезные), либо обязать посещать лекции по семейной этике в специальном центре.

В Российской Федерации также был разработан проект федерального закона «Об основах социально-правовой защиты от насилия в

¹ Феофанов Ю. Любовные серенады в американских тюрьмах // Известия. 1995, с.7.

² Там же

семье». Данный проект предусматривал публичные меры воздействия со стороны специальных государственных служб к членам семьи, виновным в противоправных действиях по отношению к своим близким.

Статья 11 проекта закрепляла, что предотвращение насилия в семье предусматривает осуществление

- проведение первичного обследования семьи на предмет установления характера трудной жизненной ситуации, сопряженной с совершением в ней насилия;
- направление на предварительное освидетельствование члена семьи, пострадавшего от насилия, а также лица, его совершившего, с их согласия;
- беспрепятственное посещение социальным работником жилища семьи, где совершено насилие в дни и часы, определенные планом коррекционных мероприятий;
- привлечение члена семьи, совершившего насилие в семье, или способствовавшего возникновению трудной жизненной ситуации в семье к занятиям в коррекционных, психотерапевтических группах, предоставление им иных социальных услуг по адаптации, реабилитации или ресоциализации;

В целях предотвращения насилия в семье социальный работник, ответственный за его осуществление, составляет план коррекционных мероприятий, утверждаемый руководителем социальной службы.

Статья 12 проекта предусматривала, что «Представитель государственной или муниципальной социальной службы по социально-правовой защите от насилия в семье имеет право беспрепятственно входить в жилые и иные помещения граждан, на принадлежащие им земельные участки при наличии достаточных данных полагать, что там находятся члены семьи, жизни и здоровью которых угрожает непосредственная опасность, или для оказания экстренных социальных услуг, позволяющих разрешить на месте трудную жизненную ситуацию, создавшую эту опасность».

Одновременно проектом возлагалась обязанность на органы милиции: При пресечении насилия в семье территориальный орган милиции обеспечивает социальному работнику личную безопасность и беспрепятственное вхождение в жилые и иные помещения граждан, на принадлежащие им земельные участки, а также содействует в направлении пострадавших от насилия членов семьи в специали-

рованное учреждение социального обслуживания, предоставляющего им временный приют.

Ещё более сложной выстраивается структура правового регулирования частной жизни несовершеннолетних граждан.

Статья 16 Конвенции о правах ребенка говорит: «Ни один ребенок не может быть объектом произвольного или незаконного вмешательства в осуществление его права на личную жизнь, семейную жизнь, неприкосновенность жилища или тайну корреспонденции, или незаконного посягательства на его честь и репутацию. Ребенок имеет право на защиту закона от такого вмешательства или посягательства»¹. Это право должны соблюдать и родители. Декларация прав ребенка устанавливает следующие принципы: «Ребенку законом и другими средствами должна быть обеспечена специальная защита и предоставлены возможности и благоприятные условия, которые позволяли бы ему развиваться физически, умственно, нравственно, духовно и в социальном отношении здоровым и нормальным путем и в условиях свободы и достоинства. При издании с этой целью законов главным соображением должно быть наилучшее обеспечение интересов ребенка». Тем самым международные правовые акты подтверждают ценность частной жизни несовершеннолетних граждан, обязывают государства признать её как благо, нуждающееся в законодательной защите, когда частная жизнь отдельного члена семьи значимее, чем семейная жизнь целого образования.

Недопустимо насилие в семье по отношению к детям. За это родители могут быть лишены родительских прав (ст. 69 Семейного кодекса РФ). Унижающее отношение к ребенку со стороны родителей не является тайной семейной жизни и не охраняется Конституцией РФ. В этом случае государство согласно международному праву обязано вмешаться в межличностные отношения в семье и принять меры к недопущению такого поведения.

Интересы ребенка должны также соблюдаться при усыновлении и искусственном оплодотворении, так как это не является только частной жизнью отца и матери. Европейский парламент, рассматривая эту проблему, принял 16 марта 1969 года по данному вопросу специальное решение. В пункте «Д» преамбулы этой резолюции А 2 327/88 уточняется, что «к главным критериям регламентации искусственного оплодотворения *in vivo* и *in vitro* относятся не только право матери

¹ Международная защита прав и свобод человека. М. 1990, с.394.

на самостоятельное решение, но и необходимость соблюдения прав и интересов ребенка, вытекающих из права на жизнь и на физическую, психологическую и экзистенциальную неприкосновенность, права на семью, на родительское внимание, на развитие в семейной атмосфере; права на собственную генетическую неповторимость»¹.

Весьма распространёнными становятся случаи, когда женщинам при приёме на работу оговаривают условие не заводить детей на протяжении действия контракта. Согласно нормам международного права, это явно противоречит праву на потомство, принципу недискриминации в отношении женщин. В то же время планирование семьи является частным делом лица. Примечательно в этом контексте замечание, приведённое в цитируемой работе «Медицина и право»: «В самом деле, одним из главных условий существования здорового общества является четкое разграничение общественной и гражданской жизни, с одной стороны, и частной жизни, с другой».

Приведённые примеры показывают неоднозначность подхода со стороны законодателя к определению содержания частной жизни, что соответственно приводит к размыванию критериев возможных ограничений права на неприкосновенность частной жизни и разделения частной и публичной жизни. В этом контексте нельзя не упомянуть подход, выработанный Верховным Судом США по делу Кац против США (Katz v. United States, 1967), к оценке правомерности вмешательства властей в частную жизнь, получивший название «обоснованного ожидания на неприкосновенность частной жизни» («reasonable expectation of privacy»). Суть его состоит в том, как выразил автор - судья Харлан, что он опирается на две предпосылки: «во-первых, данное лицо должно проявить действительное (субъективное) ожидание соблюдения права на частную жизнь; во-вторых, это ожидание должно быть такого рода, чтобы общество могло его признать «обоснованным» («reasonable»)»². Отталкиваясь от такой характеристики субъективного права можно выработать критерии определения частной жизни, исходя из «обоснованного ожидания». В этом случае к частной жизни будет относиться такая сфера, которая сознательно гражданином скрывается от посторонних лиц. При этом гражданин осознаёт значение своего поведения по сокрытию той или иной информации, тех или иных своих действий. Его внутреннее убежде-

¹ Медицина и право. М., 1992, с.83.

² Франковски С., Гольдман Р., Лентовска Э. Верховный Суд США о гражданских правах и свободах. Варшава. 1997, с. 192.

ние строится на том, что он обоснованно ожидает недопустимости какого-либо вмешательства. Поскольку частная жизнь как категория - это водораздел между собственно частной и публичной, то в определении её содержания недопустимо основываться только на субъективном критерии обладателя блага. Поэтому и применяется дополнительное условие - признание обществом обоснованного отнесения тех или иных сторон деятельности человека к его частной жизни. Американская судебная практика при рассмотрении дел, связанных с раскрытием сторон частной жизни, в настоящее время опирается на данные правила: публикация некоего факта частной жизни признаётся посягательством на сферу частной жизни, если было доказано, « что публикация этого факта была предосудительной с точки зрения благоразумного человека, наделённого обычной чувствительностью... Закон не предназначен для защиты сверхчувствительных людей, поскольку каждый человек должен до некоего обоснованного предела открывать свою жизнь для пристального внимания общества»¹. По-видимому, при определении частной жизни, как блага охраняемого позитивным правом (действующим законодательством и на его основе государственными органами), следует исходить всё-таки из критерия необходимости безусловной защиты.

С точки зрения неюридических наук действительно более подходящие самые широкие по своему наполнению дефиниции. С точки зрения позитивной юриспруденции нельзя забывать, что любое текстуальное закрепление правомочия, охраняемого блага влечёт за собой и право на исковую защиту, а соответственно и право на защиту с помощью государства. Поэтому в данном случае частную жизнь и следует определять как нематериальное благо, принадлежащее каждому гражданину от рождения, заключающееся в таких сторонах его внутренней жизни и сферах общения, которые сознательно им сохраняются в тайне от иных субъектов, и подлежат безусловной защите в демократическом государстве как в случаях, прямо предусмотренных в законе, так и в иных случаях и в тех пределах, которые вытекают из существа данного блага и степени соотносимости его осуществления с правами и свободами других граждан.

Приведённые выше доводы показывают насколько неоднозначно понимание частной жизни. И в этом, по-видимому, не вина права.

¹ Иванский В.П. Правовая защита информации о частной жизни граждан. М., 1999, с.8.

Представляется, что, развивая техническую оснащённость общественных процессов, человечество недалеко ушло в изучении психической сущности индивида. Поэтому многие учёные задаются вопросом: не потеряется ли в погоне за плодами постиндустриального общества отношение к личности как к самоценности? И в его разрешении, наверно, право не должно оставаться в стороне.

Конституционные ограничения права на неприкосновенность частной жизни

Реализация субъективного права индивидом может затрагивать права и законные интересы других лиц. Некогда философы считали, что существовали времена, когда свобода каждого сталкивалась со свободой других, что приводило к войне всех против всех. Это и заставило людей создать государство, чтобы обуздать нравы человека, чтобы уже свобода каждого была совместима со свободой других лиц. Потребность в таком регулировании породила ограничения некоторых прав человека и гражданина. С помощью ограничений достигается благая цель - социальное сожительство, то есть совместное проживание людей на одной территории для достижения общих единых задач, в первую очередь, такой как достижение наиболее высокого уровня индивидуального развития. Государство в этом случае выступает наиболее удобным способом (но не единственным) достижения такой цели. «Государственный строй, основанный на наибольшей человеческой свободе согласно законам, благодаря которым свобода каждого совместима со свободой всех остальных (я не говорю о величайшем счастье, так как оно должно явиться само собой), есть во всяком случае необходимая идея, которую следует брать за основу при составлении не только конституции государства, но и всякого отдельного закона; при этом нужно прежде всего отвлечься от имеющихся препятствий, которые, быть может, вовсе не вытекают неизбежно из человеческой природы, а возникают скорее из-за пренебрежения к истинным идеям при составлении законов»¹. Закрепляя комплекс прав человека, Конституция России в статье 55 (часть 3) допускает в определенных целях их ограничение федеральным законом. В этом контексте она не является исключением из общих правил. Поскольку статья 55 имеет отношение ко всем правам человека,

¹ Кант И. Критика чистого разума. Симферополь. 1998, с. 208.

то общий принцип ограничений относится и к праву на неприкосновенность частной жизни.

Цели ограничений определены также Конституцией РФ. Это - защита основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Ограничение будет легитимным, если оно устанавливается федеральным законом, причём следует отметить, что только федеральным законом. Статья 71 Конституции РФ, определяя предметы ведения Российской Федерации, закрепляет, что регулирование прав и свобод человека и гражданина (пункт «в») - исключительная прерогатива федеральных органов государственной власти. Определяя предметы совместного ведения, статья 72 Конституции РФ относит к ним только защиту прав и свобод человека и гражданина (пункт «б»), при этом в пункте «в» статьи 71 это также отнесено и к ведению Российской Федерации. Представители региональных органов государственной власти зачастую ссылаются, что невозможно защищать права и свободы граждан, не ограничивая их. Иными словами для защиты одних прав всегда необходимо ограничить другие. Цель регионального законодателя заключается в построении иерархии ценности прав, чтобы было определено, какое право могло бы «склониться» перед другим правом. Надо отметить, что большинство региональных законодательных актов и построено по такой схеме. Цель у законов определена, как правило, единообразно - защита прав населения региона. Способ достижения этой цели - ограничение каких-то иных прав.

Примером может служить Закон Архангельской области «О защите населения от туберкулеза и о противотуберкулезной помощи», тем более что аналогичные законы приняты почти в каждом регионе. Раздел 3 Закона так и называется «Защита населения от туберкулеза и меры по ограничению распространения туберкулезной инфекции». Статья 6 в этом разделе определяет меры по профилактике туберкулезной инфекции. В ней в частности закрепляется обязательное флюорографическое обследование лиц, не проходивших флюорографию более 6 месяцев:

при приеме на работу и получении лицензии на право заниматься индивидуальной трудовой деятельностью;

при поступлении в средние и высшие учебные заведения;

при прописке в общежития и коммунальные квартиры;

при взятии на учет в центре занятости;
членов семей беременных.

Одновременно мы знаем, что одним из элементов содержания права на охрану здоровья граждан является добровольность её оказания. Итог - региональный закон вводит ограничения прав в целях защиты права на охрану здоровья других лиц. Приводимый закон интересен ещё тем, что введение принудительного медицинского тестирования признанно (международным правом) считается ограничением как раз права на неприкосновенность частной жизни. Тем более, что огласка сведений, носящих медицинский характер, приведёт к остракизму и дискриминации. Применительно к СПИДу Второй международной консультацией по ВИЧ/СПИДу и правам человека (Женева, 23-25 сентября 1996 года) были выработаны Руководящие принципы по ВИЧ/СПИДу и правам человека, в которых говорится: «Обязанность государств защищать право на личную жизнь, таким образом, включает обязательное обеспечение надлежащих гарантий, касающихся проведения тестирования только при наличии осведомлённого согласия, защиты конфиденциальности, в частности в сфере здравоохранения и социального обеспечения, и неразглашения информации, связанной с инфицированием ВИЧ, третьим сторонам без согласия соответствующего лица»¹. Указанный же закон Архангельской области не предусматривает дополнительных гарантий обеспечения права на неприкосновенность частной жизни тестируемых лиц.

Конструкция статьи 23 Конституции РФ отличается от ранее действовавшей редакции. Статья 40 Конституции РФ, действовавшей до 12 декабря 1993 года, содержала уже в себе возможность и основание ограничения: «Ограничение этого права допускается только в соответствии с законом на основании судебного решения». Нельзя признать подобную формулировку удачной по двум причинам.

Во-первых, право можно ограничить «законом» и «на основании закона». В первом случае парламент сам устанавливает предел реализации права, который не требует дополнительного санкционирования со стороны судебного или исполнительного органа, во втором - в законе определены условия, основания, при которых, в соответствии с определенной процедурой, суд или административный орган

¹ ВИЧ/СПИД и права человека. Женева. 1998. с. 90.

имеют возможность произвести действия, ограничивающие реализацию права.

Во-вторых, согласно ей любое ограничение права на неприкосновенность частной жизни требует судебного санкционирования. При невозможности очертить четкие границы частной жизни это нереально. Поэтому судебный контроль применим только к ограничениям тайны почтовой связи, которая является одним из элементов исследуемого права. Именно такую модель избрала ныне действующая Конституция. Уже часть 2, закрепляя право каждого на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, предусматривает, что ограничение этого права допускается только на основании судебного решения.

Возможность ограничения прав и свобод человека и гражданина закрепляется текстуально почти во всех Конституциях. Принципы ограничения могут быть несколько различными. Статья 1 Основного закона Федеративной Республики Германия предъявляет некоторые формальные требования к содержанию ограничивающего закона. Он должен носить общий характер, «а не относиться к отдельному случаю». В законе должно быть названо это основное право, подлежащее ограничению с указанием статьи. Существо содержания основного права ни в коем случае не должно быть затронуто¹. Аналогичные требования предусмотрены и в Конституции РФ: «В Российской Федерации не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина».

Конституции стран Восточной Европы также определяют пределы ограничений прав и свобод. Статья 1 Конституции Эстонии закрепляет - «Права и свободы могут быть ограничены только в соответствии с Конституцией. Ограничения эти должны быть необходимы в демократическом обществе и не должны искажать сущности ограничиваемых прав и свобод». Одновременно в статье, фиксирующей право на неприкосновенность частной жизни, также говорится об общих началах ограничения права: «Государственные учреждения, местные самоуправления и их должностные лица не вправе вмешиваться в чью-либо семейную и частную жизнь иначе, как в случаях и в порядке, установленных законом, в целях защиты здоровья, нравственности, общественного порядка или прав и свобод других людей, в целях пресечения преступления или поимки преступника» (статья 26).

¹ Конституции зарубежных государств. М., 1996, с.161.

Статья 13 Конституции Словацкой республики объединяет принципы установления обязанностей, пределов прав и ограничений:

(1) Обязанности могут возлагаться только на основании закона, в его пределах и при условии соблюдения основных прав и свобод.

(2) Пределы основных прав и свобод могут быть установлены только законом и при соблюдении условий, предусмотренных настоящей Конституцией.

(3) Законные ограничения основных прав и свобод должны действовать одинаково для всех случаев, которые отвечают установленным условиям.

(4) Ограничения основных прав и свобод должны осуществляться с учетом их сущности и смысла. Такие ограничения могут осуществляться только в установленных целях.

Статья 15 Конституции Республики Словения (осуществление и ограничение прав) предусматривает, что законом может быть установлен порядок осуществления прав человека и основных свобод в случаях, предусмотренных Конституцией, если это необходимо в связи с характером отдельного права или свободы. Права человека и основные свободы ограничены только правами других лиц и в случаях, предусмотренных настоящей Конституцией.

Обобщая вышеизложенное, можно отметить общепризнанные принципы ограничения прав и свобод:

- ограничение должно вводиться только законом;
- оно не должно умалять право, то есть затрагивать его сущность;
- законодательное установление должно соответствовать Конституции;
- ограничение допускается только в строго ограниченных целях;
- ограничение должно носить оправданный характер;
- закон в этом случае должен быть ясным, точным и понятным, не допускающим двойного толкования;
- ограничение не должно носить дискриминационный характер;
- такой закон должен иметь определённые пределы;
- природа возможных ограничений должна вытекать из природы права, подлежащего ограничению.

Ограничения рассматриваются с общетеоретических позиций Чаще всего как правовые средства мотивации поведения личности: Именно стимулы и ограничения в конечном счёте являются значимыми для поведения, связанными в буквальном смысле с ценнос-

тью, на которую ориентируется интерес субъекта»¹. Соглашаясь с вышеизложенным, необходимо отметить, что ограничения являются и формой формулирования конституционно-правовых норм. Конечно, в таком смысле больше фарисейства, но если Конституция говорит прямо о некоторых ограничениях, это означает, что устанавливаются какие-то конкретные границы осуществления права. Переходя их, лицо совершает противоправный поступок. В этом случае главная задача - определить эти границы. Каждому праву соответствует определённое ограничение. Не зря некоторые конституции ссылаются, что природа ограничения вытекает из природы ограничиваемого права. Соответственно при установлении пределов права на неприкосновенность частной жизни следует учитывать как общие принципы ограничений, так и принципы, конкретно вытекающие из природы данного права. Тем более, что в отношении некоторых прав теория говорит как об абсолютных, то есть не подлежащих ограничению ни при каких обстоятельствах. Именно такая позиция неоднократно подчёркивалась Конституционным Судом РФ по отношению к праву на судебную защиту. Так, Постановление от 3 мая 1995 года по делу о проверке конституционности статей 220.1 и 220.2 уголовно- процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В. А. Аветяна определяет: «Согласно Конституции Российской Федерации это право не может быть ограничено. Допустимые ограничения конституционных прав в соответствии со статьей 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации могут быть введены законодателем только в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Право на судебную защиту ни в каком случае не может вступить в противоречие с данными целями и, следовательно, не подлежит ограничению. Именно поэтому право на судебную защиту отнесено согласно статье 56 (часть 3) Конституции Российской Федерации к таким правам и свободам, которые не могут быть ограничены ни при каких обстоятельствах»². Было бы недопустимым оценивать вводимые огра-

¹ См. более подробно Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве // Правоведение. 1998. № 3, Теория государства и права. Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В.Малько. М., 1997.

² Собрание законодательства РФ. 1995. № 19. Ст. 1764.

ничения права на неприкосновенность частной жизни через содержание совершенно иного конституционного права.

Можно также сделать вывод: Конституция РФ допускает установление ограничений права на неприкосновенность частной жизни, но оно должно отвечать следующим условиям:

- возможность проникновения в сферу частной жизни должны быть указаны только в законе и отвечать целям статьи 55 (часть 3) Конституции РФ;
- в законе должен быть указан круг лиц, имеющих право вторгаться в частную жизнь;
- проникновение в сферу частной жизни должно быть не произвольным, а с соблюдением соответствующей процедуры.

Все указанные условия предъявляют наиболее жёсткие требования к процессуальной основе введения ограничений. К сожалению, советская юриспруденция меньше всего внимания уделяла именно процессуальной основе деятельности публичных органов. Можно закрепить достаточно обширный комплекс прав и свобод, но при отсутствии процессуального обеспечения он может стать лишь фикцией. Ведь сами конституционные права - это не более, чем текст, имеющий знаковое оформление. Достаточно ли такой декларации? Какова роль государства в воплощении этих прав? Реальное претворение в жизнь конкретных правомочий зависит от процедурных правил, их чёткости и понятности. В этом вопросе трудно не согласиться с мнением судьи Верховного Суда США Джексона: «Справедливость и процессуальная стабильность являются непреложной основой свободы. В конце концов, можно как-то перенести жёсткие положения материального права, если они применяются справедливо и беспристрастно. Человек, которому предстоит делать выбор, был бы склонен выбрать советское материальное право, применяемое справедливо, с соблюдением наших процессуальных гарантий, чем наше материальное право, если оно осуществляется при помощи советских процессуальных принципов» (особое мнение Джексона по делу *Shaughnessy v. United States*, 1953).

Международное право также выработало общие принципы ограничения прав человека. Всеобщая Декларация прав человека (1948 г.) ещё в статье 29 предусматривала: «При осуществлении своих прав и свобод каждый человек должен подвергаться только таким ограничениям, какие установлены законом исключительно с целью обеспечения должного признания и уважения прав и свобод других лиц и

удовлетворения справедливых требований морали, общественного порядка и общего благосостояния в демократическом обществе». Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод, закрепляя европейский стандарт защиты прав человека, предусматривая односторонние обязательства стран-участниц Конвенции, также устанавливает возможность ограничения права на неприкосновенность частной жизни: « Не допускается вмешательство государственных органов в осуществление этого права, за исключением случаев, когда это предусмотрено законом и необходимо в демократическом обществе в интересах государственной безопасности, общественного порядка или экономического благосостояния страны, для поддержания порядка и предотвращения преступлений, в целях предотвращения беспорядков или преступлений, охраны здоровья или защиты нравственности или защиты прав и свобод других лиц» (статья 8).

Исходя из содержания статьи 8 ЕКПЧ, можно вывести ряд основополагающих выводов.

Конвенция защищает только отношения между государством в лице публичных органов и гражданином;

Ограничение должно быть предусмотрено законом, причём « предусмотрено законом» не означает лишь формальное требование закрепления ограничения в особом виде нормативных актов. Европейский Суд по правам человека в решении по делу Олссон (Olsson) против Швеции рассмотрел данный критерий более широко¹. Сами заявители поставили вопрос о соответствии шведского закона праву по смыслу статьи 8 Конвенции. Высокий Суд отметил: «Какая либо норма не может считаться «законом», если она не сформулирована с достаточной точностью так, чтобы гражданин самостоятельно или, если понадобится, с профессиональной помощью мог предвидеть с долей вероятности, которая может считаться разумной в данных обстоятельствах, последствия, которые может повлечь за собой конкретное действие... Фраза «предусмотрено законом» не просто отсылает к внутреннему праву, но имеет в виду и качество закона, требуя, чтобы

¹ Супруги Олссон обжаловали правила передачи детей на государственное попечение. Окружным Советом по социальным проблемам г. Гётеборга было принято решение, что развитие детей находится под угрозой, поскольку родители не могут обеспечить им надлежащий уход. В течение примерно 7 лет дети находились либо в школе-интернате либо в приёмной семье. Доступ родителей к детям был ограничен.

последний соответствовал принципу верховенства права. Таким образом, подразумевается, что во внутреннем праве должны существовать определённые меры защиты против произвольного вмешательства публичных властей в осуществление прав, охраняемых *inter alia* п. 1 статьи 8»¹.

Одновременно Суд согласился, что зачастую законодатель не сможет придерживаться предельной чёткости при изложении нормативного материала. Применительно к конкретному делу, признав, что многие формулировки закона неопределённые, в решении было отмечено, что это компенсируется наличием судебного контроля на нескольких уровнях.

Аналогичные позиции были сохранены Судом. В частности в решении по делу Крюслен (Kruslin) против Франции (1990) было отмечено - «Формула «предусмотрена законом» в смысле статьи 8 п. 2 требует, во-первых, чтобы рассматриваемые действия властей имели основания во внутреннем законодательстве. Одновременно данное положение имеет в виду и качество конкретного закона. Она требует, чтобы закон был доступен для заинтересованного лица, которое могло бы предвидеть последствия его применения в отношении себя, а также, чтобы закон не противоречил принципу верховенства права»².

Позиции Суда можно обозначить следующим образом. Ограничения должны быть включены во внутренне право. Конкретные действия против гражданина могут идти от различных должностных лиц, они должны основываться на законе. При этом Судом учитывается и судебная практика - «В сфере действия писаного права «законом» является действующий правовой акт, как он истолкован компетентными судебными органами в свете новых практических обстоятельств»³³. Не допускается использование неопубликованных законов или ограниченных в доступе. Закон должен быть точным в смысле недопущения произвольного толкования и предусматривать подконтрольность действий публичных органов со стороны судебной власти. Точность закона исходит из того, что гражданин должен для себя представлять границы возможного ограничения и тем самым строить модель своего поведения.

¹ Европейский Суд по правам человека. Избранные решения: В 2 т. Т. I. М., 2000, с. 553.

² Там же, с. 669.

³ Крюслен против Франции, там же, с. 671.

Ограничение права на неприкосновенность частной жизни должно быть признано «необходимым в демократическом обществе». Следует добавить, что многие Конституции стран Восточной Европы также используют в своих нормах данную формулировку, которая означает обеспечение надлежащего баланса между интересами личности и общим интересом защиты публичного порядка. Тем самым она представляет собой оценочный критерий, насколько присутствует соразмерность между дискреционными полномочиями представленными государством (наличие насущной общественной потребности в ограничении¹), и преследуемым правомерным целям². Государство налагает ограничения не в соответствии с произвольным усмотрением законодателя, а в силу ответственности возлагаемого на него за обеспечение публичного порядка³.

Ограничение права на неприкосновенность частной жизни» должно иметь «правомерную цель» (п.2 статьи 8 ЕКПЧ). И Конституция РФ и Европейская Конвенция закрепляют цели, для достижения которых могут ограничиваться права человека. Это означает, что в других целях права не могут быть ограничены. Выше уже обозначались «правомерные» цели, которые допускаются международным сообществом и общепризнаны в европейских конституциях. Следует отметить, что они носят публичный характер, то есть направлены на достижения общего блага для всех граждан, а не подчиняют права и свободы чьему-либо частному интересу. Одновременно закрепление возможности ограничения в указанных целях означает отказ от одностороннего индивидуалистического понимания свободы. Пользование правами предполагает не только свободное распоряжение ими, но и налагает социальную ответственность на субъекта права.

Цели ограничений закрепляемые в самом источнике имеют многофункциональное значение. Первостепенное – это предел усмотрения законодательного органа. В этом вопросе следует согласиться с Н. А. Шайкеновым «Почему нарушения прав человека, если они имеются, носят всегда массовый характер? Потому что нарушения эти возможны не только и не столько на стадии правовой реализации интересов, хотя и они не исключены, а уже на этапе правотворчества. Вот почему эти вопросы прямо связаны с правопониманием с

¹ (74) Решение по делу Бельджуди против Франции, 1992 г.

² См. решение по делу Беррехаб против Нидерландов, 1988 г.

³ (41) Бугханеми против Франции, 1996 г.

борьбой против «неправового законодательства», не только против правоприменительной практики, сколько против законодательного произвола¹. Второе значение состоит в том, что «правомерные цели» служат критерием оценки конкретного действия публичных органов при реализации правоусмотрения. При этом следует исходить, действительно ли публичные органы преследовали правомерную цель при реализации норм права. Или реализовывался чей-то личный интерес, при помощи возможностей государственных органов. Одновременно не является ли правомерная цель способом полного отрицания права?

В вопросах оценки следует исходить из системного понимания ограничения его юридического закрепления и реального практического содержания. В частности и Европейский Суд по правам человека оценивает не только значение нормы, её техническое оформление, но и реальную практику её применения. Примером может служить Решение по делу Даджен против Соединённого Королевства²². Фактической основой дела стало законодательство Северной Ирландии об уголовной ответственности за гомосексуальные отношения. Суд, выяснив обстоятельства дела, в частности сделал следующее заключение: «Комиссия и Правительство придерживаются мнения, что в той же мере, в какой законодательство стремится защитить молодых людей от нежелательного и вредного влияния или давления, оно способствует «защите прав и свобод других лиц». Суд признаёт, что одной из целей законодательства является ограждение незащищённых членов общества, таких, как молодые люди, от последствий гомосексуализма. Тем не менее в данном контексте жёсткое разграничение между «защитой прав и свобод других лиц» и «защитой нравственности» представляется искусственным. Защита нравственности может предполагать сохранение морального духа и нравственных ценностей общества в целом, но может также, как отметило Правительство, охранять интересы морали и общественного благополучия отдельной части общества, например школьников. Таким образом «защита прав и свобод других лиц» в значении защиты нравственных интересов и общественного благополучия отдельных лиц или групп населения, которые нуждаются в особой защите по причи-

¹ Шайкенов Н.А. Правовое обеспечение интересов личности. Свердловск. 1990, с. 162.

² Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. В 2 т. Т. 1. М., 2000, с. 361.

не своей незрелости, умственной неполноценности или зависимого состояния, сводится к одному-единственному аспекту - «защите нравственности». Поэтому Суд на основе именно такого подхода будет учитывать обе указанные цели».

Обобщая вышеизложенное, можно обозначить, что государство должно устанавливать основания ограничения, а также соответствующую процедуру принятия решения о такого рода ограничениях. Недопустимо также произвольное вмешательство, под которым следует также понимать хотя и произведенные в соответствии с законодательством государства действия, но без наличия на то достаточных оснований.

Конституция России 1993 года более четко определяет институт неприкосновенности - статьи 22 (неприкосновенность личности), 23 (неприкосновенность частной жизни), 25 (неприкосновенность жилища), но само позитивное регулирование ограничений и невмешательства в частную жизнь зависит большей частью от воли законодателя. Причём воля законодателя носит исторический характер. На определённом этапе развития государства те или иные ограничения будут осмысливаться как правомерные и необходимые в демократическом обществе. Спустя некоторое время эти же положения юристами могут рассматриваться как атавизмы. Иными словами соотношение содержания субъективного права и «правомерной цели» ограничения носит конкретно исторический характер. Точно такой же вывод можно сделать при рассмотрении вопросов «конкуренции» права на неприкосновенность частной жизни и других прав. В одних случаях право на неприкосновенность частной жизни налагает ограничения на пользование другими правами, в других случаях наличие других прав предопределяет возможность ограничения права на неприкосновенность частной жизни. На этой проблеме хотелось бы остановиться несколько подробнее.

Право на неприкосновенность частной жизни и право на жизнь

Российская конституция, как и в большинстве других стран, как и международно-правовые акты о правах человека, предусматривает возможность ограничения одного субъективного права в целях защиты другого. Данное нормативное установление поднимает вопрос ценности права. Если одно право можно ограничить из-за другого, значит должна существовать определённая иерархия прав (или

содержательных элементов права). Эта проблема должна фокусироваться в конкуренции защищаемых благ и подлежит оценки со стороны законодателя и правоприменителя в каждом конкретном случае.

Наибольшую актуальность в юридической практике приобретают вопросы соотношения права на неприкосновенность частной жизни и права на жизнь, а также свободы слова. Более подробно хотелось бы остановиться на каждом из них.

Право на жизнь - одно из основных прав. Жизнь с точки зрения права является высшей ценностью, об этом свидетельствует и последовательность изложения комплекса прав и свобод. Конституция РФ (статья 20) начинается именно с этого права. Такая же последовательность сохранена в Европейской конвенции о правах человека.

Самым дискуссионным вопросом при анализе права на жизнь считается момент его (права) возникновения, что предопределяет наличие или отсутствие запрета на искусственное прерывание беременности. Основные точки зрения сводятся к следующему: с момента зачатия или с момента рождения. Представители христианской конфессии ссылаются на божественную природу человека: «И создал Господь Бог человека из праха земного, и вдунул в лице его дыхание жизни, и стал человек душою живою» (Бытие, 2:7). С одной стороны некоторые убеждены, что душа вселяется в человека с момента зачатия. Таким образом аборт на любой стадии считается смертоубийством. И женщина, и врач подлежат уголовной ответственности. Сторонники другой точки зрения, обращаясь к той же формуле Книги Бытия, указывают, что человек уже был создан Богом и только потом в него Бог вдохнул душу. Поэтому о человеке как имеющем душу можно говорить только с момента первого вздоха, а значит и как о субъекте правоотношений. Подтверждение этому можно найти и в позитивном праве. Так, статья 17 Конституции РФ закрепляет: «Основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения». Иными словами любое субъективное право, в том числе и право на жизнь, возникает с момента рождения. Следует отметить, что и в российском праве из этого правила имеются исключения¹.

Одновременно сторонники легализации абортов настаивают на наличии у женщины первоначального права на неприкосновенность частной жизни. Вопросы, связанные с деторождением, должны быть

¹ См. например, порядок и основания наследования.

исключительно частным делом каждого лица, его частной жизнью. Причём юридическая практика относит к этому аспекту и любые действия в целях предупреждения зачатия (или наоборот).

До настоящего времени аборт во многих странах был запрещен, и наказывались как врач, произведший его, так и женщина. В дореволюционной России он также был запрещен, но 16 ноября 1920 года «с целью разрушения традиционной семьи и религии» коммунисты легализовали аборт, и это был первый опыт в мире официальной легализации. Однако уже 27 июня 1936 года «в целях повышения роста численности населения СССР» советское правительство приняло постановление о запрете аборт. В 1956 году этот запрет снова был отменен¹.

С юридической точки зрения в данном случае и возникает проблема соотношения прав: Можно ли ограничить право на неприкосновенность частной жизни, принадлежащее женщине, в целях защиты права на жизнь будущего ребёнка. Свободна ли женщина самостоятельно решать вопросы материнства, и будут ли возможные ограничения этих правомочий соответствовать принципам демократического правового государства. Тем более, что Декларация прав ребёнка, принятая Резолюцией 1386 (XIV) Генеральной Ассамблеи ООН от 20 ноября 1959 года в Преамбуле подчёркивает: «ребёнок, ввиду его физической и умственной незрелости, нуждается в специальной охране и заботе, включая надлежащую правовую защиту, как до, так и после рождения» (прим. автора). Аналогичную формулировку использует и Конвенция о правах ребёнка 1989 года в своей Преамбуле.

Именно последнее стало предметом рассмотрения в Верховном суде США, отменившим своим решением правило, принятое в Техасе о незаконности аборт².

Подлежит регулированию со стороны государства и статус потенциального отца. Европейская комиссия по правам человека (N8416/ 79, дело Х. против Соединенного Королевства Великобритании) вынесла специальный вердикт, согласно которому «потенциальный муж-отец не имеет права требовать обязательной консультации с ним или обращаться в суд в связи с намерением его жены сделать аборт, так как именно женщина является главным заинтересованным лицом в продолжении и прерывании беременнос-

¹ Коммерсант-DAILY. 1994. 2 дек., с.9.

² Гибни М. Дейцев С. Подходы к преподаванию права в университетах США // Государство и право. 1993. № 3, с.128.

ти»¹. Европейский парламент подтвердил, что право женщины на аборт является одной из сторон ее частной жизни. То же правило действует при выборе женщиной методов предохранения беременности, либо решения вопроса о собственной стерилизации и отказе от потомства.

Отсюда можно сделать вывод, что женщина абсолютно свободна в своем праве не прибегать к искусственному прерыванию беременности. В этом случае можно говорить о конституционной защите данного правомочия в рамках реализации права на неприкосновенность частной жизни. Здесь и не возникает проблем соотношения с правом на жизнь неродившегося ребёнка.

Не подлежит ограничению право женщины и в целях защиты прав мужчины - потенциального биологического отца. Это следует, как и было приведено выше, из того, что именно женщина является наиболее заинтересованным субъектом. Именно женщина является наиболее заинтересованным лицом в условиях данной проблемы. Беременность - такое состояние, которое присуще только женщине. Хотя и появляются прогнозы, что возможно возникновение отцов-инкубаторов, это в настоящее время лишь плод научных фантазий. Даже если это и произойдёт, то данный процесс будет происходить вопреки природной сущности человека. Беременность может значительно влиять на здоровье будущей матери, иногда роды являются причиной смерти женщины, поэтому в вопросах материнства приоритет отдаётся именно интересам женщины. Тем самым мужчина лишается права требования принудительного материнства, как и права требования отказа от материнства.

Свободна ли также женщина при ином решении, когда возникает желание отказаться от рождения ребёнка. Очень много споров возникает вообще о наличии каких-либо юридических аспектов данного вопроса, тем более о конституционной защите права на аборт. Должна ли Конституция провозглашать (гарантировать) данное право? Должно ли право вмешиваться в регулирование вопросов продолжения рода? По-видимому, само действующее законодательство отвечает утвердительно на поднятые вопросы. Так, согласно статье 36 Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан²: «Каждая женщина имеет право самостоятельно решать вопрос о материн-

¹ Медицина и права человека. М. 1992, с.83.

² Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1993. №33. Ст.1318.

тве. Искусственное прерывание беременности проводится по желанию женщины при сроке беременности до 12 недель, по социальным показаниям при сроке беременности до 22 недель, а при наличии медицинских показаний и согласии женщины - независимо от срока беременности». Эта норма имеет непосредственное отношение к вопросам продолжения рода. Одновременно огромное количество норм регулировало и регулирует вопросы рождаемости косвенным путём: социальная помощь, порядок наследования, налогообложение бездетных и многое другое.

Как видно Российское государство не считает право прерывать беременность абсолютным. В некоторых случаях к обязательному условию - согласию пациентки - добавляются дополнительные, без наличия которых женщина уже не вправе в данном случае свободно располагать собой. Перечень медицинских показаний определяется Министерством здравоохранения РФ, а перечень социальных показаний - положением, утверждаемым Правительством РФ.

В США первым законом в этой сфере стало правило, принятое в Штате Коннектикут в 1821 году, запрещающее применение ядовитых веществ с целью вызвать аборт. С 1880 года на законодательном уровне на всей территории Соединённых Штатов Америки аборты были запрещены. И только в конце 50-х годов - начале 60-х XX века начали поступать предложения о пересмотре отношения к данной проблеме. Решающими стали два факта, произошедшие в 1962-1965 годах. В 1962 году Шерри Финкбайн обратилась к врачу для осуществления аборта, так как на ранней стадии принимала талидомид. Этот транквилизатор предлагался беременным женщинам для снижения действия побочных эффектов и считался абсолютно безвредным, пока клиническая практика не показала обратное. Из-за скандальной статьи, организованной её мужем с целью предупреждения других женщин, ей было в этом отказано. Судебное дело было проиграно. Тогда женщина уехала в Швецию, где был искусственно извлечён деформированный плод. В это же время в США прошла эпидемия краснухи, которая вызывает повреждения плода, если заболевание переносится женщиной в первые недели беременности. В период с 1962 по 1965 года заболело около 82 000 беременных женщин, родилось около 15 000 детей с различными аномалиями - глухота, слепота и т.д. Многим женщинам, пожелавшим сделать операцию по искусственному прерыванию беременности, в этом было отказано. 9 врачам в связи с этим было предъявлено обвинение

Комиссией медицинских экзаменаторов штата Калифорния. Итогом стало решение Верховного Суда США по делу «Роу против Уэйда» (Roe v. Wade), признавшее закон штата Техас об ограничении права на аборт противоречащим Конституции США, ущемляющим личную свободу женщины: «Право на неприкосновенность частной жизни, - независимо от того, вытекает ли оно из содержащейся в Четырнадцатой поправке концепции личной свободы и ограничения свободы властей (таким образом, как мы это понимаем) или же, из пункта о правах народа в силу Девятой поправки, как это определил местный суд, - является настолько обширным, что оно распространяется и на решение женщины об аборте или сохранении беременности» (из мнения большинства состава Суда, автор судья Блэкмун)¹. Данным постановлением были установлены сроки беременности, ограничивающие право женщины решать вопрос материнства самостоятельно. Первая треть беременности - безусловное право женщины, закон не может его ограничивать; вторая треть беременности - вмешательство закона может сводиться к защите жизни матери; на последней стадии решающим фактором становится защита жизни плода, за исключением, когда аборт необходим для сохранения жизни и здоровья матери. Тем самым «Верховный суд закрепил за женщинами как конституционно охраняемое право на выбор: делать аборт или нет, в пределах медико-биологической допустимости»². В этом решении на вопрос о начале жизни судьи семью голосами против двух закрепили: «Если эксперты в области медицины, философии и теологии не могут прийти к единому мнению об этом, от судебных инстанций на данном этапе развития человеческих знаний нельзя ожидать ответа на этот вопрос»³. Данное решение долгое время подвергалось критике. Республиканская партия на президентских выборах одним из агитационных лозунгов выдвигала тезис о запрете абортов и пересмотре решения по делу Roe v. Wade. Однако, несмотря на продолжительное господство республиканцев и назначение Рейганом и Бушем своих сторонников на должность высоких судей, в 1992 году позиция высшей судебной инстанции США осталась прежней. В деле

¹ Франковски С., Гольдман Р., Лентовска Э. Верховный Суд США о гражданских правах и свободах. Варшава, 1997, с. 38.

² Власихин В. Круzens против Департамента здравоохранения штата Миссури // Российская юстиция. 2000. № 10, с. 52.

³ См. более подробно Р.Тейлор. Дебаты об абортах // Америка. 1993. № 439, с. 19-23.

Комитет планирования семьи против Кэсей (Planned parenthood of southeastern Pennsylvania v. Casey, 1992) Суд отметил: «Тот факт, что аборт оскорбляет моральные чувства некоторых людей, «не может повлиять на наши решения. Наша обязанность состоит в том, чтобы мы определяли границы свободы, полагающейся всем, а не навязывали другим наш собственный моральный кодекс»¹.

Следует добавить, что в 1973 году один из федеральных апелляционных судов после опубликования решения по делу Роу постановил, что «право на неприкосновенность частной жизни включает в себя также право женщины на принятие решения о стерилизации»² (Hathaway v. Worcester City Hospital). Тем самым женщина свободна в вопросах полного отказа от материнства.

Таким образом, право на неприкосновенность частной жизни включает в себя, прежде всего, правомочия женщины в выборах методов контрацепции (в том числе и стерилизация) и желании иметь ребёнка. Представляется, что они не могут быть ограничены притязаниями сексуального партнёра. Аналогичный вывод можно сделать по поводу обязательной консультации потенциального отца при проведении операции по искусственному прерыванию беременности. То есть элементами рассматриваемого права являются:

- право женщины иметь ребёнка без предварительного согласия биологического отца; последний не имеет права подавать на неё в суд, если беременность происходит без предварительной консультации с ним;

- право женщины не заводить ребёнка; данное право не может быть ограничено ни со стороны законодателя (закон не должен обязывать женщину производить потомство), ни со стороны сексуального партнёра.

- право женщины в вопросах выбора контрацептивов. Ограничения данного права действующим законодательством могут вводиться только в интересах сохранения жизни и здоровья матери, а также в целях предотвращения будущего влияния на здоровье возможного ребёнка. Причём данные ограничения не должны основываться на применении мер какой-либо ответственности к женщине за использование таких контрацептивов. Возможно лишь введение запрета на

¹ Франковски С., Гольдман Р., Лентовска Э. Верховный Суд США о гражданских правах и свободах. Варшава, 1997, с.42.

² Там же, с. 40.

их продажу. Данное право не может быть ограничено какими-либо притязаниями сексуального партнёра.

Законодательство РФ исходит из общего правила, что в вопросах материнства женщина свободна располагать собой, поскольку закрепляются её права, а не обязанности. Из этого критерия исходит и европейская практика: «мать вольна принимать своё решение, даже когда закон даёт ей возможность произвести аборт»¹. В Российской Федерации искусственное прерывание беременности подчиняется триместральному критерию: по желанию женщины при сроке беременности до 12 недель, по социальным показаниям - при сроке беременности до 22 недель, а при наличии медицинских показаний и согласии женщины - независимо от срока беременности (ст. 36 указанных Основ). Совершать данную операцию или не совершать - право выбора остаётся за женщиной. Даже при наличии медицинских показаний последнее слово остаётся за женщиной. Одновременно в соответствии со статьёй 55 Конституции РФ федеральный закон в этом вопросе ограничивает право женщины свободно располагать собой сроками беременности. Целью данного ограничения выступают защита жизни и здоровья матери, а также прав неродившегося ребёнка.

Можно выделить условия проведения операции по искусственному прерыванию беременности. При сроке беременности до 12 недель - это только согласие женщины. Согласно статье 32 Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан согласие должно быть информированным и добровольным. Согласие девушки, не достигшей возраста 15 лет, должно быть подтверждено согласием законных представителей. Перед проведением операции женщина должна быть проконсультирована в доступной для неё форме о прогнозе, методах медицинского вмешательства, связанном с ними риске, последствиях и результатах. Некоторые страны вводят дополнительные ограничения, чтобы предоставить женщине больше возможностей в оценке своего поступка. Так, в штате Арканзас рассматривался законопроект, предусматривающий 24-часовой период ожидания для Женщины, решившей сделать аборт, но он так и не был воспроизведён в реальный нормативный акт. Политика Верховного Суда США основывается на том, что необходимо признавать несоответствующими Конституции США законы, вводящие дополнительные огра-

¹ Люшер Ф. Конституционная защита прав и свобод личности. М. 1993, с.261.

ничения, налагаемые на женщину при реализации её право на аборт. Примером может служить дело Doe v. Bolton (1973). Закон штата Джорджия не запрещал аборт, но условием его проведения было принятие решения специальной комиссией из шести врачей. Верховный Суд США признал закон налагающим чрезмерные ограничения¹. Следует отметить, что законодательная практика государств исходит из того, что женщина имеет абсолютное право отказаться от проведения операции.

При сроке беременности до 22 недель - к согласию женщины федеральный закон добавляет наличие такого условия как социальные показания. В соответствии с Основами законодательства РФ об охране здоровья граждан перечень социальных показаний определяется положением, утверждаемым Постановлением Правительства РФ. В настоящее время данный перечень утверждён Постановлением Правительства РФ от 8 мая 1996 года № 567. В него, в частности, входят: смерть мужа во время беременности, пребывание женщины или её мужа в местах лишения свободы, беременность в результате изнасилования, расторжение брака во время беременности, многодетность (число детей 3 и более), отсутствие жилья, проживание в общежитии, на частной квартире и т.д. Как видно из данного перечня главным критерием является учёт интересов будущего ребёнка. То есть социальное показание является определяющим тогда, когда к беременности женщина относится крайне отрицательно, когда зачатый ребёнок при условии его рождения будет нежелательным. В результате при рождении ребёнка возможен либо отказ со стороны матери от него, либо ребёнок будет находиться и воспитываться в неблагоприятной психологической обстановке, что скажется, прежде всего, на его нравственном и физическом здоровье. Возможны и противоправные поступки матери по отношению к нежелательному ребёнку в целях избавления от него. В последнее время достаточно распространёнными в Российской Федерации стали случаи убийства новорождённых детей своими собственными матерями. Весьма угрожающая статистика заставила законодателей учесть её и ввести дополнительный состав преступления - статья 106 УК РФ «Убийство матерью новорождённого ребёнка», - предусматривающая уголовную ответственность за «убийство матерью новорождённого ребёнка во время или сразу же после родов, а равно убийство матерью

¹ Франковски С., Гольдман Р., Лентовска Э. Верховный Суд США о гражданских правах и свободах. Варшава, 1997, с.40.

новорождённого ребёнка в условиях психотравмирующей ситуации или в состоянии психического расстройства, не исключающего вменяемости».

В развитие Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан и названного Постановления Правительства РФ 11 июня 1996 года был принят приказ Минздравмедпрома № 242 « О перечне социальных показаний и утверждении инструкций по искусственному прерыванию беременности». Дополнительными гарантиями недопущения злоупотреблений и соблюдения законодательства при проведении операции по искусственному прерыванию беременности по социальным показаниям выступают введённые им некоторые ограничения. Так, п. 1.2 Приказа закрепляет, что аборт проводится в учреждениях государственной или муниципальной системы здравоохранения, получивших лицензию на указанный вид деятельности. Согласно Инструкции о порядке разрешения операции искусственного прерывания беременности по социальным показаниям данный вопрос решается не единолично, а комиссией в амбулаторно-поликлиническом или стационарном учреждении в составе врача акушера-гинеколога, руководителя учреждения (отделения), юриста по письменному заявлению женщины, при наличии заключения о сроке беременности, установленному врачом акушером-гинекологом. Необходимо представление соответствующих юридических документов, подтверждающих социальные показания - свидетельство о смерти мужа, свидетельство о разводе, решение суда о лишении родительских прав, документы, подтверждающие инвалидность 1-2 группы мужа и т.д. Существенным пробелом является отсутствие закрепления особого порядка разрешения операции по искусственному прерыванию беременности в результате изнасилования. Общий порядок, при котором женщина должна будет подтверждать данный факт, будет причинять только дополнительные нравственные страдания. Представляется, что возможность данной операции должна предоставляться при проведении медицинской экспертизы. В случае отказа Женщине должен выдаваться соответствующий медицинский документ, предоставляющий ей такую возможность в будущем и без прохождения общего комиссионного порядка.

При наличии медицинских показаний главным условием проведения операции по искусственному прерыванию беременности являйся согласие женщины, которое по общим правилам должно быть добровольным и информированным. Срок беременности в данном

случае юридического значения не имеет. Критерием установления медицинских показаний являются сохранение жизни матери, а также рождение нормального здорового ребёнка. К ним относятся: сифилис, ВИЧ-инфекция, злокачественные опухоли, состояние физиологической незрелости, угасание репродуктивной функции женщины и т.д. В качестве медицинского показания для искусственного прерывания беременности может выступать и иное заболевание, «при котором продолжение беременности и роды представляют угрозу жизни или ущерба для здоровья беременной или новорождённого». В таком случае вопрос прерывания беременности решается индивидуально.¹ Решение также принимается комиссией в составе врача акушера-гинеколога, руководителя учреждения (отделения), врача-специалиста в области рассматриваемого заболевания.

Помимо указанных условий и ограничений при обращении женщины для получения направления на операцию врач акушер-гинеколог производит обследование для определения срока беременности и установления отсутствия медицинских противопоказаний к операции. При наличии острых инфекционных заболеваний, острых и подострых воспалительных процессов женских половых органов, иных аналогичных заболеваний вопрос о направлении решается после излечения. Также перед направлением необходимо сдать анализ крови на RW, проводится бактериологическое исследование мазков из влагалища, цервикального канала и уретры (п.6 Инструкции о порядке проведения операции искусственного прерывания беременности). При прерывании беременности в поздние сроки проводится полное клиническое обследование, регламентированное для полостных хирургических операций.

На основе вышеизложенного можно сделать вывод, что Российское законодательство подробно регулирует проведение операции по искусственному прерыванию беременности, представляя женщине самостоятельно решать вопросы данной операции. Однако пользование данным правом ограничивается рядом условий, главным из которых является срок беременности. Основанием введения такого условия служат защищаемые публичной властью блага: права неродившегося ребёнка, здоровье матери.

Как было отмечено выше, пользование противозачаточными средствами в некоторых странах долгое время запрещалось. Объяснени-

¹ См. Малеина М.Н. Человек и медицина в современном праве. М. 1995, с. 102.

ем служило также право на жизнь тех детей, рождение которых предотвращается таким образом. Ортодоксальная идеология католической церкви также основывала такое мнение недопустимостью вмешательства в Божественное провидение. В декабре 1991 года папа Иоанн Павел II в своём Апостольском послании (письме к клиру) подтвердил, что римско-католическая церковь запрещает развод, аборты, пробные браки и контрацепцию.

Следует отметить, что повсеместное введение в юридическую практику США «прайвеси» - неприкосновенность частной жизни произошло именно благодаря рассмотрению Верховным судом США закона запрещающего контрацепцию даже супругам. Закон штата Коннектикут с 1879 года «запрещал любому лицу под страхом уголовного наказания (штраф от 50 долларов и выше или лишение свободы от 2 месяцев до одного года) использовать «любой медицинский препарат, лекарственное средство или медицинский инструмент с целью предупреждения зачатия». Лицо, способствовавшее совершению этого преступления, - врач, дававший совет и консультации относительно правильного употребления контрацептивов, - могло быть отдано под суд не просто как соучастник и пособник, а как «если бы он выступал как исполнитель преступления»¹. Медицинские работники и наказывались по данному закону. В течение 1940-50-х годов законодательные органы штата не смогли принять предлагаемые поправки к данному закону. В конце 50-х годов один из врачей и три его пациентки инициировали судебную проверку закона на предмет конституционности. Судебные органы Коннектикута признали правила конституционными, а женщинам было предложено воздержание как способ предупреждения от беременности. Верховный суд США отказался рассматривать апелляцию по причине отсутствия угрозы уголовного преследования.

«Ответом» стало открытие центра Лиги планирования рождаемости (1 ноября 1961 г.) всё тем же доктором-гинекологом Бакстоном и исполнительным директором Лиги Этель Гризвольд. Центр проработал 10 дней до ареста основателей Центра и их наказания Штрафом в размере 100 долларов. Судебные инстанции штата подтвердили правомерность наказания, пока дело вновь не оказалось в Верховном суде США. «Здесь мы имеем дело с правом на непри-

¹ Власихин В. Круzens против Департамента здравоохранения штата Миссури // Российская юстиция. 2000. № 10, с. 50.

косновенность частной жизни, которое старше Билля о правах, старше даже, чем наши политические партии или система просвещения», - было отмечено в решении Суда¹. Придание «прайвеси» конституционной защиты в самом Суде вызвало неоднозначную оценку, признавая бессмысленность закона, судьи в особых мнениях отмечали, что Конституция отнюдь не предусматривает данное право. Однако судебный прецедент, в первую очередь, имел направленность на супружеские пары.

В 1972 году в решение по делу *Eisenstadt v. Baird* Суд рассмотрел правила штата, запрещающие предоставление противозачаточных средств лицам, не состоящим в браке. Практически, как и в упомянутом выше деле, основанием уголовного обвинения стали «провокационные» действия Бэрда, вручившего на своей лекции тюбик спермицидного крема незамужней студентке. Суд, правда, ушёл от придания конституционной защиты праву, обосновав правом на равную защиту со стороны закона - «В контексте доступности противозачаточных средств гражданское состояние не может стать основанием для дифференциации с точки зрения принципа равной защиты со стороны закона»².

Приведённое выше показывает, насколько тонкая существует грань между различными личными правами, в какой тесной взаимосвязи они находятся и как важно определить содержание каждого из них, чтобы реальная оценка пределов ограничений соответствовала принципам правового государства.

Право на неприкосновенность частной жизни лиц, состоящих на публичной службе, и свобода слова

Одним из главных элементов характеристики государства как демократического является закрепление принципа гласности в деятельности государственных органов. Тем самым фиксируется возможность граждан осуществлять постоянный контроль за должностными лицами. Их деятельность в правовом государстве подчинена праву, воле народа. Согласно статье 3 Конституции РФ только народ является носителем суверенитета и единственным источником власти.

¹ Франковом С., Гольдман Р., Лентовска Э. Верховный Суд США о гражданских правах и свободах. Варшава, 1997, с. 35.

² Там же, с. 37.

Таким образом, он может постоянно спрашивать с лиц, чьи действия направлены на исполнение его воли, насколько добросовестно и честно осуществляют они свое предназначение. Поскольку взаимоотношения «государство-общество-личность» носит гораздо более сложный характер, чем в древних государствах, особую актуальность приобретает регулирование проблем, связанных с информационной обеспеченностью населения, с одной стороны, и с защитой права на неприкосновенность частной жизни государственных служащих, с другой стороны. Любое лицо, непосредственно выполняющее (претворяющее) волю государства, вправе рассчитывать на особую защиту со стороны государства. К тому же такое лицо является таким же гражданином, обладающим правами и свободами. Нахождение баланса интересов между этими благами - задача, которая должна быть выполнена юридической наукой. В свете поднимаемой проблемы актуальными выглядят два аспекта: подчинённость частной жизни публичного служащего общественным интересам, когда само государство может контролировать её специальными способами, и степень освещения частной жизни указанных лиц средствами массовой информации.

Ещё 26 августа 1789 года Декларация прав человека и гражданина в статье 15 зафиксировала: «Общество имеет право требовать отчета у каждого должностного лица по вверенной ему части управления». Реальным проявлением подобного принципа является закрепление права на свободу слова и распространение информации. Свобода слова гарантируется и в Российской Федерации (статья 29 Конституции РФ). Однако, пользование данным правом (как в принципе, и любым) налагает на гражданина и определенные обязательства: оно не должно нарушать права и свободы других лиц. Европейская Конвенция о правах и свободах человека дополнительно в пункте 2 статьи 10 закрепляет, что свобода слова предполагает соответствующие обязанности и ответственность. Главным ограничением в регулировании данного вопроса выступает право на неприкосновенность частной жизни.

В любом государстве особое внимание всегда уделяется частной жизни лиц, состоящих на публичной службе. К этой категории граждан относятся представители государства, общества, социальных групп, публичных корпораций, выражающих публичный интерес, опосредующий не волю какой-либо личности, а касающийся всего государства, всех граждан, всего общества. Тем более, что именно

вокруг публичных служащих возникают наиболее жаркие дискуссии о защите частной жизни. Это подогревается и периодически возникающими скандалами. Достаточно вспомнить скандальные показы эротических сцен, снятых скрытой камерой, с уже бывшими высокопоставленными государственными чиновниками.

Большая часть лиц, состоящих на публичной службе, состоит из государственных служащих. К тому же нормативное регулирование более чётко регулирует именно вопросы специального статуса государственных чиновников.

Федеральный закон «Об основах государственной службы РФ» закрепляет, что «государственным служащим является гражданин РФ, исполняющий в порядке, установленном федеральным законом, обязанности по государственной должности государственной службы за денежное вознаграждение, выплачиваемое за счет средств федерального бюджета или средств бюджета соответствующего субъекта РФ». Причем закон не дает исчерпывающий перечень государственных служащих. Отдельные виды регулируются Конституцией РФ, Федеральными Конституционными законами, иными федеральными законами. Отдельно, например, регламентируется статус Президента РФ (Конституцией РФ), статус судьи Конституционного Суда РФ (Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде РФ»), статус члена Правительства РФ (Конституция РФ и Федеральный конституционный закон «О Правительстве РФ»), статус сотрудника милиции (Закон РФ «О милиции») и так далее.

Государственный чиновник выполняет служебные функции. Вне работы он не представляет от своего имени государство, а действует как частное лицо. Нет, наверно, смысла останавливаться более подробно на том, что служебная деятельность должна быть гласной¹. Должна ли быть гласной частная жизнь служащего? Ещё Платон в своём бессмертном произведении «Государство» высказал, что правители должны отличаться особыми человеческими качествами. Данное отличие предполагает, что человек - особый не только во время исполнения служебных обязанностей. Несоответствие данному критерию означает, что этот человек не сможет достойно представлять интересы государства. На каком-то этапе он «сорвётся».

¹ Речь не идёт об исключениях, когда и служебная деятельность строится на конфиденциальной основе. Например, деятельность спецслужб, либо при отнесении информации, которой оперируют служащие, к государственной тайне.

Одновременно традиционно считается, что государственный служащий олицетворяет авторитет государства. Как правильно отмечает Ги Брэбан, «считается, что некоторые действия и высказывания могут нанести ущерб достоинству службы, что аморальное поведение, и в особенности дерзкое поведение, может повлиять на престиж администрации и репутацию служащего»¹. Следует рассмотреть в каких случаях информация, являющаяся частной жизнью, приобретает общественный характер, а также какой механизм установления баланса интересов закреплён в действующем российском законодательстве в вопросах конкуренции частной жизни государственных служащих и свободы слова.

При поступлении на государственную службу Федеральный закон «Об основах государственной службы РФ» не предъявляет к кандидату особых требований, связанных с сообщением им каких-либо фактов, не относящихся к его профессиональным навыкам, носящих сугубо личный характер. Пункт 3 статьи 21 лишь обязывает гражданина предать огласке, то есть сообщить в соответствующую кадровую службу, медицинские сведения (п.п. 1 - он не должен быть недееспособным, п.п. 3 - не должно быть заболевания, препятствующего исполнению функциональных обязанностей по службе), некоторые элементы семейной тайны (орган вправе выяснить будет ли в последующем иметь место близкое родство или свойство с государственным служащими, если их служба связана с непосредственной подчиненностью или подконтрольностью одного из них другому - п.п. 5). П. 4 статьи 21 закрепляет, что гражданин представляет при поступлении медицинское заключение о состоянии здоровья. В соответствии с Основами законодательства РФ об охране здоровья граждан данный документ охватывается понятием врачебная тайна.

В соответствии со статьей 21 и 12 гражданин представляет информацию о полученных им доходах и имуществе, принадлежащем ему на праве собственности, являющимися объектами налогообложения. Иными словами законодательство не ставит в зависимость возможность поступления на государственную службу от личностных характеристик. Соискателя должности не могут заставить пройти психологическое тестирование, представить рекомендательные письма, отражающие его навыки, хобби, увлечения и т.д.

Одновременно при подборе сотрудников правоохранительных органов государство вправе устанавливать более жёсткие критерии

¹ Брэбан Г. Французское административное право. М, 1988, с. 329-330.

отбора, в том числе и связанные с раскрытием элементов частной жизни. Это предопределяется социальной ответственностью, возлагаемой на такого служащего. Так, статья 19 Закона РФ «О милиции» фиксирует право поступления на службу в милицию граждан, способных «по своим личным и деловым качествам... исполнять возложенные на сотрудников милиции обязанности». Аналогичное требование имеется и в статье 16 Федерального закона «Об органах Федеральной службы безопасности в РФ» и в законе РФ «О федеральных органах налоговой полиции». Более того, Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, разрешает собирать данные, необходимые для принятия решений, например, о допуске к сведениям, составляющим государственную тайну, по обеспечению безопасности органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность и так далее (статья 7 закона содержит 6 оснований).

Таким образом, можно сделать вывод, что при подборе кадров на замещение вакантных должностей государственной службы, государственному органу может стать известна значительная по объему информация, относящаяся к частной жизни: медицинское состояние, имущественное положение, привычки, навыки, компрометирующие связи и другое. Данная информация относится к служебной тайне, государственный орган даже при отказе в принятии на вакантную должность не имеет права предавать её огласке. Законодательство, наоборот, дополнительно гарантирует, какие личностные характеристики (религия, раса, национальность ... ст. 21 Федерального закона «Об основах государственной службы в РФ») не должны учитываться при решении вопроса о поступлении на службу.

Обретая статус государственного служащего, гражданин приобретает специальный статус. Прохождение государственной службы отражается в личном деле, которое ведется кадровой службой. Причем ведение нескольких личных дел одного государственного служащего не допускается. Следует также отметить, что государственный служащий не утрачивает права на неприкосновенность частной жизни. Он также имеет право на индивидуальную автономию, проявляющуюся в установлении неформальных связей, выборе сексуального партнера, приверженности своим привычкам, навыкам, хобби. Закон «Об основах государственной службы РФ» гарантирует следующую гарантию права на неприкосновенность частной жизни государственного служащего: «Сбор и внесение в личные дела и реестры

государственных служащих сведений об их политической и религиозной принадлежности, о частной жизни запрещается».

При анализе механизма защиты права на неприкосновенность частной жизни государственного служащего нельзя не раскрыть способы противодействия нарушению данного права, а также гарантии того, что полученная информация не будет использоваться для нанесения ущерба. Анализируя Федеральный закон «Об основах государственной службы РФ», иные законы, определяющие статус отдельных государственных служащих, можно прийти к выводу, что данный правовой материал практически не содержит норм, посвященных защите рассматриваемого права государственных служащих. Любой из этих законов содержит, в первую очередь, гарантии нераскрытия информации, переданной гражданами государственным органам для осуществления их законной деятельности. Законодатель исходит из того, что функции и задачи государственных органов определяют характер его целевой направленности на сбор, обработку, систематизацию информации. Для достижения этих целей и задач государственный орган вправе истребовать необходимые ему сведения, производить опрос граждан, получать объяснения. Государственным служащим приходится непосредственно общаться с гражданами. Результатом всего этого может быть консолидация информации, относящейся к частной жизни человека, обработка её, хранение в базах данных. Естественно государство должно создать правовой барьер незаконным посягательствам на получение этих данных для последующего использования в целях нанесения какого-либо вреда гражданам. Поэтому и приоритетным направлением в законодательном регулировании и выступает фиксация гарантий прав граждан. Защите же права на неприкосновенность частной жизни самого государственного служащего каких-либо специальных норм в законодательных актах не посвящается.

Однако, проведя анализ прав государственного служащего (ст.9 Федерального закона), можно выделить некоторые элементы защиты данного права. Во-первых, п.7 ч.1 ст.9 ФЗ «Об основах государственной службы РФ» закрепляет: Государственный служащий имеет право на ознакомление со всеми материалами своего личного дела, отзывами о своей деятельности и другими документами до внесения их в личное дело, приобщение к личному делу своих объяснений. Как уже было отмечено, ведение нескольких личных дел не допускается. Таким образом, государственный служащий имеет право на

доступ к документированной информации о самом себе. В случае обнаружения искаженных данных, он имеет право на уточнение этой информации, причём данное требование распространяется также на сведения, ещё незанесенные в его личное дело. Также согласно ст. 14 ФЗ «Об информации, информатизации и защите информации» служащие имеют право знать, кто и в каких целях использует или использовал эту информацию. При этом информация предоставляется бесплатно. Отказ может быть обжалован в судебном порядке.

Кроме этого, так как статья 8 закона «Об основах государственной службы РФ» закрепляет запрет на сбор и внесение в личные дела и реестры государственных служащих сведений об их политической и религиозной принадлежности, о частной жизни, было бы более последовательным закрепить право требовать уничтожения таких сведений. Условием такого требования будет нарушение установленного федеральным законом запрета, выявленное служащим при ознакомлении со своим личным делом. В противном случае запрет не подкрепляется гарантиями его соблюдения. Может возникнуть ситуация его прямого нарушения. Служащий имеет право ознакомиться с подобными сведениями, дать свои объяснения. Но есть ли в них необходимость, если информация носит сугубо личный характер и не имеет отношения к профессиональной деятельности?

Пункт 10 части 1 статьи 9 закона «Об основах...» гарантирует государственному служащему право на проведение по его требованию служебного расследования для опровержения сведений, порочащих его честь и достоинство. Данное право лишь отчасти можно отнести к возможному способу защиты права на неприкосновенность частной жизни. Здесь подразумевается опровержение сведений, характеризующих в большей мере профессиональную деятельность гражданина. Иное бы положение наделяло орган (комиссию), проводящую служебную проверку, несвойственными функциями. Только советская практика знала разбирательство элементов частной жизни в трудовом коллективе, первичной партийной организации. Однако, это не означает, что государственный служащий не может воспользоваться способами защиты, определяемых уголовным и гражданским законодательством.

Защита сведений о государственных служащих имеет специфическую направленность. С одной стороны - это защита в целях недопущения принятия каких-либо решений, умаляющих права гражда-

нина, находящегося на государственной службе, лишь на основании фактов из его частной жизни, - например, интимные связи, употребление алкоголя, нетрадиционное хобби. С другой стороны - это защита служащего от распространения информации о частной жизни третьими лицами в целях создания мнения обо всей организации, влияния на это лицо для принятия решений в чьих-либо интересах. Соответственно и методы защиты, имея общие специфические черты, несут в себе и определенные различия.

Общим будет то, что в соответствующем государственном органе, должен присутствовать необходимый режим документов личных дел, предотвращающий их хищение, искажение, подделку, уничтожение. Тем более, что для некоторой категории граждан огласка самого факта наличия правовых связей с представителями власти может привести к негативным последствиям. Наибольшее значение это имеет для сотрудников правоохранительных органов и лиц, оказывающих им помощь на конфиденциальной основе.

По вопросам защиты права на неприкосновенность частной жизни уже нарабатывается судебная практика, которая идёт пока «пробными шажками». В этой в части интересным представляется дело по иску А.П. Бовта, занимавшего должность директора Департамента охраны Верховного Совета РФ, уволенного по п. «л» ст. 58 Положения о службе в органах внутренних дел РФ за совершение проступков, не совместимых с требованиями, предъявляемыми к личным, нравственным качествам сотрудников ОВД. Верховный Суд РФ установил, что увольнение сотрудника милиции возможно только на основании Закона РФ «О милиции». Поскольку подобное основание Данным законом не закрепляется, то и соответственно увольнение на основании данного пункта подзаконного акта незаконно: «... Положение, будучи утверждённым постановлением Верховного Совета Российской Федерации, законом не является, в то время как дополнительные основания увольнения - не перечисленные в ст. 19 Закона «О милиции» - согласно той же статьи могут устанавливаться только Законом»¹. Суд ушёл от рассмотрения ценности охраняемого блага - частной жизни сотрудника ОВД. Решение принято на основании формального нарушения закона - основания увольнения, без анализа самой возможности установления подобного основания. Законодатель при этом ввёл в последующем изменение в статью 19 Закона,

¹ Судебная практика по гражданским делам (1993-1996 гг.). М., 1997, с.159.

зафиксировав возможность увольнения за совершение проступка, порочащего честь сотрудника милиции (пункт «м»)¹.

Мировая практика исходит из аналогичных критериев, причём зачастую предъявляя жёсткие требования к гражданским служащим. Достаточно вспомнить пример, приведённый Ги Брэбаном. Учитель одной из провинциальных деревушек запил от несчастной любви. На его работе это никак не отражалось, но после работы напивался в кафе. Ученики видели его идущим в состоянии алкогольного опьянения. В результате был уволен за оказание дурного влияния на окружающих и подрыв своего авторитета недостойным поведением Государственный Совет подтвердил законность отстранения от службы².

Следует учитывать, что чем выше пост, занимаемый государственным служащим, тем иначе следует рассматривать соотношение таких благ, как право на неприкосновенность частной жизни и свобода слова. Поднятая проблема не в коей мере не означает то, что эта категория граждан лишается права на неприкосновенность частной жизни. Интересы общества предъявляют более высокие требования к личным качествам тех лиц, от чьей воли зависит принятие решений общегосударственного масштаба. Исполнение государственно-властных полномочий министрами, председателем Правительства РФ, депутатами Государственной Думы РФ и иными представителями власти налагает на этих граждан особую ответственность и особые обязательства. Народ, делегируя им свою власть, вправе предъявлять им и особые требования, в том числе к их поступкам в личной сфере. В этом проявляется их ответственность именно перед обществом, а не перед государством. Такое заключение создает основание политической ответственности, которая по своей природе не является юридической.

Широко известна фраза, пущенная в оборот английским публицистом Джоном Эдвардом Эктоном: «Власть развращает, а абсолютная власть развращает абсолютно. Нет худшего лжеучения чем- то, которое декларирует, будто должность облагораживает человека». Это ставит категорию высших должностных лиц под особый « просвет», в первую очередь, со стороны прессы. Примером и законодательного закрепления такого подхода служит статья 10 Федерального кон-

¹ В ред. Федерального закона от 31.03.1999 года № 68-ФЗ

² Брэбан Г. Французское административное право. М., 1988, с. 330.

итуционного закона « О Правительстве РФ». Если Закон « Об основах государственной службы РФ» закрепляет, что информация об мужественном положении государственных служащих составляет служебную тайну, то упомянутая статья в отношении Председателя Правительства РФ, его заместителей, федеральных министров, наоборот, фиксирует возможность опубликования этих сведений и обязательность направления их Президенту РФ и в Федеральное Собрание.

Вокруг освещения деятельности публичных лиц средствами массовой информации и возникают многочисленные споры, в которых достаточно сложно провести именно юридическую грань. Для разрешения таких споров Указом Президента РФ была создана Судебная палата по информационным спорам¹. В 1997 году был выпущен сборник решений Судебной палаты. Анализ указанных решений показывает, что самих споров относительно проведения разграничительной черты между неприкосновенностью частной жизни и свободой слова немного. Большинство решений связано с характером оценочной деятельности со стороны журналистов. Является ли оценка политика, его официальных высказываний нарушением его субъективного права на неприкосновенность частной жизни. Представляется, что нет.

Журналист в этом случае не раскрывает скрытые элементы жизни лица. Он даёт только оценку тому, что высказано публично, или явствует из поступков или официальных решений объекта критики. Европейский Суд по правам человека также в решении по делу Лингенс против Австрии отметил, что поскольку слова, ставившиеся в вину господину Лингенсу, относились к публичным высказываниям со стороны господина Крайского (федерального канцлера Австрии), «здесь нет необходимости в прочтении статьи 10 в свете статьи 8»².

Причиной вышеназванных ошибок распространения неприкосновенности частной жизни на официальную деятельность государственных служащих является объединение статьёй 23 Конституции РФ данного права и права на защиту своей чести и доброго имени.

¹ Указ Президента РФ от 31.12.1993 г. № 2335.

² В венском журнале «Профиль» Лингенс опубликовал статьи с критикой канцлера за его отношение к национал-социализму и бывшим нацистам. Статья 10 ЕКПЧ гарантирует свободу слова, статья 8 - уважение частной жизни. См. более подробно Европейский суд по правам человека. Избранные решения. М., 2000, с. 526.

Выше уже говорилось о том, что это хотя и взаимодополняющие права, но имеющие различное содержание. Судебные дела с участием официальных лиц и СМИ, аналогичные решения Судебной палаты по информационным спорам при Президенте РФ, решения Европейского суда по правам человека свидетельствуют о том, что зачастую сторонами поднимается вопрос о защите права на неприкосновенность частной жизни, когда суть дела свидетельствует о необходимости защиты чести, достоинства и деловой репутации.

Одновременно защитой права на неприкосновенность частной жизни прикрывается политическая элита, находящаяся у власти, когда желает оказать давление на средства массовой информации, реанимировать своеобразную косвенную цензуру. Отдельные профессиональные просчёты журналистов подаются как систематические нарушения, обусловленные недоработкой в действующем законодательстве. Статья 49 Закона РФ «О средствах массовой информации»¹, закрепляя обязанности журналиста, фиксирует - Журналист обязан получать согласие (за исключением случаев, когда это необходимо для защиты общественных интересов) на распространение в средстве массовой информации сведений о личной жизни гражданина от самого гражданина или его зонных представителей. Следует отметить, что в данном вопросе особая сложность и заключается в определении общественных интересов. Ни один закон, ни любой другой нормативный акт не сможет дать исключительный перечень общественных интересов, которые, в большей мере, определяются разумностью и человечностью. И здесь естественно любое должностное лицо находится под более пристальным вниманием со стороны прессы, с которым ему придётся смириться. Как правильно заметил Эрик Багерстам, занимающийся принципами деятельности СМИ в Швеции, «Молчащая журналистика столь же опасна, как и страдающая словоблудием».

Министр юстиции Швеции подал в отставку из-за публикации в прессе о его торговле акциями, с помощью которых он пытался избежать налоговых платежей. Закона он не нарушал². Будет ли данная деятельность охватываться понятием частной жизни? Либо это публичная деятельность? Будет ли в данном случае присутствовать об-

¹ Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992. № 7. Ст. 300.

² Багерстам Э. Свобода прессы в демократическом обществе. Тарту-Вяллингби, 1992, с. 49.

публичный интерес, оправдывающий публикацию? Ответы на подобные вопросы зависят не только от нормативного закрепления комплекса конституционных прав, но и от господствующих этических ценностей общества, что значительно усложняет работу правоприменителя при возникновении уже юридического спора. Трудность здесь заключается в установлении конкретной границы между частной жизнью и жизнью, имеющей публичный характер. Граница эта зависит от многих факторов, не имеющих правового закрепления - традиции, религия, мнение обывателя, - и к тому же достаточно условна. Урегулировать эти вопросы с помощью детального правового регулирования значит поставить прессу в такие рамки, в которых в конце концов она перестанет быть свободной. Приняв эту точку зрения, свобода слова и средств массовой информации, будет отдана «на откуп» тем лицам, чья деятельность как раз больше всего и подвержена критике: политикам, чиновникам, судьям. В этом случае одни путем принятия норм права будут определять границы свободы слова, другие путем применения этих норм в конкретном деле смогут «шантажировать» прессу угрозой применения мер юридической ответственности. Очень часто из уст политиков можно услышать фразу: «Я рассчитывал на объективность средств массовой информации». Но всегда ли в таких случаях речь идёт о недопущении злоупотребления свободой слова со стороны журналистов. Нередко объективность СМИ понимается всего лишь как отражение точки зрения политического руководителя.

Также можно привести пример из негативной российской практики: 20 апреля 1995 года Судебной палатой по информационным спорам было рассмотрено обращение Председателя ГКАП РФ Л. Бочина в связи с публикацией Э. Черного «Загадочные страницы из биографии члена Правительства» в газете «Известия». В частности, был приведен факт (соответствующий действительности) об изменении Л. Бочина своей фамилии. Опуская недостоверные сведения, ставшие также предметом рассмотрения Палатой, следует остановиться именно на изменении фамилии. Она была изменена в соответствии с действовавшим на том момент законодательством, ничего ни аморального, ни противоправного сей поступок в себе не содержал. Соответственно, журналист, предавая огласке, факт личной жизни Л.А. Бочина, не руководствовался общественными интересами, а пытался дискредитировать его.

Представляется, что право на неприкосновенность частной жизни высших должностных лиц не должно служить ограничением сво-

боды слова в демократическом государстве. Распространяемая о них информация должна соответствовать только одному критерию - действительности. Однако, журналист должен придерживаться этических правил: оправданность предания огласке сведений, составляющих частную жизнь, интересами общества. Законодательство должно содержать в этой части, в первую очередь, гарантии от злоупотреблений со стороны государственных органов в вопросах привлечения к различным видам юридической ответственности.

Ещё раз можно уверенно сказать, что частные лица в этих вопросах наиболее защищены. Любое негативное упоминание может серьёзно отразиться на социальном статусе человека, причинить нравственные страдания. Так, в решении от 19 октября 1995 года Судебная палата по информационным спорам отметила, что «распространение подобной информации умаляет нравственные начала, способно нанести ощутимый моральный вред». Решение касалось программы А.Невзорова «Дикое поле», которая была посвящена особенностям сексуального поведения в женских колониях. Кодекс журналистской этики призывает с особой тщательностью подходить к вопросу опубликования имён тех или иных событий. Российское законодательство дополнительно пошло по пути специальной защиты прав несовершеннолетних. Статья 41 Закона РФ «О средствах массовой информации» закрепляет: «Редакция не вправе разглашать в распространяемых сообщениях и материалах сведения, прямо или косвенно указывающие на личность несовершеннолетнего, совершившего преступление либо подозреваемого в его совершении, а равно совершившего административное правонарушение или антиобщественное действие, без согласия самого несовершеннолетнего и его законного представителя.

Редакция не вправе разглашать в распространяемых сообщениях и материалах сведения, прямо или косвенно указывающие на личность несовершеннолетнего, признанного потерпевшим, без согласия самого несовершеннолетнего и (или) его законного представителя».

По-видимому, по поднятым проблемам необходимо наиболее осторожно воспринимать тенденцию восполнения правовых пробелов с помощью принятия нормативного акта. Следует в большей мере отталкиваться от конкретных судебных прецедентов и решений, принимаемых специализированными органами по рассмотрению информационных споров. Следует учитывать опыт, накопленный соот-

ветствующей Судебной платой при Президенте РФ. К сожалению, остаётся констатировать, что первый пыл, который сопровождал послание Палаты, давно уже угас под покровом разворачивавшихся политических баталий. Возможно только в будущем российское общество поймёт необходимость наличия такого юрисдикционного органа, который, совмещая доверие общества и журналистского братства с государственным статусом, сможет выработать эффективные принципы работы СМИ, не нарушающие право на неприкосновенность частной жизни.

К вопросу о методологии изучения права на неприкосновенность частной жизни

Прежде чем перейти к анализу гарантий субъективного права - права на неприкосновенность частной жизни, хотелось бы выделить несколько общих замечаний, определявших саму методологию изучения данного права. Обращает внимание, что общие выводы базируются на общетеоретических конструкциях, которыми пользуются как отраслевые науки, так и теория государства и права, которая обобщает учение о правах человека. Эти выводы носят принципиальный характер и могут быть использованы при изучении очень многих прав человека.

Любое право несёт в себе две стороны: нормативное содержание и социальное отношение. Первая должна, как представляется, анализироваться, исходя из позитивистского отношения к праву. Вторая должна учитывать, что частная жизнь - это ещё и продукт социального обмена, когда общество самостоятельно вырабатывает содержание данной ценности. С помощью социальных регуляторов создаётся единая конструкция фактических общественных отношений.

В первом случае следует отметить, что право на неприкосновенность частной жизни - право, закрепляемое нормативными актами, относящимися к различным отраслям права. То есть при его анализе должна учитываться и возможная «разноголосица» предметов и методов отраслей. Статья 23 Конституции РФ - норма конституционного права. Статья 150 Гражданского кодекса РФ - норма гражданского права. Право на неприкосновенность частной жизни гарантируется (регулируется, защищается) нормами административного права (Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности», «Об информации, информатизации и защите информации» и т.д.), жилищного права (Жилищный кодекс РСФСР), семейного права (Се-

мейный кодекс РФ). Можно оговориться, что тем самым находит своё отраслевое проявление конституционное право. М.Н.Малеина придерживается иной точки зрения: «... необходимо всё же отличать конституционное право от отраслевого субъективного права с одноимённым или похожим названием»¹. Действительно, подобное замечание справедливо. Но указанные отрасли права относятся по своей общей классификации к различным системам права: частной (гражданское, семейное право) и публичной (конституционное, административное). Методы правового регулирования, используемые указанными отраслями различны. Если публичные отрасли права в большей мере регулируют пределы осуществления, ограничения права, статус каждого субъекта, причём государство жёстко определяет модели правоотношений, возникающих в рамках реализации данного права. Отрасли частного права основываются на отказе приоритета инициативы государственной власти: «Здесь государственная власть принципиально воздерживается от непосредственного и властного регулирования отношений; здесь она не ставит себя мысленно в положение единственно определяющего центра, а, напротив, предоставляет такое регулирование множеству иных маленьких центров, которые мыслятся как некоторые самостоятельные социальные единицы, как субъекты прав»². Закрепление данного права в различных нормативных актах не означает, что содержание данного права должно диаметрально отличаться. Право на неприкосновенность частной жизни должно оставаться таким же по содержанию и структуре изначально и не изменяться в зависимости от нормативного закрепления в том или ином документе (будь то Гражданский кодекс РФ или закон «Об оперативно-розыскной деятельности).

По-видимому, отчасти краеугольным камнем спора является возможность исковой защиты конституционного права. Причём здесь следует различать два аспекта: право инициировать иск при наличии нарушения права и право подачи в суд требования положительных

¹ Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. М., 2001, с.9. В своей работе М.Н.Малеина отстаивает приоритет гражданско-правовой (или иной отраслевой) природы субъективных прав, обосновывая, что многие права рассматривались как конституционные только из-за отсутствия специального законодательства, раскрывающего их содержание — «...от отраслевой принадлежности зависит и возможность использования отраслевых способов защиты субъективных прав» (с. 10).

² Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998, с. 39.

или превентивных действий от административных органов в целях недопущения нарушений права. Думается, не следует повторять, что конституционное право - это «живое» право, которое может осуществляться любым гражданином на территории Российской Федерации. Способы защиты, характерные для различных отраслей права, отнюдь не приводят к антагонизму и разведению прав по «отраслевым квартирам».

Опять же, если рассматривать проявление регулирования права на неприкосновенность частной жизни, мы неизбежно приходим к тому, что основа регулирования зиждется на принципах административного права. Конституция РФ лишь вводит общее понятие, отдавая регулирование права «на откуп» законодателю. Его реальное наполнение возможно только в аспекте отраслевых нормативных актов, причём, имеющих, прежде всего, свой предмет регулирования в сфере «гражданин - орган государственной власти (публичный орган)». А это уже сфера административно-правовых отношений. Почему именно административное право? Следует пояснить.

Многие цивилисты считают, что гражданское право не регулирует, а только защищает личные неимущественные права. « По мнению других, правовое регулирование и охрана прав не могут противопоставляться, поскольку регулирование означает охрану прав, а их охрана осуществляется путем регулирования соответствующих отношений»¹, - причём указанная точка зрения стала практически господствующей. Однако регулирование нематериального блага гражданским правом в аспекте взаимоотношений «человек - государство» будет не полным, так как не будет охватывать положительные действия со стороны государства - второй стороны отношений. Деятельность государственных органов - публичная деятельность. А ведь именно гарантией недопущения произвола со стороны государства выступает закрепление права на неприкосновенность частной жизни. Сама неприкосновенность, прежде всего, направлена на установление внешней границы по отношению к деятельности публичных органов. Хорошей иллюстрацией данного вывода может выступать «открытие» данного права в США. Верховный Суд США стал говорить о конституционной защите «прайвеси» («право на неприкосновенность частной жизни») при рассмотрении действий государственно-

¹ Гражданское право. Часть 1 / Под ред. Ю.К.Толстого, А.П.Сергеева. М., 1996, с.270.

го органа по отношению к гражданину (Дело Гризвольд). Тем самым мы неизбежно попадаем в сферу административно-правового регулирования. Административное право Российской Федерации находится в настоящее время в поисках выявления чёткого понятия предмета отрасли права. Господствующая точка зрения заключается в том, что предметом являются « общественные отношения, возникающие, изменяющиеся и прекращающиеся в процессе практической реализации исполнительной власти»¹. Так, Ю.А.Тихомиров считает, что административное право как отрасль права «есть система правовых норм, издаваемых органами исполнительной власти и другими органами для организации и функционирования государственного управления, регулирования функционально-юридических режимов, обеспечения юрисдикционно-охранительной деятельности и участия граждан»². По мнению А.Б.Агапова, «административное право представляет собой самостоятельную правовую отрасль, объектом которой является аналитическое исследование общественных отношений в сфере деятельности исполнительной власти»³. Подобные дефиниции, несмотря на свою простоту, не отражают полной специфики предмета административного права. Получается, что человек со своими правами и свободами где-то « потерялся». Д.Н. Бахрах справедливо условно разделяет предмет административного права на две части, основная из которых - взаимоотношения административной власти с гражданами и организациями⁴. Определение предметологии только кругом общественных отношений в сфере реализации исполнительной власти или государственного управления не будет

¹ Административное право / Под ред. Ю.М.Козлова, Л.Л.Попова. М., 1999, с. 23. Учебник рекомендован Министерством общего и профессионального образования РФ в качестве учебника для студентов вузов по юридическим специальностям.

² Тихомиров Ю.А. Курс административного права и процесса. М., 1998, с. 79.

³ Агапов А.Б. Федеральное административное право России: Курс лекций. М., 1997, с.42.

⁴ См. более подробно Бахрах Д.Н. Административное право. М., 1996, с. 3. Разделение на две части предмета административного права характерно для юридической науки в зарубежных странах. Тем самым выделяется как бы « внутренне административное право» (отношения внутри государственного аппарата) и «внешнее административное право» (отношения государственных учреждений с частными лицами, негосударственными организациями).

точным, «и тем самым обедняет не только сам предмет, но и административное право в целом»¹.

В Соединённых Штатах Америки центром внимания административного права выступают взаимоотношения публичных учреждений с частными лицами. Американцы «интересуются «внутренним административным правом», регулирующим внутреннюю структуру администрации и взаимоотношения между отдельными её составными частями, лишь в той мере, в какой это необходимо для оказания юридической помощи частным лицам»². Характерной ёмкой фразой по поводу административного права США стало мнение Э. Фройнда - « административное право - это право, контролирующее администрацию, а не право, созданное администрацией».

Статья 2 Конституции РФ провозгласила человека высшей ценностью в государстве. Это не просто дань уважения политическим изменениям на постсоветском пространстве. Тем самым Российская Федерация иначе определяет саму сущность права. Как бы не были избиты эти фразы, но государство становится подсобным инструментом для человека, а не человек - всего лишь предмет регулирования. Настала пора расстаться с теорией Левиафана, государства, поработившего своего собственного создателя - личность. Государство не должно оцениваться с позиции отвлечённого понятия, независимого от общества. Воинствующий этатизм утратил былое значение. Ещё несколько столетий назад общество, построенное на сословном разделении, нуждалось в обосновании государства как независимой социальной конструкции. Господствующее сословие тем самым подводило научную основу под организованное насилие, как фундамент государственной власти (основная функция при этом - сохранение правящего строя, подавление дезорганизующих начал, способствование развитию только определённой категории лиц). Сейчас государство должно рассматриваться как институт, обеспечивающий об-

¹ Габричидзе Б.Н., Елисеев Б.П. Российское административное право. М., 1998, 4. Авторы учебника также акцентируют внимание на том, что аспект «человек и власть» теряется при таком подходе. Хотя именно административное право призвано урегулировать данные отношения. Следует также отметить, что континентальная практика административного права свидетельствует об определении предмета через такие категории как государственное или публичное управление (См. Административное право зарубежных стран. М., 1996, Брэбан Г. Французское Административное право. М., 1988.).

² Административное право зарубежных стран. М., 1996, с. 5.

щий интерес, помогающий любому человеку самореализовываться как индивидуальность, как член социального коллектива. Последствиями такого отношения выступают размывание публичных и частных начал в праве. С одной стороны традиционно публичные сферы включаются в частное право, с другой частное право всё больше ощущает на себе влияние публично-правовых начал.

Долгое время государство обладало иммунитетом от какой-либо ответственности. В настоящее время государство может выступать и как равнозначный участник гражданско-правовых отношений. Гражданин может обратиться с жалобой на государство в международные инстанции. Сама жалоба звучит - «Гражданин Х против Российской Федерации». Даже в публичной деятельности государство использует частно-правовые механизмы. Как отмечают административисты ФРГ, «частноправовые действия являются формами административной деятельности; содействие общественным интересам происходит в частноправовой форме». Это позволяет говорить о становлении такого конгломерата как административное частное право¹.

Одновременно указывает Ф.Фабрициус: «В сфере частного права очевидны по крайней мере первые симптомы отступления от односторонне индивидуалистической фундаментальной структуры частного права к социальному частному праву, так же как и развитие частного социального права»².

В этом контексте нельзя не упомянуть рассказ одного из административистов России на семинаре, посвящённом проблемам административной юстиции (Москва, декабрь 2000 г., РУДН). Суть заключается в следующем, что французы-юристы, присутствовавшие на обсуждении этапов земельной реформы, задали, в первую очередь, один вопрос: «Если гражданин пожелает получить земельный участок для строительства дома, гаража, дачи, то какой государственный орган призван помочь ему в этом?». Наше общее понимание права и государства пока не фиксирует важность перемены оси вращения в этой системе координат. Такой осью, представляется, должен стать, прежде всего, человек.

С учётом вышеизложенного хотелось бы отметить, что первоочередное значение в регулировании прав человека должно быть всё-

¹ Рихтер И., Шупперт Г.Ф. Судебная практика по административному праву. М., 2000, с.92.

² Фабрициус Ф. Права человека и европейская политика. М., 1995, с. 34.

хаки отдано административному праву. Административное право регулирует отношения «человек - государственный орган». Именно в борьбе с произволом государственной власти рождались основные права и свободы человека. В настоящее время значение административного права актуализируется изменением места и роли государства. Человек не может в одиночку полноценно добиваться реализации и защиты своих прав. В этом ему должно помогать государство в лице публичных учреждений. И в этом случае отношения, возникающие по поводу реализации прав и свобод, будут носить характер административных. Государственный орган должен руководствоваться прежде всего в своей деятельности обязанностью обеспечения реализации прав и свобод гражданина. Так и в публичной деятельности государственных органов должны присутствовать частно-правовые формы, направленные на поощрение инициативности самих граждан.

В указанной проблематике выявляется ещё один достаточно интересный (с точки зрения юридической науки и практики) конституционный аспект, носящий технический характер. Гражданское право - предмет ведения Российской Федерации. Административное право - предмет совместного ведения Российской Федерации и её субъектов. А это означает различную иерархическую систему законодательных источников. В первом случае любой нормативный акт субъекта РФ изначально не подлежит применению, так как будет принят в нарушение принципа федерализма. Во втором случае закон может приниматься как на уровне Российской Федерации, так и на уровне субъекта РФ. Одновременно Конституция РФ различно подходит к сферам регулирования прав человека, разделяя их по предметам ведения. Так, статья 71 Конституции РФ, закрепляя предмет ведения РФ, относит к нему (пункт «в»)- «регулирование и защита прав и свобод человека и гражданина». Статья 72 Конституции РФ фиксирует, что в совместном ведении находится (пункт «б»)- «защита прав и свобод человека и гражданина». Одновременно статья 55 Конституции РФ определяет, что ограничения прав и свобод допустимы только федеральным законом.

Реальное претворение названных правил в жизнь можно проследить на нормотворческой практике субъектов РФ. Установление мер ответственности традиционно является одним из вариантов ограничения прав человека. Субъекты РФ, лишённые права регулировать вопросы уголовной ответственности, активно используют возмож-

ность введения административной ответственности за нарушения региональных нормативных актов. В последнем случае закон субъекта РФ будет ограничивать права человека через установление мер ответственности, и его соответствие федеративным принципам разграничения компетенции вряд ли кто сможет оспорить. Хотя налицо - формальное несоответствие статье 55 Конституции РФ. Это означает, что нормы Конституции РФ следует оценивать комплексно. Иными словами - ограничения прав и свобод человека возможно и иным нормативным источником по отношению к федеральному закону. Но не породит ли это другую ситуацию? На уровне субъектов РФ невозможно регулирование прав человека (в том числе и права на неприкосновенность частной жизни), но возможно установление мер административной ответственности за несоблюдение тех или иных правил. Таким образом Конституция РФ допускает фиксацию административных деликтов законом субъекта РФ. Но вряд ли можно сказать, что именно таким способом не осуществляется регулирование права на неприкосновенность частной жизни. Можно проиллюстрировать образным примером. На уровне региона будет недопустимым устанавливать нормы семейного поведения. Налицо - вторжение в сферу федеральной компетенции. Но можно принять закон об административной ответственности за семейные правонарушения, в котором и обозначить перечень противоправных поступков. Всё это служит предпосылкой критического отношения к любому законодательному акту.

Особенностью регулирования личных прав в публичных отраслях является закрепление положительных действий, направленных на оказание помощи со стороны публичных органов в осуществлении права. Причём в некоторых случаях закон может предусматривать положительные действия в отсутствие явно выраженной воли правообладателя. Примерами могут служить законодательные акты в некоторых штатах США, направленные на предотвращение насилия в семье, когда вмешательство в семейную жизнь допускается в определённых случаях не зависимо от того, желают ли об этом члены семьи (причём как осуществляющие насилие, так и пострадавшие).

Одновременно законодательство делает основной упор на установление комплексных мер защиты прав человека, включающие как собственно юридические, так и организационные. Примером могут служить документы, посвящённые регулированию защиты персональных данных при автоматизированной обработке.

Более того, в последующем, когда речь пойдёт о проявлениях института тайны в российском праве, обращает внимание, что основной акцент (в том числе) уделяется фиксации оснований разглашения информации против воли субъекта данных и их обладателя. То есть закон регламентирует не пределы реализации прав (право на неприкосновенность частной жизни не осуществляется при открытии, например, счёта в банке, если говорить о банковской тайне), а основания, когда в соответствии с законом установленный защитный механизм нарушается по инициативе публичного органа. При этом следует учитывать, что временной разрыв между ограничением права и причинением вреда может быть значительным. Гражданин может вообще никогда не узнать о нарушении своих прав (проведение оперативно-розыскных мероприятий)¹.

В основе гражданского права закладывается следующий принцип: «Особенность осуществления личных неимущественных прав состоит в том, что законом определяются не пределы реализации нематериальных благ управомоченным лицом, а устанавливаются границы вторжения посторонних лиц в личную сферу и, если эти пределы нарушаются, допускается применение принудительных мер к их восстановлению. При установлении границ поведения управомоченных и обязанных лиц существенное значение приобретают нормы морали»². Это означает, что при рассмотрении способов защиты личных прав основное значение уделяется тем, которые предусмотрены гражданским законодательством. Вне зависимости от того, гражданин или государственный орган в процессе публичной деятельности нарушают право, в нашем случае, на неприкосновенность частной жизни,

¹ При ограничении права на неприкосновенность частной жизни оперативными мероприятиями сложно говорить и о причинении вреда. Государственный орган собирает информацию - в этом случае цель может быть правомерной: борьба с преступностью. Отсутствует разглашение её, как и применение каких-либо ограничивающих мер на основании полученной информации. Гражданин узнаёт каким-то способом о факте сбора данных. Можно задаться вопросом: как определить негативные последствия для лица? Получается, что нравственные и физические страдания возникают только в силу того, что гражданин узнаёт о том, что кто-то иной собирает о нём данные личного характера. Хотя гражданин может прекрасно осознавать, что полученная информация оглашена не будет, что только соответствующие должностные лица имеют доступ к ней, что она находится под режимом строгой секретности.

² Гражданское право. Часть 1 / Под ред. Ю.К.Толстого, А.П.Сергеева. М., 1996, с.273.

нормативной основой будут служить правила Гражданского кодекса РФ. По-видимому, такая позиция нуждается в корректировке. И прежде всего в вопросах закрепления превентивного контроля и последующего со стороны государственных органов. Первый можно проследить в таком виде, как судебное санкционирование действий, направленных на ограничение права на тайну почтовой связи. Второй можно увидеть в установлении прокурорского надзора, парламентского контроля, обязательного информирования гражданина о сборе в отношении него электронных данных и так далее. Данные аспекты сложно охватить только принципами гражданского права. Практика показывает, что реальная жизнь вносит свои коррективы.

Есть ещё один момент, на котором, по-видимому, нельзя остановиться: В понимании права как категории. Выше было показано, как сложно оценивать право на неприкосновенность частной жизни, если признавать его естественным правом, принадлежащим человеку вне зависимости от его нормативного официального закрепления. Одновременно нормы общественной жизни именно в интимной сфере (в смысле внутренней) мало регулируются нормами официального права, хотя подвержены очень жёсткому нормированию. Здесь мы сталкиваемся с предложенным выше содержанием права - его социальной наполняемостью. Поведение не нуждается во внешнем принуждении, тем более со стороны такого отвлечённого образования как государства. В этом случае присутствуют реально складывающиеся отношения, включающие в себя совокупность прав и обязанностей, привилегий и иммунитетов. Порой такая система становится более жизнеустойчивой чем та, которая предлагается государством.

В этой сфере гражданин может ожидать определённые действия от другого, считая, что на это он имеет полное право (причём мысленно человек может опираться на знания конституционного закрепления права на неприкосновенность частной жизни). Люди выполняют различные социальные роли, в зависимости от которых они приобретают некий статус. Общество считает, например, что высокопоставленные официальные лица находятся под особым «просветом». Этим пользуются, в первую очередь, журналисты. Но ни один правовой акт не закрепляет, что, например, государственные служащие не обладают правом на неприкосновенность частной жизни. С каким явлением мы имеем дело в аналогичных случаях? Следует ли говорить, что здесь проходит граница права и нравственности? Что будет правом, когда общество в силу нравственных сложившихся

устоев фактически игнорирует нормы официального права и реально строит свои отношения, исходя из иных формально-определённых правил? При этом складываются определённые права и обязанности у сторон, осуществляемые добровольно.

Все вышеприведённые тезисы указывают на то, что при анализе личных прав (в данном случае анализе права на неприкосновенность частной жизни) нельзя оперировать жёсткими конструкциями, приводя все понятия к единому знаменателю. Жизнь многообразна, а частная жизнь каждого из нас индивидуальна. Как соотнести право с неправовыми явлениями - моралью, нравственностью - при решении указанных проблем? На этот вопрос, по-видимому, нельзя дать однозначный ответ. И причина, как представляется, прежде всего, в традиционно установившемся подходе к праву как к комплексу формально-определённых, официально установленных правил. Даже беглый взгляд на данное понятие установит огромное количество исключений из общего приведённого правила. «Cogito ergo sum» - «Я мыслю, значит существую», - говорили древние латиняне. «Есть проблема - значит надо искать путь её решения», - такова основа любого познания, в том числе и юриспруденции.

2. ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ОБЩЕСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ ПРИ СБОРЕ И ОБРАБОТКЕ ИНФОРМАЦИИ О ЧАСТНОЙ ЖИЗНИ ГРАЖДАНИНА

Тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, как объект правовой охраны в системе права на неприкосновенность частной жизни.

Конституция РФ 1993 года одновременно обозначив родовую характеристику анализируемого права, что позволяет обозначить его соотношение со смежными конституционными положениями гражданина, выделяет в статье 23 также самостоятельное право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Следует отметить, что данное право имеет более давнюю историю, чем право на неприкосновенность частной жизни.

Данное право следует рассмотреть самостоятельно, как минимум, по следующим причинам.

Во-первых, многие международные документы закрепляют тайну почтовой связи при отсутствии в них права на неприкосновенность частной жизни, поскольку последнее является сравнительно молодым институтом. То же самое можно сказать и о многих зарубежных конституциях.

Во-вторых, именно с помощью ограничения права на тайну почтовой связи возможен тотальный контроль за личностью при минимальных технических затратах, что служит постоянным объектом внимания со стороны спецслужб, а также со стороны некоторых организаций. Поэтому закрепление данного права подчеркивает его важность и ставит под особую защиту со стороны Конституции РФ.

В-третьих, история конституционного развития России исходила из такого отдельного выделения права на тайну почтовой связи.

По этим же причинам данное право нельзя рассматривать как гарантию, так как в силу своего объективного положения и принципиального значения выступает в большей мере как субъективное право.

Одним из существующих ограничений права на тайну почтовой связи, а также существенным вторжением в частную жизнь гражданина является возможность государственных органов проводить оперативно-розыскные мероприятия.

Статья 23 Конституции Российской Федерации содержит императив: «Каждый имеет право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Ограничения этого права допускаются только на основании судебного решения». Тайна считается нарушенной, если сообщается о виде или содержании посланного сообщения, о личности отправителя или получателя или о способах доставки, независимо от того, случайно или умышленно, подслушиваются телефонные переговоры или они записываются на звукозаписывающую аппаратуру.

Под телефонными переговорами следует понимать переговоры абонентов по городской, международной, междугородной телефонной связи, а также с использованием радиотелефонной, радиорелейной высокочастотной / ВЧ/ и космической связи.

Под другими переговорами подразумеваются переговоры, ведущиеся с иных переговорных аппаратов (устройств): селекторных, проводных, радио- и иных технических средств передачи речевой информации¹.

Федеральный закон «О связи»², устанавливающий правовую основу в области связи, применяет как основные термины «электрическая связь» и «почтовая связь». Первая - это всякая передача или прием знаков, сигналов, письменного текста, изображений, звуков по проводной, радиооптической и другим электромагнитным системам. Почтовую связь федеральный закон определяет как вид связи, представляющий собой единый производственно - технологический комплекс технических и транспортных средств, обеспечивающий прием, обработку, перевозку, доставку (вручение) почтовых отправлений, а также осуществление почтовых переводов денежных средств.

Этот же закон в статье 32 особо отмечает, что тайна связи охраняется Конституцией РФ, все операторы связи, то есть физические или юридические лица, имеющие право на предоставление услуг электрической или почтовой связи, обязаны обеспечить соблюдение тайны связи. Как гарантия этого положения выступает правило, что любые ограничения тайны связи допускаются только на основании Судебного решения, а также то, что «информация о почтовых отправлениях и передаваемых по сетям электрической связи сообщениях, а

¹ Данилюк С. Виноградов С. Щерба С. Как прослушать телефонный разговор // Социалистическая законность. 1991. N 2, с.32.

² Собрание законодательства РФ. 1995. N 8. Ст.600.

также сами эти отправления и сообщения могут выдаваться только отправителям и адресатам или их законным представителям». Работники связи за нарушение тайны связи могут привлекаться к ответственности. Практически дублирует вышеназванные положения Федеральный закон «О почтовой связи»¹ - статья 15.

Уполномоченные правоохранительные органы могут совершать действия, ограничивающие тайну связи в соответствии с двумя законами: Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР (в уголовно-процессуальном порядке) и Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» (в административном порядке).

Обращает внимание, отдельные положения уголовно-процессуального законодательства противоречат Конституции РФ. Так, в соответствии со статьей 174 Уголовно-процессуального кодекса (далее УПК) для наложения ареста на корреспонденцию и выемки ее в почтово-телеграфных учреждениях достаточно санкции прокурора или его заместителя. Конституция же предусматривает только одно основание: санкция судьи. Согласно же статье 15 Конституции Российской Федерации: «Конституция Российской Федерации имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории Российской Федерации. Законы и иные правовые акты, принимаемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции Российской Федерации». В заключительных и переходных положениях фиксируется: «Законы и другие правовые акты, действовавшие до вступления в силу настоящей Конституции, применяются в части, не противоречащей Конституции Российской Федерации». Одновременно в этих положениях предусматривается действие прежнего порядка прокурорского санкционирования, но только для уголовно-процессуального задержания граждан.

При применении же нормы УПК РФ справедливо признание доказательств, полученных без судебного разрешения, не имеющими юридической силы, поскольку это вытекает из содержания статьи 50 Конституции РФ: «При осуществлении правосудия не допускается использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона». Можно, конечно, отметить, что в принципе нарушения федерального закона, то есть УПК и нет, но следует исходить из комплексной оценки Конституции РФ и УПК, а также того, что УПК не

¹ Собрание законодательства РФ. 1999. N 29. Ст.3697.

является тем самым «федеральным законом» по смыслу Конституции РФ 1993 года.

Данный вывод неоднократно подчёркивается в юридической науке, что нашло, например, отражение в Комментариях к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР: «Комментируемая статья подлежит применению с существенной корректировкой, обусловленной положениями ст. 23 Конституции РФ, которая ограничивает действие ч. 1 этой статьи. Согласно ч. 2 ст. 23 Конституции РФ каждый имеет право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Ограничение этого права допускается только на основании судебного решения. Следовательно, в настоящее время для проведения указанных в ст. 174 действий необходимо получить именно постановление судьи»¹.

Отчасти некоторые проблемы решает Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 24 декабря 1993 года № 13 «О некоторых вопросах, связанных с применением статей 23 и Конституции Российской Федерации»²: «... учитывая, что Конституция Российской Федерации имеет высшую юридическую силу и прямое действие, Пленум Верховного Суда Российской Федерации постановляет:

1. Рекомендовать Верховным Судам республик, краевым, областным судам, Московскому и Санкт-Петербургскому городским судам, судам автономной области и автономных округов, военным судам округов, групп войск, флотов и видов Вооруженных сил принимать к своему рассмотрению материалы, подтверждающие необходимость ограничения права гражданина на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений».

Однако обращает внимание, что данное Постановление содержит конкретный адресат: суды Российской Федерации. По отношению к органам, осуществляющим предварительное следствие, данный документ обязательной юридической силы не имеет. Одновременно пункт 1 Постановления начинается словом «рекомендовать», исходя из которого выводится его предназначение: если от органов следствия поступают материалы в соответствии со статьёй 174 УПК, то суд не имеет права отказать в их рассмотрении на предмет выдачи санкции на ограничение тайны почтовой связи. Такие материалы

¹ Научно - практический комментарий к Уголовно - процессуальному кодексу РСФСР (под ред. В.М. Лебедева, В.П. Божьева). М, 1997 .

² Бюллетень Верховного Суда РФ. 1994. № 3.

согласно постановлению, «представляются судье уполномоченными на то органами и должностными лицами в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством и Законом Российской Федерации «Об оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации».

Понятно, что суд, рассматривая уголовные дела по существу будет исходить из смысла и содержания статьи 23 Конституции РФ, что предполагает обязанность её соблюдения (а не игнорирования) и органами, осуществляющими предварительное следствие. Выдача судебных санкций в настоящее время содержит уже отработанный механизм. Но отсутствие нормативного регулирования в Уголовно-процессуальном кодексе РСФСР аналогичных положений является существенным недостатком современного законодательства. Из-за такого отсутствия многие вопросы могут разрешаться по аналогии права или закона, что при решении вопроса о привлечении к уголовной ответственности гражданина является недопустимым.

Отрадно отметить, что в 2001 году уголовно-процессуальное законодательство России «признало» такое следственное действие как контроль и запись телефонных переговоров.

Первым опытом процессуального регулирования контроля телефонных переговоров на территории России является Закон «О внесении изменений и дополнений в Основы уголовного судопроизводства Союза СССР и союзных республик от 12 июня 1990 года¹, которым была введена статья 35-1 «Прослушивание телефонных и иных переговоров». В соответствии с ней допускалось прослушивание переговоров, ведущихся с телефонов и других переговорных устройств при наличии следующих условий:

- субъектом прослушивания был подозреваемый, обвиняемый или иное причастное к преступлению лицо;
- присутствие факта возбужденного уголовного дела;
- процессуальное основание - постановление органа дознания или следователя с санкции прокурора либо по определению суда;
- фактическое основание - «при наличии достаточных оснований полагать, что в результате прослушивания будут получены сведения, имеющие существенное значение для дела». Прослушивание телефонных и иных переговоров было ограничено шестимесячным сроком. По окончании составляется протокол-

¹ Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета СССР. 1990. № 26. Ст. 495.

с кратким изложением содержания фонограммы переговоров, имеющих отношение к делу. Фонограмма приобщается к протоколу, а ее часть, не имеющая отношения к делу, уничтожается после вступления приговора в законную силу.

В последующем после образования СНГ в научной литературе ещё долго была дискуссия о применимости статьи 35-1 на территории Российской Федерации. До 2001 года, то есть в течение 10 лет, уголовно-процессуальное законодательство России фактически «не знало» аналогичного регулирования.

20 марта 2001 года был принят Федеральный закон № 26-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с ратификацией Конвенции о защите прав человека и основных свобод»¹. В соответствии с ним появилась в УПК РСФСР статья 174-1 «Контроль и запись переговоров».

Согласно этой статье допускаются контроль и запись телефонных и иных переговоров. Тем самым закон не ограничивает следственные действия только одним видом связи. Условиями проведения таких мероприятий выступают следующие основания:

- наличие возбужденного уголовного дела по тяжкому или особо тяжкому преступлению. Таким образом сразу ограничивается круг преступлений статьёй 15 Уголовного кодекса РФ;

- вынесение следователем мотивированного постановления о возбуждении перед судом ходатайства. Закон предъявляет определённые требования к содержательной стороне постановления: в нём должны быть изложены сущность уголовного дела, основания осуществления данных следственных действий, указываются фамилия, имя и отчество лица, в отношении переговоров которого будут осуществляться контроль и запись, срок осуществления таких контроля и записи, наименование органа, которому поручается техническое осуществление контроля и записи телефонных и иных переговоров;

- обязательное судебное санкционирование

- ограничен круг субъектов прослушивания - подозреваемый, обвиняемый и другие лица, которые могут располагать сведениями о преступлении либо иными сведениями, имеющими значение для уголовного дела.

Предусматривается исключение из общего правила: «В случае, если существует реальная угроза применения в отношении потер-

¹ Российская газета. 2001. № 58.

певшего, свидетеля, гражданского истца или в отношении их близких родственников, а в исключительных случаях иных лиц насилия, опасного для жизни и здоровья, а также совершения иных преступных действий в целях изменения указанными лицами своих показаний, по письменным заявлениям указанных лиц либо при отсутствии таких заявлений в соответствии с ходатайством следователя и по судебному решению могут осуществляться контроль и запись телефонных и иных переговоров указанных лиц».

Мотивированное постановление следователя подлежит рассмотрению судьей в течение шести часов с момента поступления указанного постановления в суд. В целях проверки достаточности оснований для осуществления контроля и записи телефонных и иных переговоров судья вправе получить от следователя необходимые пояснения и материалы. По результатам рассмотрения судья выносит постановление об осуществлении контроля и записи телефонных и иных переговоров или об отказе в их осуществлении с указанием в последнем случае мотивов принятого решения.

Осуществление контроля и записи телефонных и иных переговоров ограничено шестимесечным сроком.

Следователь в течение всего срока осуществления контроля и записи телефонных и иных переговоров в любое время вправе истребовать от органа, осуществляющего контроль и запись переговоров, фонограмму для ее осмотра и прослушивания. Она передается следователю в опечатанном виде с сопроводительным письмом, в котором должны быть указаны время начала и окончания записи телефонных и иных переговоров и краткие технические характеристики использованных средств.

Новеллой является то, что о результатах осмотра и прослушивания фонограммы следователем составляется протокол, во время которого обязательно участие понятых (при необходимости специалиста), а также лиц, телефонные и иные переговоры которых записаны. Лица, участвующие в осмотре и прослушивании фонограммы, вправе в том же протоколе или отдельно изложить свои замечания к протоколу.

Следует также рассмотреть Федеральный закон « Об оперативно-розыскной деятельности»¹ (далее по тексту главы - Федеральный закон) в части урегулирования контроля и записи телефонных и иных переговоров.

¹ Российская газета. 1995. 18 авг.

До принятия данного федерального закона действовал одноименный правовой акт (далее по тексту главы - Закон), принятый в 1992 году¹, который неоднократно подвергался критике как несоответствующий нормам Конституции и международного права. Следует отметить, что, как и прежний Закон, ныне действующий является многосубъектным, то есть регламентирующим саму оперативно-розыскную деятельность применительно к различным правоохранительным органам.

Согласно Федеральному закону « Об оперативно-розыскной деятельности» органы, осуществляющие оперативно-розыскные мероприятия могут применять различные интрузивные методы сбора информации, то есть сыскные методы, ограничивающие частную жизнь граждан: контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, прослушивание телефонных переговоров, снятие информации с технических каналов связи. Даже при беглом анализе было видно, что закон в первоначальной редакции претерпел лишь незначительные корректировки, не затронув сути важнейших положений, предусматривающих защиту прав граждан.

Статья 8 Федерального закона фиксирует², что основанием ограничения тайны почтовой связи является судебное решение. Оперативно-розыскные мероприятия могут проводиться при наличии информации:

1. О признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, по которому производство предварительного следствия обязательно.

2. О лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших противоправное деяние, по которому производство предварительного следствия обязательно.

3. О событиях или действиях, создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации.

В случаях, не терпящих отлагательств достаточно мотивированного постановления одного из руководителей органа, осуществляющего оперативно-розыскные мероприятия с обязательным уведомлением в течение 24 часов судебных органов, которые в течение 48

¹ Российская газета. 1992. 29 апр. Надо добавить, что данный закон назывался всё-таки несколько иначе: Закон РФ « Об оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации».

² Российская газета. 1995. 18 авг.

часов либо санкционируют действия, либо нет. В последнем случае осуществление оперативно-розыскных мероприятий должно быть прекращено.

Закон, принятый в 1992 году устанавливал, что подобные ограничения могут быть только «лишь для сбора информации о лицах, подготавливающих или покушающихся на тяжкие преступления, совершающих либо совершивших тяжкие преступления, а также допустивших уклонение от уплаты налогов либо сокрытие доходов от налогообложения в особо крупных размерах, и только с санкции прокурора (по мотивированному постановлению одного из руководителей соответствующего органа, осуществляющего оперативно - розыскную деятельность)».

Нетрудно заметить, что главным условием проведения оперативно-розыскных мероприятий ранее действовавший Закон считал наличие лица, совершавшего, совершающего или подготавливающего тяжкие преступления. Настоящий Федеральный закон устанавливал, что достаточно вышеуказанного события, чтобы оперативно-розыскные мероприятия могли быть произведены как в отношении субъекта преступления, так и в отношении любого другого лица будь то свидетель, потерпевший, либо вообще просто косвенно причастный к данному событию.

Прослушивание телефонных переговоров по личному заявлению или с письменного согласия владельца аппарата возможно по постановлению, утвержденному руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскные мероприятия, с обязательным уведомлением суда в течение 48 часов, причем о правовых последствиях отказа в санкционировании таких действий в Законе ничего не говорится. Тем более Конституция РФ определяет, что тайна почтовой связи может быть ограничена только на основании судебного решения. Слово «только» в формулировках Федерального закона отсутствует, что существенно меняет смысл конституционного правила.

По-видимому, данные обстоятельства и породили жалобу в Конституционный Суд РФ в отношении данного Федерального закона. 14 июля 1997 года было принято Определение Конституционного Суда РФ № 86- О «По делу о проверке конституционности отдельных положений ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» по жалобе гражданки И.Г. Черновой». Конституционный Суд РФ принял решение об отказе в рассмотрении жалобы, хотя без установленной процедуры практически был решён вопрос о соответствии данного за-

кона Конституции РФ. Данное определение вызвало неоднозначную оценку у правозащитных организаций, но на некоторых выводах, закреплённых в мотивировочной части следует остановиться поподробнее.

И.Г. Чернова оспаривала, в том числе, конституционность подпункта 1 пункта 2 части первой статьи 7 ФЗ « Об оперативно - розыскной деятельности», предусматривающего, что одним из оснований для проведения оперативно - розыскных мероприятий являются ставшие известными органам, осуществляющим оперативно - розыскную деятельность, сведения о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, а также о лицах, его подготавливающих, совершающих или совершивших, если нет достаточных данных для решения вопроса о возбуждении уголовного дела. По мнению заявительницы, данное положение позволяет проводить оперативно - розыскные мероприятия по административным и иным правонарушениям, не являющимся уголовно наказуемыми деяниями, «по какому угодно поводу и в отношении какого угодно гражданина» и потому противоречит статьям 23, 24 и 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации. Следует отметить, что подобное злоупотребление правами российскими спецслужбами не раз уже становилось предметом освещения средств массовой информации. Да и не редко «вдруг» публикуемые телефонные разговоры представителей политической элиты заставляют задумываться в первую очередь о деятельности спецслужб. Тем более, как было отмечено, неопределённость формулировок закона вполне допускает произвол государственных органов.

Конституционный Суд РФ пришёл к иному выводу: « Между тем из оспариваемого положения во взаимосвязи со статьями 1,2,8 (часть вторая) и 10, определяющими цели, задачи, основания и условия проведения оперативно - розыскных мероприятий, в том числе связанных с ограничениями конституционных прав граждан, вытекает, что под противоправным деянием рассматриваемый Федеральный закон подразумевает лишь уголовно наказуемое деяние, т.е. преступление. Если в ходе проведения оперативно - розыскного мероприятия обнаруживается, что речь идет не о преступлении, а об иных видах правонарушений, то в силу статьи 2 и части четвертой статьи 10 дело оперативного учета подлежит прекращению».

Действительно статья 1 Федерального закона, фиксируя понятие оперативно-розыскной деятельности, предусматривает, что её глав-

ная цель - защита охраняемых благ от «преступных посягательств». Статья 2 закрепляет задачи оперативно-розыскной деятельности. Если обратиться к её содержанию, то основные из них так же относятся к предотвращению (раскрытию и так далее) уголовных преступлений. Одновременно присутствует и такая задача: «добывание информации о событиях или действиях, создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации». Несмотря на то, что Закон РФ «О безопасности»¹ содержит само понятие безопасности, оно не содержит категорического императива о защите её только от преступных посягательств. В соответствии со статьёй 10 Федерального закона «дело оперативного учета прекращается в случаях решения конкретных задач оперативно - розыскной деятельности, предусмотренных статьей 2 настоящего Федерального закона, а также установления обстоятельств, свидетельствующих об объективной невозможности решения этих задач». Однако степень решения задач и установление «обстоятельств, свидетельствующих об объективной невозможности решения этих задач» оценивается только самим же органом, проводящим оперативно-розыскные мероприятия. Закон не предусматривает каких-либо гарантий, чтобы при данной оценке должностное лицо исходило из обязательности приоритета защиты прав человека и гражданина. Подтверждением этому может служить, что ни прокуратура, проверявшая обоснованность проведения оперативно-розыскных мероприятий, ни Волгоградский областной суд отнюдь не сделали вывод, идентичный мнению Конституционного Суда РФ, санкционировав тем самым как раз расширительное толкование норм Федерального закона. Иными словами причиной нарушения прав гражданки Черновой в данном случае был не собственно произвол государственных органов, а «размытые» формулировки самого Федерального закона. Как писал И.А.Покровский: «Одно из первых и самых существенных требований, которые предъявляются к праву развивающейся человеческой личностью, является требование определённости правовых норм... Индивид, поставленный лицом к лицу с обществом, государством, имеет право требовать, чтобы ему было этим после-

¹ Безопасность - состояние защищенности жизненно важных интересов личности, общества и государства от внутренних и внешних угроз. Жизненно важные интересы - совокупность потребностей, удовлетворение которых надежно обеспечивает существование и возможности прогрессивного развития личности, общества и государства, - статья 1. // Российская газета. 1992. № 103.

дним точно указано, чего от него хотят и какие рамки ему ставят. Логически это право на определённую правовую норму есть одно из самых неотъемлемых прав человеческой личности, какое только себе можно представить; без него, в сущности, вообще ни о каком «праве» не может быть речи»¹.

В особом мнении к упомянутому Определению Конституционного Суда РФ судья А.Л.Кононов также обращает внимание: «Установленные ограничения должны быть четки и понятны любому гражданину и должностному лицу. Норма должна не допускать произвольного толкования, ясно устанавливать пределы ограничений и степень усмотрения исполнительных органов... Часть 4 статьи 10 рассматриваемого Закона предусматривает, что дело оперативного учета прекращается в случаях «решения конкретных задач оперативно - розыскной деятельности», а также «установления обстоятельств, свидетельствующих об объективной невозможности решения этих задач». Приведенные формулировки не определяют ясно и точно, каковы конкретные основания (факты), с которыми Закон связывает обязательность оперативного органа как прекратить дело и, соответственно, вмешательство в права и свободы, так и конкретные сроки, временные периоды, на которые такое вмешательство может быть оправдано. Положения Закона не препятствуют усмотрению оперативного органа продолжать негласное ограничение лица в правах неопределенно долгий срок, причем без какого-либо контроля вне данного ведомства. С точки зрения соблюдения гарантий конституционных прав и свобод (статья 45, часть 1, Конституции Российской Федерации) такое состояние не может быть допустимо. Ни часть четвертая статьи 10, касающаяся вопроса прекращения дела оперативного учета, ни другие нормы рассматриваемого Закона не предусматривают обязательность вынесения при этом процессуального решения даже в тех случаях, когда целью оперативно - розыскных мероприятий была проверка сообщений в отношении конкретных лиц, подозреваемых в подготовке или совершении преступлений. Именно так эта норма понимается и на практике».

Одновременно хотелось бы обратить внимание, что исходя из норм Федерального закона и выводов Определения Конституционного Суда РФ по делу гражданки Черновой, будет формально законным проведение оперативно-розыскных мероприятий, ограничивающих право

¹ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. М., 1998, с. 89.

на тайну почтовой связи, по любым преступлениям независимо от их степени тяжести.

Косвенным подтверждением обоснованности жалобы гражданки Черновой служит тот факт, что в 2001 всё-таки были внесены изменения в закон «Об оперативно-розыскной деятельности», согласно которым прослушивание телефонных и иных переговоров допускается только в отношении лиц, подозреваемых или обвиняемых в совершении тяжких или особо тяжких преступлений, а также лиц, которые могут располагать сведениями об указанных преступлениях.

В жалобе оспаривалась также конституционность положений статьи 10 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», которая предоставляют возможность органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, создавать и использовать информационные системы, а также заводить дела оперативного учета в целях собирания и систематизации сведений.

В соответствии с Законом «Об информации, информатизации и защите информации» сведения о фактах, событиях и обстоятельствах жизни гражданина, позволяющие идентифицировать его личность, являются «информацией о гражданах (персональными данными)». Статья 11 данного Закона предусматривает, что «персональные данные относятся к категории конфиденциальной информации». Одновременно закрепляется - «Не допускаются сбор, хранение, использование и распространение информации о частной жизни, а равно информации, нарушающей личную тайну, семейную тайну, тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений физического лица без его согласия, кроме как на основании судебного решения». Данная норма расширяет требование судебного санкционирования, хотя Конституция РФ говорит только о нём применительно к праву на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. По-видимому, именно из конституционных положений следует исходить при анализе Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности». При ином подходе тогда любое оперативно-розыскное мероприятие требовало бы судебного разрешения. В частности, наблюдение, сбор образцов, наведение справок и другое, так или иначе, затрагивают частную жизнь человека и гражданина.

Основой оспаривания норм Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» явилась, во-первых, возможность ис-

пользования дел оперативного учёта совсем в иных целях, чем выявление противоправного деяния и преступника, во-вторых, заведение дел оперативного учёта без судебного на то санкционирования. Однако Конституционный Суд РФ ушёл от оценки норм закона, не содержащих гарантий защиты прав человека. Основной акцент был также сделан на системный анализ норм Федерального закона, в первую очередь закрепляющих цели и основания для проведения оперативно-розыскных мероприятий: «... в них идет речь о собирании и систематизации не «любых сведений», как полагает заявительница, а лишь сведений, являющихся основанием для проведения оперативно - розыскных мероприятий и связанных с выявлением, предупреждением, пресечением и раскрытием преступлений, а также выявлением и установлением лиц, их подготавливающих ...».

Вывод выглядит следующим образом: « Следовательно, статья 10 регламентирует сбор, хранение и использование сведений (информации), касающихся преступного деяния. Преступное деяние не относится к сфере частной жизни лица, сведения о которой не допускается собирать, хранить, использовать и распространять без его согласия, а потому проведение таких оперативно - розыскных мероприятий не может рассматриваться как нарушение (выделено автором) конституционных прав, предусмотренных статьей 24 Конституции Российской Федерации». Иными словами, по мнению Конституционного Суда РФ преступник не имеет прав, предусмотренных статьями 23 и 24 Конституции РФ. Подобная логика может иметь далеко идущие последствия. В следующий раз можно определить, что преступник не имеет некоторых гарантий, закрепляемых Конституцией РФ, например, право на квалифицированную юридическую помощь, свидетельствовать против самого себя, право на возмещение вреда, причинённого органами государственной власти и так далее. Тогда любые действия, которые выполняли должностные лица по отношению к преступнику, не могут рассматриваться как нарушение этих прав, а значит и оцениваться с точки зрения соответствия Конституции РФ.

Логической ошибкой Определения Конституционного Суда РФ является то, что дело оперативного учёта, как правило, заводится, когда у лица, в отношении которого оно заведено, ещё нет статуса преступника. Статья 49 Конституции РФ фиксирует достаточно чётко - Каждый обвиняемый в совершении преступления считается невиновным, пока его виновность не будет доказана в предусмотрен-

ном федеральным законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда. Поэтому и судить о преступности деяния можно только по вступившему в законную силу приговору суда, а не по факту заведения дела оперативного учёта.

Можно привести выводы Европейского Суда по правам человека по делу Мелуун от 2 августа 1984 года: «Положения закона должны быть сформулированы достаточно чётко, с тем чтобы дать гражданам надлежащее указание относительно обстоятельств и условий, при которых публичные органы вправе прибегнуть к скрытому и потенциально опасному вмешательству в осуществление права на уважение частной жизни и корреспонденции»¹.

Российское законодательство подчёркивает, что нормативную основу оперативно-розыскной деятельности составляют во многом административные акты. Именно в них наиболее чётко регламентированы процессуальные аспекты данной деятельности. На этом настаивали, в первую очередь, при принятии закона представители российских правоохранительных органов. Такой порядок наиболее удобен, так как создаёт благоприятное поле для дискреционного манёвра. Административный акт легче отменить, изменить, скорректировать. Большинство из них закрыто для широкого пользования. Одновременно практика стран Западной Европы и США показывает, что их законодательные акты более открыты. Как справедливо отметили авторы Комментария к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности»: «подход к определению правового режима добывания криминальной информации... прежде всего имеет профилактический характер и несёт на себе пропагандистскую нагрузку, так как каждому гражданину понятно, в каких случаях и объектом каких оперативно-розыскных процедур он может стать в случае противоправного поведения. Кроме того, государство, принимая такие открытые правовые акты, акцентирует внимание населения на том, что оно принимает меры по правовой регламентации оперативно-розыскной работы различных сыскных ведомств»².

Европейский Суд по правам человека по делу Класс и другие от 6 сентября 1978 года определил: «Какой бы ни была принятая система наблюдения, должны существовать надлежащие и эффективные га-

¹ Гомьен Д. Харрис Д. Зваак Л. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика. М., 1998, с.301.

² Горяинов К.К., Кваша Ю.Ф., Сурков К.В. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: Комментарий. М., 1997, с. 150.

рантии против злоупотреблений»¹. На выводах, сформулированных Европейским Судом по правам человека, по этому делу, хотелось бы остановиться несколько подробнее.

Закон (G 10) от 13 августа 1968 года ограничивал право на тайну почтовой связи. Заявители, оспаривая закон, не отрицали право государства на установление соответствующих законодательных мер, однако видели несоответствие его Конвенции в том, что он не обязал власти уведомлять о таких мерах заинтересованных лиц, исключив тем самым возможность оспаривания. Европейский Суд установил, что «надзор за мерами наблюдения может осуществляться на трёх этапах: когда наблюдение санкционировано, во время его проведения и после того, как оно закончилось. Что касается первых двух этапов, сама природа и логика тайного наблюдения диктуют, что не только наблюдение, но и надзор, сопровождающий его, должны проходить без ведома заинтересованного лица»².

Закон ФРГ, ставший предметом рассмотрения, также фиксировал санкционирование оперативно-розыскных мероприятий не судебным органом, а органом исполнительной власти (в частности, министрами внутренних дел и обороны) под соответствующим политическим постоянным контролем со стороны Парламентской комиссии. И в этом случае Суд не нашёл нарушений норм ЕКПЧ: «Тем не менее, принимая во внимание природу надзорных и других гарантий, предусмотренных Законом G 10, Суд заключает, что исключение судебного контроля не превышает пределов того, что может быть признано необходимым в демократическом обществе. Парламентский совет и Комиссия G 10 независимы от органов, ведущих наблюдение, и они облечены достаточными полномочиями и властью осуществлять эффективный и постоянный контроль. Более того, демократический характер отражается в сбалансированности состава Парламентского совета. Оппозиция также представлена в данном органе и поэтому имеет возможность участвовать в осуществлении контроля над мерами, санкционированными уполномоченными министром, который подотчётен Бундестагу»³.

¹ Горяинов К.К., Кваша Ю.Ф., Сурков К.В. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: Комментарий. М., 1997, с. 301.

² Европейский Суд по правам человека. Избранные решения. Т. 1. М., 2000, с. 177.

³ Там же

Отсутствие обязательного последовательного уведомления лица о проводимых тайных мероприятиях также было признано Судом соответствующим ЕКПЧ.

Право проводить оперативно-розыскные мероприятия предоставлено также Федеральным законом «Об органах федеральной службы безопасности в Российской Федерации»¹ одноименным органам. Как отмечает профессор В.И.Басков, «как известно, значительный объём оперативно-розыскных мероприятий выполняют органы Федеральной службы безопасности Российской Федерации», а их деятельность существенно отличается от деятельности указанных выше органов (имеются в виду МВД, ФСНП, ГТК - прим. Г.Р.), что потребовало особого регулирования»².

Следует отметить, что нормы Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» имеют также прямое и непосредственное отношение к регулированию деятельности органов ФСБ.

Естественно, что одним из принципов их деятельности является сочетание гласных и негласных методов и средств деятельности, так как он - основа спецслужб всех стран мира. Данный нормативный акт является итогом реформирования отношений в области государственной безопасности.

Основными направлениями деятельности органов федеральной службы безопасности согласно статье 8 являются контрразведка, борьба с преступностью, разведывательная. В статье 9 сказано: «Осуществление контрразведывательной деятельности, затрагивающей тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений граждан, допускается только на основании судебного решения в порядке, предусмотренном законодательством Российской Федерации». Для получения судебного решения на органы федеральной службы возлагается обязанность предоставить служебные документы, касающиеся оснований для проведения подобных мероприятий за исключением оперативно-служебных документов, в которых содержатся сведения об осведомителях, а также об организации, о тактике, методах и средствах осуществления контрразведывательной деятельности (последние не входят в предмет прокурорского надзора).

¹ Собрание законодательства РФ. 1995. N15. Ст. 1269.

² Басков В.И. Комментарии к законодательству об оперативно-розыскной деятельности и органах ФСБ // Вестник Московского гос. ун-та. Серия 11. Право. 1998. № 3, с. 25.

Статья 10, регламентирующая отношения в сфере борьбы с преступностью, уже не содержит нормы относительно получения судебного решения на осуществление ограничений тайны переписки, телефонных переговоров, почтовых и иных сообщений. Есть отсылочная диспозиция, обязывающая органы федеральной службы безопасности действовать при осуществлении своих функций в этом направлении в соответствии с Законом «Об оперативно-розыскной деятельности», УК, УПК, а также настоящим федеральным законом.

Правовой основой разведывательной деятельности данной спецслужбы РФ являются только нормативные акты Федеральной службы безопасности РФ. В то же время разведывательная деятельность осуществляется в целях получения информации об угрозах безопасности РФ. Толкования формулировки «угроза безопасности» может быть достаточно широким. Не совсем ясно, в рамках разведывательной деятельности, могут ли органы ФСБ проводить оперативно-розыскные мероприятия на территории РФ в отношении граждан РФ. В статье 5 Федерального Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» дается лишь одно указание: «Органам (должностным лицам), осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, запрещается проводить оперативно-розыскные мероприятия в интересах какой-либо политической партии, общественного и религиозного объединения; принимать негласное участие в работе федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов, Российской Федерации и органов местного самоуправления, а также в деятельности, зарегистрированных в установленном порядке и не запрещенных политических партий, общественных и религиозных объединений в целях оказания влияния на характер их деятельности; разглашать сведения, которые затрагивают неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, честь и доброе имя граждан и которые стали известными в процессе проведения оперативно-розыскных мероприятий, без согласия граждан, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом»¹.

Статья 13 Федерального закона «О внешней разведке»², например, очень чётко ограничивает применение методов и средств разведывательной деятельности в отношении граждан Российской Федерации только территорией иностранных государств. Только обеспе-

¹ Российская газета. 1995. 18 авг.

² Собрание законодательства РФ. 1996. № 3. Ст. 143.

чение собственной безопасности осуществляется органами внешней разведки Российской Федерации в соответствии с Федеральным законом « Об оперативно-розыскной деятельности».

Органами, имеющими право осуществлять оперативно-розыскные мероприятия, являются и органы милиции (статья 11 Закона РФ «О милиции»¹). При осуществлении этого права они должны руководствоваться правилами, установленными Федеральным Законом « Об оперативно-розыскной деятельности». Самостоятельных правил, закрепляющих какие-либо, по образному выражению профессора В.И.Баскова, «сепаратистские» особенности, данным законом не предусмотрено.

Аналогичное положение предусматривается в отношении органов налоговой полиции (статья 11 Закона РФ « О федеральных органах налоговой полиции»²). Законодательство только очерчивает цели, для реализации которых данные органы могут осуществлять оперативно-розыскные мероприятия: « с целью выявления, предупреждения и пресечения фактов сокрытия доходов от налогообложения и уклонения от уплаты налогов, дознание и предварительное следствие по которым отнесены законом к ведению федеральных органов налоговой полиции, а также обеспечения собственной безопасности».

Есть примеры и в других законодательных актах. Так, статья 224 Таможенного кодекса РФ³ также фиксирует: « Таможенные органы Российской Федерации осуществляют оперативно-розыскную деятельность в целях выявления лиц, подготавливающих, совершающих или совершивших противоправное деяние, признаваемое законодательством Российской Федерации преступлением, производство дознания по которому отнесено к компетенции таможенных органов Российской Федерации, а также при запросах международных таможенных организаций, таможенных и иных компетентных органов иностранных государств в соответствии с международными договорами Российской Федерации по таможенным вопросам».

Статья 13 Федерального закона « Об оперативно-розыскной деятельности» приводит перечень органов, имеющих право её осуществлять. Этот перечень может быть изменен или дополнен только

¹ Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1991. № 16. Ст.503.

² Российская газета. 1993. № 134.

³ Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1993. №31. Ст. 1224.

федеральным законом. Однако в соответствии со статьёй 6 этого закона «оперативно-розыскные мероприятия, связанные с контролем почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, прослушиванием телефонных переговоров с подключением к станционной аппаратуре предприятий, учреждений и организаций независимо от форм собственности, физических и юридических лиц, предоставляющих услуги и средства связи, со снятием информации с технических каналов связи, проводятся с использованием оперативно-технических сил и средств органов федеральной службы безопасности, органов внутренних дел и, в пределах своих полномочий, федеральных органов налоговой полиции в порядке, определяемом межведомственными нормативными актами или соглашениями между органами, осуществляющими оперативно - розыскную деятельность».

Конституция РФ (ст.23) рассматривая право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, устанавливает лишь одно основание для его ограничения - судебное решение. Тем самым проведение оперативно-розыскных мероприятий ставится под судебный контроль. Введение его обусловлено тем, что «никакой надзор прокуратуры не может рассматриваться как полноценная замена судебного контроля, либо придется признать, что функции суда осуществляет одно из ведомств исполнительной власти»¹. Хотя норма о прокуратуре по неизвестным причинам включена в главу 7 Конституции РФ «Судебная власть», к таковой прокуратура никогда не будет относиться, и работник прокуратуры всегда был, есть и будет по характеру своей деятельности государственным ведомственным чиновником. Одновременно глава 6 Федерального Закона «Об оперативно-розыскной деятельности», которая называется «Контроль и надзор за оперативно-розыскной деятельностью», о судебном контроле ничего не упоминает.

Статья 23 Закона РФ «О федеральных органах государственной безопасности» предусматривала судебный контроль «за соблюдением прав и свобод человека и гражданина федеральными органами государственной безопасности в их деятельности», но лишь в ходе Рассмотрения судами уголовных дел, расследование которых отнесено законом к ведению органов безопасности. Таким образом, присутствовала только одна форма судебного контроля. Хотя действия

¹ Права человека: новое российское законодательство и международно-правовые нормы. М. 1992, с.42.

органов федеральной безопасности могут и не иметь такой конечный результат, как возбуждение уголовного дела. Статья 23 Федерального закона «Об органах федеральной службы безопасности в РФ» вообще только упоминает о возможности судебного контроля

Ничего не сказано о судебном контроле в разделе 8 «Гарантии законности и обеспечения прав граждан в деятельности милиции» Закона РФ «О милиции», предусматривающим лишь возможность обжалования незаконных действий.

Представляется, что отсутствие судебного контроля за проведением оперативно-розыскных мероприятий, существенно ограничивающих неприкосновенность частной жизни, является существенным изъяном в отраслевом законодательстве, тем более, что большинство упомянутых Федеральных законов принято спустя 2 и более года после принятия новой Конституции.

Во многих странах существуют определенные ограничения на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Законодатель развитых стран старается найти компромисс между осуществлением данного права и государственными интересами, а также оградить государственные органы от разглашения государственной и военной тайны. Для осуществления контроля за деятельностью спецслужб, как правило, создается особый судебный орган, который мог бы осуществлять контроль за деятельностью органов безопасности, быть гарантом защиты прав и свобод граждан и в то же время обеспечивать секретность, защиту государственных интересов.

Так, в Великобритании существует закон о службе безопасности 1989 года, который предусматривает надзор за деятельностью разведывательного органа Великобритании MI 5. Его осуществляет уполномоченный (комиссар) по делам службы безопасности и трибунал по рассмотрению неправомерных действий службы.

Согласно Приложению 1 к данному закону, которое регламентирует порядок деятельности трибунала, «любой британец, полагающий что в его доме установлена подслушивающая аппаратура, его телефонные переговоры прослушивают, а переписку перлюстрируют, или, считаящий, что за ними ведется слежка, словом, думающий, что сам он или его собственность стали объектом неправомерных действий Службы безопасности, имеет право направить жалобу в трибунал и требовать официальных объяснений»¹.

¹ Домрин А. Закон о службе безопасности Великобритании // Социалистическая законность. 1991. N 12, с.59.

Если жалоба основательна, трибуналом проверяется законность действий МІ 5, при отсутствии таковой МІ 5 прекращает работу и уничтожает все данные на это лицо, а также выплачивается денежная компенсация.

На территории Российской Федерации лицо, полагающее, что нарушено его право на неприкосновенность частной жизни, согласно статье 5 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» может обжаловать эти действия в суд. При нарушении прав лица судья обязан принять меры по восстановлению прав и законных интересов и возместить причиненный вред. Согласно этой же статье Закона лицо, виновность которого в совершении преступления не доказана в установленном законом порядке судом, вправе требовать от органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, сведения о полученной о нем информации. Данное право не гарантировано корреспондирующей обязанностью органов милиции, иных органов, осуществляющих оперативно-розыскные мероприятия. Именно так своеобразно трактуют нормы закона как некоторые должностные лица правоохранительных органов, так и некоторые судьи.

Федеральный Закон предусматривает обязательное условие, что лицо должно располагать фактами проведения в отношении его оперативно-розыскных мероприятий и полагать, что при этом были нарушены его права. Но проведение оперативно-розыскных мероприятий осуществляется исходя из принципа конспирации и, интересно, как представляет себе законодатель возможность лица располагать такими сведениями, если оперативно-розыскные мероприятия, проводятся тайно.

На этапе судебного рассмотрения орган, осуществляющий оперативно-розыскные мероприятия, обязан предоставить судье оперативно-розыскные документы, содержащие информацию о сведениях, в предоставлении которых было отказано заявителю, за исключением сведений о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и о лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе. В случае признания необоснованным решение органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность об отказе в предоставлении необходимых сведений заявителю, судья может обязать указанный орган предоставить заявителю сведения о полученной о нем информации.

Из формулировки Закона видно, что основанием для принудительного предоставления информации, собранной о лице, является лишь необоснованный отказ в предоставлении такой информации. Такой же факт как необходимое проведение оперативно-розыскных мероприятий как бы выпадает из сферы законодательного регулирования и судебного контроля.

Федеральный закон « Об органах федеральной службы безопасности в Российской Федерации» содержит в статье 6 аналогичные правила. Согласно этой статьи при нарушении права на неприкосновенность частной жизни органами федеральной безопасности лицо может:

- обжаловать эти действия в вышестоящий орган, прокуратуру или суд;
- получить информацию по поводу ограничения права на неприкосновенность частной жизни, но здесь также отсутствует корреспондирующая обязанность к органам федеральной безопасности; она к тому же, согласно закону, составляет государственную тайну;
- в случае незаконного нарушения права на неприкосновенность частной жизни потребовать его восстановления, возмещения ущерба, привлечения виновных к ответственности.

В Определении Конституционного Суда РФ по делу гражданки Черновой специально было отмечено: «...не подлежат засекречиванию и сведения о нарушении прав И.Г. Черновой при заведении дела оперативного учета и при проведении в отношении нее оперативно-розыскных мероприятий. Подобные сведения, если они имели место, она вправе истребовать от органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, а в случае отказа - обжаловать его в судебном порядке. Статья 12 не может служить основанием и для отказа лицу в возможности ознакомления с полученными в результате оперативно-розыскной деятельности сведениями, непосредственно затрагивающими его права и свободы, но не относящимися к выполнению задач оперативно-розыскной деятельности и не связанными с предусмотренными рассматриваемым Федеральным законом основаниями для проведения оперативно-розыскных мероприятий». К сожалению, что нашло отражение и в Особых мнениях к данному Определению, гражданину достаточно трудно истребовать материалы, свидетельствующие о нарушении его прав и незаконности проводимых в отношении его оперативно-розыскных мероприятий.

Статья 5 Федерального Закона « Об оперативно-розыскной деятельности» предусматривала следующие условия уничтожения полученной информации:

- истечение 1 года;
- в отношении лица, виновность которого в совершении преступления не доказана в установленном законом порядке;
- уведомление судьи (за три месяца до дня уничтожения), если материалы, подлежащие уничтожению, отражающие результаты оперативно-розыскных мероприятий, были собраны на основании судебного решения;
- исполнение служебных обязанностей или цели правосудия не требует иного.

В отношении фонограмм и других материалов, полученных в результате прослушивания телефонных и иных переговоров лиц, закон устанавливает иные условия уничтожения. Они уничтожаются в течение шести месяцев с момента прекращения прослушивания, о чем составляется соответствующий протокол. Дополнительное основание - если в отношении этих лиц не было возбуждено уголовное дело.

Следует отметить, что тенденция к осуществлению негласного контроля на территории государства без судебной защиты существует во многих достаточно демократических странах и обосновывается она по-разному: либо ужесточением борьбы с преступностью, либо угрозой интересам государства при нагнетании шпиономании в обществе, что имело место не только в Советском Союзе во время «холодной войны».

В Соединенных Штатах Америки действует Закон о наблюдении за деятельностью иностранных разведывательных служб в США от 1978 года, который устанавливает «право Президента США санкционировать электронное наблюдение с целью добыть информацию об иностранной разведывательной деятельности. Однако это право может быть осуществлено в отношении иностранцев, а период наблюдения не должен превышать один год»¹. Для этого не требуется судебного ордера, а только письменное удостоверение под присягой министра юстиции США, что электронное наблюдение не будет направлено против граждан или организаций страны.

Чтобы получить разрешение на ограничение права на неприкосновенность частной жизни граждан США, сотрудник полиции обя-

¹ Николайчик В.М. США: полицейский контроль над обществом. М. 1987, с.83.

зан получить судебный ордер, который выдается по его ходатайству, в котором должно быть указано, « в связи с каким преступлением предполагается проводить прослушивание, доказать наличие « достаточного основания» для выдачи ордера, обозначить лицо, переговоры которого предполагается прослушать и указать характер этих переговоров»¹. Письменные показания под присягой (аффидевит) сотрудника полиции должны подтверждать наличие « достаточных данных» для проведения прослушивания.

Судья выдаёт ордер на прослушивание², если придёт к убеждению, что:

1. есть основания подозревать, что данное лицо, в отношении которого истребуется ордер, совершило, совершает или подготавливается к совершению конкретного тяжкого преступления;
2. в результате прослушивания будут получены существенные данные, имеющие отношение к расследуемому преступлению;
3. обычные методы получения доказательств не дали и не дадут полиции необходимых данных;
4. место, где предполагается проводить прослушивание, и средство связи, которое предполагается прослушивать, имеют отношение к лицу, чьи переговоры предполагается фиксировать³.

Судебное разрешение должно содержать:

1. Указание имени лица, чьи разговоры будут прослушиваться, если это имя известно.
2. Указание о характере и местонахождении коммуникационных устройств, в отношении которых разрешается прослушивание.

152

¹ Николайчик В.М. Указ, соч., с.85.

² В решении Верховного Суда США по делу *Berger v. New York* (1967) формулировались условия выдачи ордера на прослушивание: «1) должно существовать достаточное основание предполагать, что конкретное преступление совершено или совершается и доказательства этого будут получены путём прослушивания; 2) разговоры, которые планируется перехватить, должны быть чётко обозначены в ордере; 3) прослушивание должно быть ограничено во времени; 4) продление может быть разрешено только при новом представлении достаточного основания; 5) прослушивание должно быть прекращено, как только искомые доказательства получены; 6) запрос на выдачу ордера должен быть представлен в письменной форме, за исключением безотлагательных ситуаций; 7) ордер должен быть возвращён по исполнении с детальным описанием перехваченных разговоров» См. Пешков М. Прослушивание и электронное наблюдение в уголовном процессе США // Российская юстиция. 1997. № 4.

³ Николайчик В.М. Уголовное правосудие в США. М., 1995, с. 92.

3. Подробное описание видов коммуникаций, которые могут перехватываться, и указание на конкретное преступление, в связи с которым будет вестись прослушивание.

4. Наименование органа, которому разрешается вести прослушивание, и имя лица, удовлетворившего ходатайство.

5. Период времени, в течение которого разрешается прослушивание¹.

Срок действия ордера - 30 дней, который может быть продлён на срок до 30 суток. Судья вправе потребовать отчёт о проведённом электронном прослушивании. По окончании срока действия ордера подлинник звукозаписи переговоров должен быть представлен судье, выдавшему ордер, который опечатывается и хранится в течение 10 лет². Законодательно закрепляется, что прослушивание должно быть немедленно прекращено после того, как была получена ожидаемая информация.

Знаменательным в истории США регулирования права на тайну почтовой связи является дело Кац против США (Katz v. United States, 1967 г.), рассмотренное Верховным Судом США. До этого момента правоприменительная практика исходила из механического подхода к защите права на неприкосновенность частной жизни. Иными словами гражданин, его права, не подлежали защите, пока не происходило материального нарушения его домашнего уклада. Четвёртая поправка³ не применялась к процедуре прослушивания телефонных переговоров. Исходя из решения Верховного Суда США по делу Olmstead v. US (1928) под защиту Четвёртой поправки не попадали такие действия полиции, которые бы не приводили к повреждению жилища: так подслушивающее устройство, вмонтированное без судебной санкции с помощью гвоздя, вбитого в стену - нарушение Конституции, приклеенное с скотче - нет нарушения. В 1967 году по делу Silverman v. United States Судом были отклонены «доказательства, полученные с помощью прослушивающего устройства, и несколько

¹ Хендрикс А. Хэйден Т. Новик Д.Д. Ваше право на неприкосновенность частной жизни. СПб., 1996, с. 53-54.

² Николайчик В.М. Уголовное правосудие в США. М., 1995, с. 993.

³ Следует учитывать, что право на неприкосновенность частной жизни во многом в судебной практике США выводится из содержания Четвёртой поправки к Конституции. Также и процедура получения разрешения на ограничения права на тайну почтовой связи рассматривается по аналогии с процедурой выдачи ордера на обыск.

дюймов внедрённого в стену дома подозреваемого»¹. Точно такое же отношение было и к телефонным линиям. Раз они находятся вне места жительства граждан, значит отсутствует обыск и не нужно судебное санкционирование. Ещё в то время по делу Олмстед в особом мнении он отстаивал позицию признания права на тайну телефонных переговоров: «установка подслушивания телефонных разговоров нарушает право на частной жизни обоих разговаривающих лиц; к тому же подслушиваются все разговоры, в том числе и не имеющие никакого запрещённого содержания, а также конфиденциальные и тайные разговоры. Более того — установка подслушивания на телефонном аппарате одного человека обозначает подслушивание всех других лиц, которым этот человек позвонит, или которому позвонят они»².

Только через почти сорок лет Верховный Суд США определил: «Четвёртая поправка защищает людей, а не места. То, что данный человек выставляет на публичное обозрение, хотя бы это происходило в его собственном доме, или же по месту работы, не подлежит защите. Однако то, что он стремится оставить как своё личное дело, даже в доступном для всех месте, может защищаться Конституцией» (из мнения большинства авторства судьи Стюарта)³.

Следует отметить, что прецедент по делу Каца не отменил внесудебного порядка скрытого получения информации агентами при помощи электронной аппаратуры в беседе с подозреваемыми. По делу *United States v. White* (1971) судьи пришли к выводу, что подозреваемый должен был осознавать возможность, «что его друзья могут доносить на полицию» и следовательно в данном случае отсутствует обоснованное ожидание обеспечения права на частную жизнь, то есть нельзя требовать процедуры, предусмотренной Четвёртой поправкой.

С учётом расширения возможностей электронного прослушивания в 1986 году Конгрессом США было введено наблюдение за

¹ Пешков М. Прослушивание и электронное наблюдение в уголовном процессе США // Российская юстиция. 1997. № 4, с. 55.

² Франковски С., Гольдман Р., Лентвоска Э. Верховный суд США о гражданских правах и свободах. Варшава. 1997, с. 190-191.

³ Там же, с. 189. Суть дела Кац сводилось к следующему. Обвиняемый организовал нелегальные азартные игры по телефону. При рассмотрении дела судья допустил в качестве доказательства запись телефонного разговора, произведённого с телефонной будки. Подслушивающее устройство было установлено агентами ФБР снаружи.

блуждающим объектом (roving surveillance), именно за лицом вне зависимости от того, каким средством связи он бы пользовался. «В Меморандуме Министерства юстиции США, сопровождавшем проект нового закона, говорилось, что «закон не содержит точного указания предмета прослушивания и, таким образом, позволяет получать ордер на прослушивание разговоров конкретного лица, а не телефонного аппарата или помещения»¹.

По делам об угрозе национальной безопасности ордер на электронное прослушивание выдаётся судьёй специального суда, формируемого председателем Верховного суда США из семи судебных округов США².

Обращает внимание разграничение порядка проведения мероприятий, ограничивающих тайну почтовой связи, в зависимости от того, в отношении кого они проводятся: собственных граждан или граждан иностранного государства. В отношении иностранных граждан присутствует, как правило, только административное санкционирование оперативно-розыскных мероприятий, либо создаётся суд ad hoc.

Подобные ограничения имеются в Федеративной Республике Германии. Они содержатся в Законе об охране тайны переписки, почтовой, телефонной и телеграфной связи от 13 августа 1968 года. Компетентные органы уполномачиваются вышеупомянутым законом:

- вскрывать корреспонденцию;
- прочитывать телеграфные сообщения;
- прерывать телефонные переговоры;
- записывать телефонные разговоры на магнитофон. Условиями проведения данных мероприятий являются:
- угроза безопасности государству и Конституции;
- угроза размещенным на территории Федеративной Республики Германии войскам союзных государств - участников Североатлантического договора.

Достаточно лишь возможной угрозы, однако указанные меры могли быть санкционированы только, если установление обстоятельств другими методами не может быть достигнуто.

«Это относится не только к тем случаям, когда имеются сведения о подготовке или совершении преступления, подлежащего юрисдик-

¹ Пешков М. Прослушивание и электронное наблюдение в уголовном процессе США // Российская юстиция. 1997. № 4, с. 56.

² Николайчик В.М. Уголовное правосудие в США. М., 1995, с. 94.

ции политического уголовного права, но и к сбору сведений о положении вещей, знание которых необходимо для своевременного распознавания и отражения опасности вооруженного нападения на Федеративную Республику Германию (ст.1 §1-3 Закона). О мерах ограничений заинтересованным лицам не сообщается (ст.1 § 5). Контроль за мерами возлагается только на комиссию, состоящую из пяти депутатов бундестага, которая выделяет трех членов комиссии, которые определяют в силу своих обязанностей или на основании жалоб допустимость и необходимость мер ограничения (ст. 1 § 9). Возможность обратиться в суд по поводу постановления о мерах ограничения, а также с протестом относительно его выполнения не допускается (ст. 1 § 9)»¹.

Санкционирование осуществлялось не в судебном порядке, а в административном - федеральным министром, имеющим такие полномочия от федерального канцлера. Уполномоченный министр обязан был, по крайней мере, один раз в шесть месяцев отчитываться перед Парламентским советом, формируемый пропорционально парламентским фракциям. Во избежание возможных злоупотреблений в данном совете предусматривалось обязательное представительство оппозиции. Практика применения Закона показывала, что министр предварительно получал согласие на санкционирование от Комиссии, члены которой назначались Парламентским советом (хотя Закон этого не требовал).

Именно относительно данного закона высказывался Суд по правам человека Европейского сообщества в решении от 6 сентября 1978 года по делу Класс и другие против Федеративной Республики Германия.

Проведение подобных оперативно-розыскных мероприятий возможно только органами, осуществляющими защиту безопасности государства от внешней угрозы, и носит разведывательный характер.

Ограничения же тайны почтовой связи, предусмотренные при реализации уголовного преследования, регулируются уголовно-процессуальным законодательством ФРГ. Специального закона об оперативно-розыскной деятельности в этой стране нет. С одной стороны это решает большое количество проблем: доказательственное значение результатов оперативно-розыскных мероприятий, более жёсткая регламентированность и так далее. С другой стороны следу-

¹ Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. М1981.С. 192.

ет согласиться с Б.А.Филимоновым: « Природа оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности различна. Поэтому вряд ли целесообразно регулирование в уголовно-процессуальном законе этих двух различных видов правоохранительной деятельности»¹.

Глава 8 УПК ФРГ « Выемка, контроль телефонных переговоров и обыск» определяет порядок проведения мероприятий, ограничивающих право на неприкосновенность частной жизни.

Параграф 99 закрепляет: «Разрешается выемка писем и отправлений на почте, а также телеграмм на телеграфе, которые адресованы обвиняемому. Также разрешается выемка в указанных местах писем, отправлений и телеграмм, в которых содержатся факты, позволяющие сделать вывод, что они исходят от обвиняемого или ему предназначены и что их содержание имеет значение для дела»². Органом, компетентным разрешать выемку, является только суд, и лишь «при неотложности действий» и прокуратура. Причём предписанная прокуратурой выемка не имеет силы, «если в течение трёх дней не получено подтверждение судьи» (параграф 100).

Для осуществления контроля телефонных переговоров необходимо наличие следующих условий (параграф 100а):

- 1) совершение уголовно наказуемого деяния или наличие достаточной совокупности фактов, обуславливающих подозрение в совершении преступления;
- 2) если «установление обстоятельств дела либо выяснение места нахождения обвиняемого другим способом невыполнимо или существенно затруднено», то есть данная мера носит исключительный характер;
- 3) производится в отношении обвиняемого, но «может касаться и других лиц». При этом закон разъясняет, что к таковым относятся лица, которые передают обвиняемому определенную информацию или получают таковую от обвиняемого, либо обвиняемый постоянно использует с ними связь, и все это подтверждают собранные фактические данные³;

¹ Филимонов Б.А. О понятии оперативно-розыскной деятельности // Вестник МГУ. Сер. П. Право. 1996. № 4, с. 28.

² Федеративная Республика Германия. Уголовно-процессуальный кодекс. М., 1994, с. 44.

³ Филимонов Б.А. О правовом регулировании и практике прослушивания телефонных переговоров в уголовном процессе Германии // Вестник МГУ. Серия 11. Право. 1991. № 5, с.56.

4) только по делам о преступлениях, перечисленных в уголовно-процессуальном кодексе в упомянутом параграфе 100 а. К ним, в частности, относятся, преступления против мира, государственная измена, угроза внешней безопасности, преступления против обороны страны, против публичного порядка, подделка денег или ценных бумаг, похищение людей, убийство, разбой вымогательство, бандитизм и некоторые другие. Перечень, указанный законом, носит исчерпывающий характер;

5) наличие судебного постановления; прокурор может «при неотложности действий» назначить прослушивание телефонных переговоров, но в течение трех суток должно быть дано судебное подтверждение, отсутствие которого ведет к прекращению вышеуказанных действий.

«Судейское постановление издается в письменной форме и должно содержать данные о лице, в отношении которого применяется указанная мера, и его адрес. При этом важно, чтобы в постановлении определялись вид, объем и срок прослушивания телефонных переговоров. Срок прослушивания - три месяца, но он может неоднократно продляться судьей каждый раз на три месяца, если не отпали основания, предусмотренные § 100а УПК»¹.

Прослушивание происходит в полицейских зданиях, почта «и каждое другое предприятие телефонной связи» в соответствии с судебным постановлением обеспечивает его выполнение. При этом должен быть исключен доступ к информации технических сотрудников полиции. «Если основания, предусмотренные § 100 а УПК, отпали, то прослушивание немедленно прекращается, о чем уведомляется судья и немецкая федеральная почта. Записи, произведенные в результате прослушивания и не имеющие отношения к уголовному делу, подлежат уничтожению под наблюдением прокурора с составлением акта об их уничтожении. Согласно § 101 УПК, о прослушивании телефонных переговоров должно быть сообщено лицам, в отношении которых эта мера применяется, если это не представляет опасности целям предварительного расследования»².

УПК Италии возможность ограничения права на тайну почтовой связи связывает с расследованием наиболее общественно опасных

¹ Филимонов Б.А. О правовом регулировании и практике прослушивания телефонных переговоров в уголовном процессе Германии // Вестник МГУ. Серия 11. Право. 1991. №5, с.56.

² Филимонов Б.А. Там же, с.57.

преступлений: преднамеренные преступления, наказуемые лишением свободы на срок не менее пяти лет, контрабанда, преступления, связанные с наркотиками, с применением огнестрельного оружия и так дал ее¹.

Анализируя международный опыт регулирования оперативно-розыскных мероприятий, затрагивающих право на неприкосновенность частной жизни, можно выделить некоторые общие тенденции развития законодательства. Во-первых, различен порядок предварительного санкционирования в отношении иностранцев и граждан государства. В первом случае, как правило, отсутствует предварительный судебный контроль. Более того, официальные законы, устанавливающий официальный порядок проведения негласных мероприятий в отношении иностранцев, могут не применяться. Во-вторых, обращает внимание чёткое закрепление оснований проведения таких мероприятий, и в первую очередь, конкретный перечень преступлений, по которым возможна оперативно-розыскная деятельность. Законодательство подчёркивает, что указанная деятельность всегда носит исключительный характер, так как затрагивает основные (конституционные) права. В-третьих, законодательство очерчивает круг сведений, имеющих доказательственное значение, характер которых должен всегда быть указан в судебном ордере. При этом фиксируется обязательное уничтожение материалов, не имеющих отношения к расследуемым уголовным делам.

В Решении по делу Крюслен против Франции Европейский Суд по правам человека, признав несоответствие правоприменительной практики Франции гарантиям Европейской Конвенции, установил: «...ни в одном документе не определены категории лиц, телефоны которых могут быть прослушаны по постановлению суда, равно как не определён характер правонарушений, при котором возможно прослушивание... Равным образом не установлен порядок - составления итоговых протоколов, фиксирующих прослушанные разговоры. Не оговорены меры предосторожности, которые должны приниматься для сохранения записей в целости и сохранности на случай возможной проверки их судьёй или адвокатом. Не определены обстоятельства, при которых записи могут или должны быть размагничены, а также когда необходимо уничтожать ленты с записями (например, при снятии обвинения или оправдания судом)».

¹ Горяинов К.К., Кваша Ю.Ф., Сурков К.В. Федеральный закон « Об оперативно-розыскной деятельности»: Комментарий. М, 1997,с. 224.

В Российской Федерации за нарушение тайны переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных или иных сообщений предусмотрена уголовная ответственность (статья 138 УК РФ): «наказывается штрафом в размере от пятидесяти до ста минимальных размеров оплаты труда или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до одного месяца, либо обязательными работами на срок от ста двадцати до ста восьмидесяти часов, либо исправительными работами на срок до одного года».

По части второй статьи 138 УК РФ наступает ответственность за то же деяние, совершенное лицом с использованием своего служебного положения или специальных технических средств, предназначенных для негласного получения информации.

Нарушение тайны переписки, переговоров и иных сообщений имеет место в случае, когда корреспонденция становится достоянием других лиц без согласия адресата.

Данное преступление будет оконченным с момента ознакомления с содержанием конфиденциальной корреспонденции, подслушивания телефонных переговоров.

Это преступление может быть совершено только умышленно. Виновный осознает, что он изымает, знакомится с чужой корреспонденцией, прослушивает чужие переговоры, и желает совершить действия, нарушающие тайну переписки, переговоров и так далее¹.

Обобщение вышеизложенного позволяет выделить принципы, которым должен отвечать Федеральный Закон «Об оперативно-розыскной деятельности»:

- основание для ограничения тайны почтовой связи - только постановление суда, как исключение, по приказу руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскные мероприятия, с последующим утверждением судьи, а в случае отказа - незамедлительное прекращение таких мероприятий;

- исчерпывающий перечень субъектов, в отношении которых могут вводиться ограничения, предусмотренные статьей 23 Конституции РФ. На наш взгляд к ним могут быть отнесены: обвиняемый, подозреваемый в совершении преступления либо его близкие родственники или знакомые, характер общения с которыми свидетельствует о наличии у них общего умысла в сокрытии информации, имеющей доказательственное значение по уголовному делу;

¹ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (издание второе, измененное и дополненное) / под ред. Ю.И. Скуратова, В.М. Лебедева. М. 1997.

- обязательность уничтожения материалов, полученных в результате оперативно-розыскных мероприятий, если они проведены: а) с нарушением закона, то есть без какого-либо законного основания, будь то судебный ордер или приказ руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскные мероприятия, б) по приказу руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскные мероприятия с последующим отказом судьи в санкционировании таких действий; в) в отношении другого лица, которое не указано в постановлении судьи; г) после прекращения действия оснований, являющихся обязательными для проведения оперативно-розыскных мероприятий. Также подлежит уничтожению информация, не имеющая отношения к уголовному делу. Исключение может составлять информация, собранная в отношении лиц, являющихся членами организованной преступной группировки;

- закрепление исключительного характера оперативно-розыскных мероприятий, ограничивающих право на тайну почтовой связи. Данное положение предполагает возможность применять их только в том случае, когда получение необходимых данных невозможно другими способами.

Частная жизнь и право на получение информации

Право на неприкосновенность частной жизни на прямую связано с правовым режимом информации. Сведения о частной жизни лица могут накапливаться в различных информационных базах данных. Передача этих сведений и происходит в виде передачи информации. Статья 24 Конституции РФ провозглашает, что «сбор, хранение, использование и распространение информации о частной жизни лица без его согласия не допускается».

Федеральный закон «Об информации, информатизации и защите информации» определяет информацию следующим образом - «сведения о лицах, предметах, фактах, событиях, явлениях и процессах независимо от формы их представления» (статья 2)¹. Данная дефиниция говорит о том, что информация необязательно должна быть задокументирована, чтобы использование и распространение её подпадало под конституционный запрет. Поэтому информация может предоставляться как в устной, так и в письменной форме. Наиболее

¹ Собрание законодательства РФ. 1995. № 8. Ст. 609.

актуальной проблемой использования информации сейчас является нахождение её в электронных банках данных.

Авторы Комментария к Конституции РФ справедливо отмечают: «В нашей стране проблемы защиты прав личности при работе с информацией о гражданах (персональными данными) до последнего времени не считались актуальными. Изменение концептуальных подходов ко многим явлениям жизни нашего общества коснулось и охраны прав граждан, в том числе защиты личности от несанкционированного сбора персональных данных, от злоупотреблений, возможных при сборе, обработке и распространении информации персонального характера»¹.

Наибольшую актуальность установление названного запрета в статье 24 Конституции РФ приобретает пропорционально росту числа компьютеров в стране, движению к созданию единой компьютерной информационной сети. При наличии единого информационного пространства юридический аспект сбора и использования информации о частной жизни лица усложняется. Проиллюстрируем примером. Гражданин К. желает устроиться на работу, обращается в бюро по трудоустройству, заполняет огромное количество анкет, которые заносятся в компьютер. Гражданин К. обращается к врачу, который всю информацию о его лечении, болезни заносит в компьютер. Гражданин К. снимает суммы со своего банковского счёта, делает покупки в магазине с помощью банковской карточки, страхует имущество, обучается на курсах менеджмента. И везде, куда бы не обращался гражданин К., та или иная информация о нём заносится в электронную базу данных. Необходимость этого диктуется не обязанностью перед государством или прихотью руководителей организаций, а удобством и экономической целесообразностью. Референт - работник магазина или страховой компании - занося информацию в свой компьютер даже не думает о том, что есть интерес в том, чтобы у кого-то была полная картина о жизни гражданина К. И гражданин К. меньше всего задумывается о том, что на него есть какой-то специальный файл, где отражается часть его частной жизни. В данном случае право уже не может определять правовой режим только с помощью дозволений и запретов. Более того, в начале стали формироваться банки электронных данных, а уже потом возникла потребность поставить их под особый контроль со стороны общества и государства. Данная

¹ Комментарий к Конституции РФ. М., 1994, с. 74.

проблема имеет глобальное значение особенно для развитых стран, опирающихся на мобильные информационные ресурсы и высокоточные технологии. В Советском Союзе отсутствовала данная проблема из-за неразвитости ПЭВМ, в отношении Западных стран она подавалась как особый способ подавления личности капиталистическим обществом: «Таким образом, независимо от того, знает об этом американский гражданин или нет, каждый раз, когда он подаёт сведения о налогах, оформляет страхование жизни или получение кредита, ходатайствует о правительственных льготах или оформляется на работу, путешествует по коммерческой авиалинии, снимает комнату в отеле или берёт на прокат автомашину, он, вероятнее всего, оставляет следы в памяти ЭВМ. Эти следы, будучи скоррелированы и проанализированы, могут дать информационный портрет американского гражданина»¹.

Вернёмся к нашему гражданину К. Допустим, что некая организация заинтересована в получении сведений о данном гражданине. Достаточно иметь доступ ко всем информационным системам, чтобы, не выходя из офиса, представить о его жизни полное представление. Наличие анкеты в бюро по трудоустройству говорит о том, что К. либо не работает, либо не доволен своим местом работы. Если имеется последний вариант, то К. может рассматриваться как благоприятная мишень для фирм, занимающихся промышленным шпионажем, для фирм-конкурентов. Сведения о его здоровье интересуют потенциальных работодателей. Определённые покупки также могут свидетельствовать о пристрастиях гражданина К². Посещение специальных курсов даёт основания предполагать о желании изменить своё существование. Может ли право урегулировать подобную ситуацию, не противопоставляя экономический интерес интересам личности, общества и государства? Или стоит согласиться с мнением, что нарушение неприкосновенности частной жизни - это необходимая цена прогресса.

Систематизация персональных данных облегчается при введении единого идентификационного номера гражданина. Это означает, что

¹ Николайчик В.М. США: полицейский контроль над обществом. М., 1987, с. 51.

² В одном из американских фильмов это показывается очень характерным примером. Мужчина покупает нижнее бельё для женщины. Зная антропометрические данные его супруги, можно сделать вывод, что, покупая иной размер, делается покупка для другой женщины. Детектив делает соответствующий вывод о наличии любовницы, то есть компрометирующей связи. После этого проводятся иные сыскные мероприятия.

в рамках каких-либо отношений гражданину присваивается личный индивидуальный номер, который ему необходимо указывать при обращении в любую организацию. В этом случае аккумулирование всех персональных данных производится путём обработки всего массива информации через личный номер. Тем самым во всей электронной системе находится «ниточка», потянув за которую (главная задача знать личный номер) можно получить полный объём обработанной информации. Данная проблема называется проблемой «Большого Брата»¹ - «В данном случае меры защиты состоят либо в законодательном запрете на введение в стране какого-либо универсального идентификационного кода, либо в тщательном и жёстком правовом регулировании использования уже существующего в стране единого персонального идентификатора»².

Статья 83 Налогового кодекса РФ³ предусматривает, что «в целях проведения налогового контроля налогоплательщики подлежат постановке на учет в налоговых органах...». Статья 84 дополняет, что «каждому налогоплательщику присваивается единый по всем видам налогов и сборов, в том числе подлежащих уплате в связи с перемещением товаров через таможенную границу Российской Федерации, и на всей территории Российской Федерации идентификационный номер налогоплательщика». Иными словами действующее российское законодательство предусматривает присвоение единого личного номера (ИНН), в том числе, и гражданам. Налоговый кодекс устанавливает, что каждый налогоплательщик указывает свой идентификационный номер в подаваемых в налоговый орган декларации, отчете, заявлении или ином документе, а также в иных случаях, предусмотренных законодательством. Иными словами установленная законом обязанность у граждан состоит только в том, что налогоплательщик должен указывать свой ИНН только в документах, представляемых в налоговые органы.

Министерство РФ по налогам и сборам издало Приказ от 27 ноября 1998 года № ГБ-3-12/309 «Об утверждении порядка и условий присвоения, применения, а также изменения идентификационного номера налогоплательщика и форм документов, используемых при

¹ В честь романа Джорджа Оруэлла «1984».

² Иванский В.П. Правовая защита информации о частной жизни граждан. М., 1999, с. 23.

³ Собрание законодательства РФ. 1998. № 31. Ст. 3824.

учете в налоговом органе юридических и физических лиц», в котором указывается, что «Идентификационный номер налогоплательщика (ИНН) формируется как цифровой код, состоящий из последовательности цифр»¹. Его основное предназначение и состоит в том, чтобы упростить электронную систему учёта и контроля налогоплательщиков. Одновременно сведения об идентификационном номере налогоплательщика не относятся к налоговой тайне. Практика свидетельствует о том, что при выплате любых вознаграждений физическим лицам бухгалтерия предприятий, учреждений, организаций требует указания ИНН. Зарубежная практика свидетельствует о том, что нередко вводится прямой запрет на обязательность указания единого кода физического лица при совершении сделок или оказании услуг.

Следует отметить, что установление запрета, аналогичному статье 24 Конституции РФ, характерно для большинства Конституций стран Восточной Европы, принимавшихся в настоящее время. Это означает, что проблема сбора информации о гражданине вышла на качественно новый уровень, когда недостаточно защиты только в отраслевом законодательстве, а требуется фиксация в Основном законе. Текстуальное закрепление во многом идентично статье 24 Конституции РФ. Что же подразумевает под этим запретом Конституция Российской Федерации?

Под сбором, как представляется, следует понимать подбор, корректировку, классификацию и учёт информации в отношении конкретного лица². Причём следует установить, что не всякий сбор информации подпадает под конституционный запрет. О применимости статьи 24 Конституции РФ не следует говорить при составлении «портрета» лица, когда источником информации являются открытые информационные ресурсы, например, средства массовой информации, официальные документы. Более того, в данном случае происходит «конфликт» запрета на сбор информации и права на получение информации.

Хранение можно определить как совокупность мер, призванных обеспечить наличие полученной информации, а также предотвратить

¹ Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 1999. № 1.

² Параграф 3 Федерального закона «Об охране данных» (ФРГ): «4. Сбор (сведений) есть приобретение данных о каком-либо физическом лице». См. Иванский В.П. Правовая защита информации о частной жизни граждан. М., 1999.

её разрушение с течением времени. Причём здесь нет каких-то временных обязательных признаков нахождения информации у субъекта. Для приведения в действие конституционной нормы достаточно самого наличия материала, независимо от того, насколько долго он хранился у пользователя.

Использование - это применение данной информации. При этом распространение - есть одна из форм использования и является применением информации во вне. Следует учитывать, что не является обязательным признаком нарушения доведение информации до какого-то определённого круга лиц. Сообщение будет считаться распространённым, если об этом стало известно хотя бы одному лицу, либо помещение их в открытом месте для всеобщего обозрения (доступа).

Конституционное выделение различных режимов (сбор, хранение, использование) предполагает и различные методы их государственного регулирования. Так, в отношении сбора законодательно возможно определение видов информации, собирать которую запрещено. Например, статья 8 Федерального закона «Об основах государственной службы Российской Федерации» предусматривает, что «сбор и внесение в личные дела и реестры государственных служащих сведений об их политической и религиозной принадлежности, о частной жизни запрещаются». Для организаций, осуществляющих сбор и хранение информации, может вводиться режим лицензирования и государственной регистрации массива данных. Тем самым по отношению к ним, государство вправе вводить особые формы государственного контроля. Использование также должно подчиняться принципам защиты частной жизни. Это и введение обезличивания информации, закрепления условий уничтожения информации, введение общего принципа ненарушения права на неприкосновенность частной жизни и так далее. Всё это показывает, насколько серьёзна проблема обеспечения прав человека в информационном обороте. К сожалению, следует констатировать тот факт, что российское законодательство «бедно» в этом вопросе в сравнении с нормативными актами за рубежом. Уже продолжительное время в архивах Государственной Думы РФ «пылятся» проекты законов «О праве на информацию» и «Об информации персонального характера». Но законодательный орган не приступил к их детальному рассмотрению-

Информация в XXI веке считается объектом, имеющим высокую стоимостную оценку. Таким объектом покупки зачастую становятся

именно сведения о частной жизни граждан. Заинтересованных субъектов в её обладании много, а спрос рождает предложение. Это банки, кредитные учреждения, желающие узнать стиль жизни человека, пристрастия, характер при решении вопроса о выделении целевого кредита, чтобы определить степень риска вложений. Интересует, как правило, поведение на работе и в семье. Уравновешен ли или склонен к эмоциональным срывам, насколько сильно пристрастен к алкоголю. Практически любое банковское учреждение собирает информацию как о своих клиентах так и об иных лицах, причём независимо от того, есть ли вероятность их последующего обращения или нет.

Мировая практика показывает, что второй группой субъектов, которых интересуют интимные подробности жизни, являются страховые компании. Их сфера интересов - состояние здоровья клиента, а также психологические характеристики.

Третья группа - работодатели. Интересуют, прежде всего, личные качества. Способы добывания информации совершенствуются постоянно. Наиболее простой - заполнение психологических тестов. Более утончёнными являются установления личных качеств по почерку, рисункам и так далее.

Большинство стран пытаются жестко контролировать правовой режим информации относительно частной жизни граждан. Так, в Соединённых Штатах Америки в 1976 году вступил в силу закон о свободе информации, в 1974 году - Закон о защите частной жизни человека, в Великобритании в 1984 году - закон о защите информации, в ФРГ в 1976 году - закон о защите от злоупотреблений данными личного характера, во Франции в 1978 году - закон об обработке Данных, файлов данных и индивидуальных свободах и т.д. Большинство из них наделяют заинтересованное лицо правом на получение информации о данных, собранных в отношении его, на её уточнение, блокирование или уничтожение. В случае отказа возможно обжалование как административное, так и судебное. Примером могут служить нормы закона США о защите частной жизни человека. Параграф 552 а (г) предусматривает обязанность каждого учреждения, занимающегося ведением системы данных, (1) по любому запросу любого физического лица предоставлять ему доступ к данным по Нему, содержащимся в системе, разрешать ему и, по его просьбе, Выбранному им самим сопровождающему лицу, изучать данные и получать копии всех данных или любой их части в доступной его

пониманию форме; (2) разрешать физическому лицу обращаться с просьбами об изменении данных о нём; (3) разрешать физическому лицу, несогласному с отказом учреждения изменить данные, касающиеся его, обращаться с просьбой о пересмотре такого отказа¹.

В Российской Федерации принят в 1995 году Федеральный закон «Об информации, информатизации и защите информации». Даты принятия законов говорят сами за себя, насколько Россия отстаёт в этом вопросе. Несмотря на то, что закон сам носит рамочный характер, содержит много отсылочных норм к ещё не принятым правовым актам, принципиальные положения, направленные на защиту частной жизни граждан в нём есть. Так, статья 14 закрепляет: «Граждане и организации имеют право на доступ к документированной информации о них, на уточнение этой информации в целях обеспечения ее полноты и достоверности, имеют право знать, кто и в каких целях использует или использовал эту информацию. Ограничение доступа граждан и организаций к информации о них допустимо лишь на основаниях, предусмотренных федеральными законами». Документированная информация о гражданах должна предоставляться бесплатно по требованию тех лиц, которых она касается. Ограничения возможны лишь в случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации. Отказ владельца информационных ресурсов субъекту в доступе к информации о нем может быть обжалован в судебном порядке.

Указанный Федеральный закон впервые вводит в российскую практику понятие «персональные данные»: «информация о гражданах (персональные данные) - сведения о фактах, событиях и обстоятельствах жизни гражданина, позволяющие идентифицировать его личность» (статья 2). Указом Президента РФ от 6 марта 1997 года № 188 утверждён Перечень сведений конфиденциального характера², в который включены также «сведения о фактах, событиях и обстоятельствах частной жизни гражданина, позволяющие идентифицировать его личность (персональные данные), за исключением сведений, подлежащих распространению в средствах массовой информации в установленных федеральными законами случаях». Как видно, сам Указ «подправляет» положения закона, несколько ограничив понятие

¹ См. более подробно Закон о защите частной жизни человека 1974 г.// Ваше право на правительственную информацию. Спб., 1996.

² Собрание законодательства РФ. 1997. № 10. Ст. 1127.

«персональные данные», включив в него только обстоятельства частной жизни лица и исключив сведения, подлежащие распространению в СМИ¹.

Анализ статьи 24 Конституции РФ позволяет сделать вывод, что никто не может производить сбор, хранение, использование и распространение о частной жизни лица без его согласия, так как сама статья не содержит конкретного адресата, к кому относится данная обязанность. Это правило распространяется на органы государственной власти, местного самоуправления, организации, предприятия, учреждения независимо от форм собственности и ведомственной принадлежности, общественные объединения, государственных служащих, должностных лиц. Норма корреспондируется также и к иностранным организациям и гражданам.

Конституция РФ не связывает ограничение на сбор, хранение, использование и распространение информации о частной жизни с наличием гражданства Российской Федерации, то есть защита распространяется на иностранных граждан и лиц без гражданства, лиц, обладающих двойным гражданством. Действие запрета имеет место по отношению к лицам, как постоянно находящимся на территории РФ, так и временно находящимся.

Одновременно указанный запрет не носит абсолютный характер. Более того, законодательство предусматривает деятельность организаций, занимающихся этим на профессиональной основе. Таковыми являются, например, правоохранительные органы. Так, статья 5 Закона РФ «О милиции» содержит общее правило: «Милиция не имеет права собирать, хранить, использовать и распространять информацию о частной жизни лица без его согласия, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом». Статья 11 данного за-

¹ Проект Федерального закона «Об информации персонального характера» даёт более развёрнутое понятие персональных данных. Это - «зафиксированная на материальном носителе информация о конкретном человеке, отождествленная с Конкретным человеком или которая может быть отождествлена с конкретным Человеком, позволяющая идентифицировать этого человека прямо или косвенно, В частности посредством ссылки на идентификационный номер или на один или несколько факторов, специфичных для его физической, психологической, ментальной, экономической, культурной или социальной идентичности». Проект Поясняет, что к персональным данным относятся: биографические и опознавательные данные, личные характеристики, сведения о семейном положении, социальном положении, образовании, навыках, профессии, служебном положении, финансовом положении, состоянии здоровья и прочее (статья 3).

кона, раскрывая права милиции, предусматривает, в частности: осуществлять предусмотренные законодательством учеты физических и юридических лиц, предметов и фактов и использовать данные этих учетов (пункт 14); использовать для документирования своей деятельности информационные системы, видео- и аудиотехнику, кино и фотоаппаратуру, а также другие технические и специальные средства, не причиняющие вреда жизни, здоровью человека и окружающей среде; получать безвозмездно от организаций и граждан информацию, за исключением случаев, когда законом установлен специальный порядок получения соответствующей информации (пункт 30).

Государство разрешает также на профессиональной основе такую деятельность и негосударственным организациям. К таковым можно отнести частных детективов, для которых сыск - основной род деятельности.

Закон РФ « О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации»¹ фиксирует, что частным детективом может стать любой гражданин РФ, имеющий лицензию на частную сыскную деятельность.

В целях сыска разрешается предоставление следующих видов услуг:

- 1) сбор сведений по гражданским делам на договорной основе с участниками процесса;
- 2) изучение рынка, сбор информации для деловых переговоров, выявление некредитоспособных или ненадежных деловых партнеров;
- 3) установление обстоятельств неправомерного использования в предпринимательской деятельности фирменных знаков и наименований, недобросовестной конкуренции, а также разглашения сведений, составляющих коммерческую тайну;
- 4) выяснение биографических и других характеризующих личность данных об отдельных гражданах (с их письменного согласия) при заключении ими трудовых и иных контрактов;
- 5) поиск без вести пропавших граждан;
- 6) поиск утраченного гражданами или предприятиями, учреждениями, организациями имущества;
- 7) сбор сведений по уголовным делам на договорной основе с участниками процесса. В течение суток с момента заключения кон-

¹ Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992-№ 17. Ст. 888.

тракта с клиентом на сбор таких сведений частный детектив обязан письменно уведомить об этом лицо, производящее дознание, следователя, прокурора или суд, в чем производстве находится уголовное дело.

Статья 5 Закона содержит дополнительные гарантии. В ходе частной сыскной деятельности допускаются устный опрос граждан и должностных лиц (но только с их согласия), наведение справок, изучение предметов и документов (только с письменного согласия их владельцев), внешний осмотр строений, помещений и других объектов, наблюдение для получения необходимой информации в целях оказания услуг.

При осуществлении частной сыскной деятельности допускается использование видео- и аудиозаписи, кино- и фотосъемки, технических и иных средств, не причиняющих вреда жизни и здоровью граждан и окружающей среде, а также средств оперативной радио- и телефонной связи.

Одновременно Закон не позволяет детективам проводить какие-либо оперативно-розыскные мероприятия. Это означает запрет на прослушивание телефонных и иных переговоров, контроль почтовых отправлений или цензуру корреспонденции, скрытую видео-, фотосъемку, что существенно ограничивает право на неприкосновенность частной жизни и не может быть оправданным в демократическом обществе.

Поэтому статья 7 содержит жесткий перечень ограничений в сфере деятельности частного детектива. Так, частным детективам запрещается:

- выдавать себя за сотрудников правоохранительных органов;
- собирать сведения, связанные с личной жизнью, с политическими и религиозными убеждениями отдельных лиц;
- осуществлять видео- и аудиозапись, фото- и киносъемку в служебных или иных помещениях без письменного согласия на то соответствующих должностных или частных лиц;
- разглашать собранную информацию, использовать ее в каких-либо целях вопреки интересам своего клиента или в интересах третьих лиц.

Проведение сыскных действий, нарушающих тайну переписки, телефонных переговоров и телеграфных сообщений либо связанных с нарушением гарантий неприкосновенности личности или жилища, влечет за собой установленную законом ответственность.

Частный детектив также самостоятельно обязан обеспечивать конфиденциальность обращения к нему. Начало возникновения такой обязанности - момент обращения клиента, срок её соблюдения законодательством не определён и не заканчивается моментом выполнения сыскных мероприятий или контракта. Ответственность за разглашение сведений составляющих тайну частной жизни может быть гражданско-правовой и административно-правовой. В первом случае ответственность налагается в судебном порядке, для этого необходима инициатива потерпевшего. Во втором случае непосредственного заявления от пострадавшей стороны не требуется. Органы внутренних дел могут самостоятельно выявить факт нарушения при проведении контрольных мероприятий. В этом случае органы внутренних дел, выдавшие лицензию на осуществление частной детективной деятельности, вправе её аннулировать. Зачастую крупные сыскные фирмы занимаются незаконным сбором информации о частной жизни граждан. Самым крупным скандалом может служить уголовное дело, возбужденное против сотрудников фирмы «Атолл», прослушивавших телефонные разговоры крупных государственных чиновников, включая Президента РФ. Но это, по-видимому, не следует рассматривать как проявление несовершенства действующего законодательства.

Из уст представителей частных детективных организаций нередко можно услышать мнение об отмене формулировки, требующей согласие лица на проведение действий, нарушающих его право на неприкосновенность частной жизни. Обусловливается это тем, что тем самым отрицается сама детективная деятельность, которая основана на добыче фактов, причём, как правило, тех, которые тщательно скрываются. Обращает внимание, что такое мнение преследует, прежде всего, корыстные цели, чтобы «развязать себе руки» для законного электронного наблюдения и проведения высокооплачиваемых мероприятий, аналогичных оперативно-розыскным. К тому же устранение запрета приведёт к произвольному ограничению конституционных прав и свобод (достаточно заключить контракт в отношении кого-либо - объекта разработок), а часть 3 статьи 55 Конституции РФ предусматривает допустимые ограничения в строго очерченных целях.

Правоохранительные органы, как было сказано, принимают активное участие в сборе информации. Следует отметить, что сбор информации не всегда связан с реагированием на какое-то правона-

рушение. Правоохранительные органы заинтересованы в создании картотек, которые оказывали бы существенную помощь в профилактике и раскрытии преступлений. Это дактилоскопические карты, фотографические альбомы и так далее. Это связано с тем, что некоторые признаки, присущие человеку, сугубо индивидуальны. Наличие отпечатков пальцев может говорить о том, что данный гражданин находился в данном месте. Поэтому наличие дактилоскопических карт поможет идентифицировать, например, личность правонарушителя. Также индивидуальна конструкция ДНК, формулу которой можно вывести из мельчайших частиц, оставленных на месте правонарушения. Во многих государствах предлагается провести полную «инвентаризацию» граждан по некоторым признакам. Наиболее распространённый метод - это формирование банка дактилоскопических карт.

В Российской Федерации в 1998 году был принят Федеральный закон «О государственной дактилоскопической регистрации в Российской Федерации»¹. При принятии закона некоторыми депутатами предлагалось ввести обязательную дактилоскопическую регистрацию для всех граждан. Аргументами против были нехватка технических средств (основной) и чрезмерное ограничение прав и свобод гражданина.

Цель государственной дактилоскопической регистрации закрепляется статьёй 2 Закона - идентификация личности человека.

Статья 6 Закона, исходя из целей, определяет, для чего используется дактилоскопическая информация, полученная в результате проведения государственной дактилоскопической регистрации. Это:

- розыск пропавших без вести;

- установление по неопознанным трупам личности человека;

- установление личности граждан Российской Федерации, иностранных граждан и лиц без гражданства, не способных по состоянию Здоровья или возрасту сообщить данные о своей личности;

- подтверждение личности граждан Российской Федерации, иностранных граждан и лиц без гражданства;

- предупреждение, раскрытие и расследование преступлений, а также предупреждение и выявление административных правонарушений.

Закон, закрепляя добровольную и обязательную дактилоскопическую регистрацию, исходил из её назначения. Так, обязательной ре-

¹ Собрание законодательства РФ. 1998. №31. Ст. 3806.

гистрации подлежат представители правоохранительных и иных органов и организаций, чья профессиональная деятельность связана с риском для жизни (ФСБ, МВД, СВР и т.д.). Несмотря на то, что закон лишь вводит общее правило, делегируя определять перечень должностей, нахождение которых подразумевает обязательную регистрацию в рамках службы, Правительству РФ, в Постановлении, принятому в развитие Закона, указывается фактически весь кадровый состав той или иной службы¹.

Любой гражданин Российской Федерации имеет право на добровольную государственную дактилоскопическую регистрацию, проводимую органами внутренних дел. Для этого достаточно личного волеизъявления, оформленного в письменном виде. Статья 10 Федерального закона предусматривает также, что возможна дактилоскопическая регистрация недееспособных или ограниченных судом в дееспособности, малолетних и несовершеннолетних. Письменного заявления обследуемого не требуется. Он истребуется от законных представителей, сама регистрация проводится в присутствии их родителей (усыновителей) или опекунов, попечителей.

Нормы Закона дополнительно устанавливают основные требования к хранению и использованию дактилоскопической информации: «Условия хранения и использования дактилоскопической информации должны исключать возможность ее утраты, искажения и несанкционированного доступа к ней».

Банки данных создаются не только по дактилоскопическим картам. Различная информация накапливается, исходя из различных критериев, источников, целей использования и так далее. Наиболее применяемой является федеральная автоматизированная информационно-поисковая система «Розыск», «Документ», комплектуемая для учёта транспортных средств. Для Российской Федерации характерно, что большинство федеральных электронных накопителей находятся под грифом секретности, причём не только их содержание, но и само их наличие.

¹ См. более подробно Постановление Правительства РФ от 6 апреля 1999 года. Закон предполагает введение специального перечня должностей, предусматривая, по-видимому, что могут быть должности, которые не предусматривают обязательности дактилоскопической регистрации. Правительство РФ же определило (и, наверно, оправданно), например - «должности в органах федеральной службы безопасности», включая всех служащих.

По данным американской печати, так часто используемой российскими средствами массовой информации, спецслужбами по определённым критериям ведётся регулярный отбор информации о гражданах. Ещё в 1985 году в одной из опубликованных монографий приводилось, что обработка информации осуществляется по 10 категориям: «1) о лицах, группах и организациях, которые совершили или готовили покушение на лиц, охраняемых Соединёнными Штатами, и высших государственных деятелей на территории страны и за её пределами; 2) о лицах, группах и организациях, которые совершили или готовили покушение на крупных должностных лиц на территории страны и за её пределами; 3) о применении физического насилия или покушения как средства политической борьбы; 4) о всех лицах, которые, вступая в контакт с государственными деятелями, угрожали им; 5) о всех лицах, которые в статьях или публичных высказываниях о высших должностных лицах государства допускали: а) угрозы, б) гневные выпады, в) обвинения в злоупотреблении властью, 6) о виновниках транспортных происшествий; 7) о террористах; 8) о владельцах оружия и боеприпасов; 9) об участниках антиамериканских и антивоенных демонстраций; 10) об участниках общественных беспорядков»¹.

Сведения, собираемые полицией в США можно условно разделить на три группы. В первую группу входят ДТП, несчастные случаи, различные официальные заявления и жалобы. Вторая группа включает в себя информацию и доклады по рассматриваемым делам. Они являются секретными, пока подозреваемому не будет предъявлено обвинение. И третью группу составляют «досье, содержащие разведывательную, нередко «сырую», информацию относительно деятельности организованной преступности, распространения азартных игр, проституции, наркомании и тому подобное. Сюда же входит информация относительно «подрывной деятельности». Информация, относящаяся к третьей группе, является секретной и в материалах уголовного дела прямо не отражается»². Систематизация такой информации преследует благую цель - помощь в раскрытии возможных преступлений, профилактическая деятельность правоохранительных органов. Одновременно многими юристами в самих США

¹ Благож И. Формы правления и права человека в буржуазных государствах. М., 1985, с. 139-140.

² См. более подробно Николайчик В.М. США: полицейский контроль над обществом. М., 1987, с. 41.

создание таких банков данных рассматривается как излишнее вторжение в частную жизнь человека. Систематизируются не только реальные правонарушения, но и события, которые, так или иначе, попадают в поле деятельности полиции. Любые заявления, даже если они не будут подтверждены, будут сохранены в банке данных. Наибольшее распространение в США получают так называемые ограничительные иски. Суть их в том, что по результатам рассмотрения дела суд запрещает лицу приближаться к другому лицу более чем на какое-либо расстояние: 100 метров, 500 метров (на усмотрение суда). Например, лицу (несовершеннолетнему) предъявляется ограничительный иск, потому, что он дурно влияет на сверстника, или предъявлено обвинение в действиях, носящих сексуальный характер. Суд выносит решение, запрещая приближаться на определённое расстояние. Данное решение заносится в электронный банк данных, и гражданин на всю жизнь остаётся с этим клеймом. При совершении в районе его места жительства сексуальных преступлений, этот гражданин, в первую очередь, будет подозреваемым.

В качестве другого примера можно привести кампанию, развязанную западноевропейскими средствами массовой информации, против педофилии. Ряд газет в Великобритании и Италии опубликовали список граждан, которым предъявлялись обвинения в развращении малолетних. Некоторые фамилии оказались ошибочными, как неверно указывался и адрес места жительства. Некоторые ни в чём неповинные лица пострадали от массовой истерии, развязанной соседями. Данные факты говорят ещё об одной проблеме, не является ли такое развязывание политики всеобщего ostracism нарушением прав, пусть и преступника, но человека. С одной стороны преследуется законная цель - защитить права и свободы граждан, с другой - права гражданина, который уже отбыл наказание за своё противоправное деяние. Тем самым им искуплена вина перед обществом, и есть ли в этом случае необходимость в дальнейшем предавать огласке факт совершения преступления. При этом следует учитывать, что для распространения передаётся только часть информации - только факт осуждения за какое-либо деяние. В этом случае о лице намеренно разглашается его неполная характеристика. Следует также учитывать и степень восприятия этой информации самими гражданами, смогут ли они адекватно отреагировать на неё, дать справедливую оценку всему жизненному пути гражданина. Даже в судах в Соединённых Штатах Америки при расследовании уголовного дела ин-

формация, касающаяся предыдущих неправильных действий или осуждения обвиняемого, «сохраняется в тайне от судьи и присяжных, участвующих в конкретном деле»¹, чтобы заранее не сложился обвинительный уклон.

При этом средства массовой информации самостоятельно нагнетают определённую атмосферу, тем самым даже «благочестивые бюргеры» начинают вести себя так, как они никогда бы не вели в нормальной ситуации. Борьба с педофилами - ярчайший пример, когда лиц, попавших в список стали избивать соседи, их дома громились и поджигались людьми, отнюдь не относящимися к стоящим в самом низу на социальной лестнице. В шестидесятые годы С. Милгрэм (психолог) поставил интересный эксперимент. Милгрэм представил испытуемым программу воздействия наказания на заучивание слогов. Испытуемый должен был наказывать « ученика» за каждую ошибку электрическим током, повышая каждый раз напряжение. Психолог объяснил, что очень важно довести эксперимент до конца и подчиняться его указаниям. После чего « добропорядочные отцы семейства» посылали ученику разряды до 300 вольт, несмотря на его просьбы и крики. Две трети испытуемых полностью подчинились экспериментатору, хотя им не обещалось ни вознаграждение ни какое-то наказание². Это показывает, что люди привыкли подчиняться, часто руководствуются стереотипами, не затрудняя себя объективной оценкой реальности.

Сторонники разглашения факта осуждения за некоторые преступления обосновывают это высоким процентом рецидива насильственных противоправных деяний. На их стороне и апеллирование к общественному мнению, запуганному историями о серийных убийцах. Так, в середине 90- х годов в Соединённых Штатах Америки был принят закон, предписывающий « лицам, осужденным за совершение полового преступления, в течение 10 лет после освобождения из тюрьмы регистрироваться в полиции штата, а для некоторых из них с повышенной агрессивностью устанавливается постоянная регистрация - без ограничения во времени. Общины уведомляются о том, что данный преступник живёт на их территории или направляется к

¹ Уильям Дж. Янг. США: суды и средства массовой информации // Российская юстиция. 1996. № 1, с. 58.

² См. более подробно Годфруа Ж. Что такое психология: В 2-х т. Т. 1. М., 1992, с. 92-93. Следует добавить, что подопытные симулировали страдания, так как напряжение отсутствовало, но испытуемые об этом не знали.

ним»¹. По-видимому, сложно однозначно оценивать введение таких мероприятий.

Российские правоохранительные органы также используют систематизированные данные по различным группам преступлений, «почерку» преступника и так далее. Административная деятельность по такому роду выполнения задач охватывается Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности».

Создание единой компьютерной сети в масштабах всего государства создаёт не только удобства коммерческим компаниям, способствует развитию рыночных отношений. В этом напрямую заинтересовано и государство. Подтверждением служат «баталии» в законодательном органе России вокруг института регистрации граждан по месту жительства. В 1993 году, когда зашла речь, что необходимо законодательно закрепить полный отказ от института прописки, многими депутатами справедливо предлагалось вообще отказаться от каких-либо действий, связанных с фиксацией места жительства гражданина. Иное приведёт к реанимации прописки, только в уродливой форме. Подтверждение этому может служить 7-летняя история Закона РФ «О праве граждан на свободу передвижения, выбор места пребывания и места жительства в пределах РФ». Периодически Конституционный Суд РФ выносит решения по тем или иным региональным законам, толкующим регистрацию как форму прописки. И до сих пор мэр города Москвы заявляет, что Постановления Конституционного Суда РФ для него не являются обязательными для исполнения. Противники прописки в 1993 году приводили опыт работы полиции западных стран, заявляя, что никакой прописки там нет. Соппротивление оказывали лоббисты правоохранительных органов. И их аргументом и было как раз, что в этих странах в условиях единого систематизированного информационного пространства такая проблема и не стоит, так как любого гражданина можно отследить по тем следам, которые он оставляет, расплачиваясь кредитной картой, получая страховку, заселяясь в гостиницу.

Подобная информационная сеть даже более чем в полицейском государстве ставит человека под контроль со стороны правоохранительных органов, поскольку он становится тотальным. Человек практически не может его избежать, причём это происходит порой без осознания этого самим человеком.

¹ Никифоров А.С. США: закон о контроле над насильственной преступностью // Государство и право. 1996. № 3, с. 127.

Часть 2 статьи 24 Конституции РФ фиксирует: «Органы государственной власти и органы местного самоуправления, их должностные лица обязаны обеспечить каждому возможность ознакомления с документами и материалами, непосредственно затрагивающими его права и свободы, если иное не предусмотрено законом». Данное правило носит общий характер и представляет собой корреспондирующую обязанность по отношению к представителям публичной власти. Механизм исполнения данной обязанности слабо развит как с точки зрения наличия правового материала, так и с точки зрения повседневного выполнения конституционной обязанности самими должностными лицами. Обращает внимание конструкция статьи. Создатели Конституции не пошли по пути закрепления права гражданина, а использовали включение обязанности, чтобы подчеркнуть важность и необходимость данного правила, обязательность его исполнения.

Признанными формами реализации гражданами такого правомочия выступает ознакомление с документами через общедоступные реестры, архивы, фонды, либо ознакомление на основании официального запроса (обращения) публичной администрации.

Статья 10 Федерального закона «Об информации, информатизации и защите информации» специально предусматривает запрет на отнесение к информации с ограниченным доступом некоторых сведений. К ним, в частности, относится:

законодательные и другие нормативные акты, устанавливающие правовой статус органов государственной власти, органов местного самоуправления, организаций, общественных объединений, а также права, свободы и обязанности граждан, порядок их реализации;

документы, содержащие информацию о чрезвычайных ситуациях, экологическую, метеорологическую, демографическую, санитарно-эпидемиологическую и другую информацию, необходимую для обеспечения безопасного функционирования населенных пунктов, производственных объектов, безопасности граждан и населения в целом;

документы, содержащие информацию о деятельности органов государственной власти и органов местного самоуправления, об использовании бюджетных средств и других государственных и местных ресурсов, о состоянии экономики и потребностях населения, за исключением сведений, отнесенных к государственной тайне;

документы, накапливаемые в открытых фондах библиотек и архивов, информационных системах органов государственной власти,

органов местного самоуправления, общественных объединений, организаций, представляющие общественный интерес или необходимые для реализации прав, свобод и обязанностей граждан.

До реального выполнения этих правил ещё далеко. Многая информация из перечисленного выше скрывается от граждан, поскольку может свидетельствовать о тех или иных нарушениях со стороны государственных органов.

Статья 13 упомянутого Федерального закона хотя и содержит общую норму - «Гарантии предоставления информации», по сути является бланкетной нормой к тем актам, которые не приняты до настоящего времени.

В соответствии с ней органы государственной власти и органы местного самоуправления создают доступные для каждого информационные ресурсы по вопросам деятельности этих органов и подведомственных им организаций, а также в пределах своей компетенции осуществляют массовое информационное обеспечение пользователей по вопросам прав, свобод и обязанностей граждан, их безопасности и другим вопросам, представляющим общественный интерес.

Предусматривается, что ряд информационных услуг должен оказываться бесплатно или за доступную плату. Перечень таких услуг должно устанавливать Правительство Российской Федерации. Несмотря на это обязанность свою Правительство не выполнило.

Конституция РФ в качестве обязанных субъектов упоминает только органы государственной власти и органы местного самоуправления, а также их должностные лица. Выпадают из этого круга коммерческие организации, общественные и религиозные объединения, некоторые другие субъекты правоотношений. В этой же логике выстроена и статья 33 Конституции РФ: «Граждане Российской Федерации имеют право обращаться лично, а также направлять индивидуальные и коллективные обращения в государственные органы и органы местного самоуправления».

Именно на основании этого положения Президент РФ наложил вето от 24 января 1998 года на Федеральный закон «Об обращениях граждан»: «В статьях 1, 2 и последующих статьях Федерального закона «Об обращениях граждан» в круг субъектов, рассматривающих обращения граждан, включены общественные объединения, предприятия, учреждения и организации независимо от форм собственности, что противоречит статье 33 Конституции Российской Федерации,

согласно которой граждане Российской Федерации имеют право обращаться только в государственные органы и органы местного самоуправления, а указанные организации к таковым не относятся. Они не могут наделяться государственными полномочиями, на них также не могут возлагаться обязанности, несвойственные их правовому положению».

Как было рассмотрено выше информацию о гражданах могут иметь не только государственные организации, но и частные компании. Тем самым, ставя под особый контроль, публичные организации, которые итак действуют на иных основах, чем коммерческие структуры, последние выводятся вообще из под какого-либо контроля как со стороны общества, так и государства. Следует отметить, что в Свердловской области принят региональный закон, который принял иную позицию, чем Президент РФ.

Конституция РФ в статье 24 закладывает основы правового регулирования не только обработки автоматизированной информации, но и сбора (хранения, распространения ...), носящего одноразовый характер, и обработанную в ручную. Конституция содержит, как уже указывалось, категорический императив. Однако, механизм его реализации не отработан, и это можно наблюдать при регулировании порядка приёма на работу. Может ли работодатель предъявлять дополнительные требования о представлении документов к соискателям должности, можно ли проводить тестирование, психологическое обследование с целью выявления личных качеств, вплоть до исследования с помощью полиграфа? На эти вопросы Кодекс законов о труде РФ не отвечает.

Статья 16 КЗоТ РФ закрепляет только общий принцип: Запрещается необоснованный отказ в приеме на работу, как равно и какое бы то ни было прямое или косвенное ограничение прав или установление прямых или косвенных преимуществ при приеме на работу в зависимости от пола, расы, национальности, языка, социального происхождения, имущественного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств, не связанных с деловыми качествами работников.

В соответствии со статьёй 19 КЗоТ РФ «при приеме на работу запрещается требовать от трудящихся документы, помимо предусмотренных законодательством». Но, как отмечают авторы Комментария, «в российском законодательстве перечень документов, необ-

ходимых для поступления на работу, в настоящее время отсутствует»¹. Только в отдельных законах, регулирующих вопросы государственной службы, указывается перечень таких документов. Злоупотреблений в этой сфере больше чем предостаточно. Граждане в большинстве случаев, зная о труднодоказуемости таких нарушений, не обращаются за защитой в правоохранительные инстанции. Судебная практика фактически отсутствует.

Примером недобросовестного использования информации негосударственной организацией может служить состоявшееся решение муниципального Чертановского суда в начале 1995 года по иску фотомодели Натальи Пацура к редактору-издателю эротического журнала «Андрей».

За несколько лет до этих событий Н. Пацура, только начиная свою карьеру фотомодели, согласилась позировать совершенно обнажённой фотохудожнику «Андрея» П. Максименко. Спустя полтора года, когда Пацура стала известной, строя свой имидж на строгой репутации, в журнале появились эти фотографии с несколькими циничным комментарием. «Андрею» пришлось заплатить 35 миллионов рублей.²

Не рассматривая вопросы защиты со стороны отраслевого законодательства, данное дело ставит проблему конституционной защиты сбора информации в отношении гражданина, причём и той, которую гражданин передаёт добровольно. Выработанные требования сводятся к тому, что гражданин, передавая определённую информацию, делает это для достижения определённой цели, либо зная о цели или режиме использования информации, соответственно гражданин должен быть защищён от возможного злоупотребления при её использовании. Тем самым это означает, что информация не передаётся в неограниченное пользование. Статья 4 Проекта Федерального закона «Об информации персонального характера» включает основные принципы работы с персональными данными, к которым относится:

- Персональные данные должны собираться для точно определенных объявленных и законных целей, не использоваться в противоречии с этими целями и в дальнейшем не обрабатываться каким-либо образом, несовместимым с данными целями.

¹ Комментарий к Кодексу законов о труде Российской Федерации / Под ред. В.И. Шкатуллы. М.: ИНФРА М, 1997.

² Скрябинский В. «Андрей» заплатил 35 миллионов за неуважение к даме // Собеседник. 1995. № 2. с. 4.

- Персональные данные должны соответствовать целям, для которых они собираются и обрабатываются, и не быть избыточными в отношении этих целей.

Указанное решение поднимает и проблему защиты внешнего вида, как элемента частной жизни. В Соединённых Штатах Америки Верховному Суду пришлось рассматривать дело *Kelley v. Johnson*, 1976 по вопросу установления допустимой длины волос для сотрудников полиции. Суд констатировал, что вопросы внешнего вида не подлежат конституционной защите, сохранив указанное правило. Российское законодательство, например, предусматривает меры ответственности за определённый внешний вид: «появление в общественных местах в пьяном виде, оскорбляющем человеческое достоинство и общественную нравственность» повлечёт наложение административного взыскания по статье 162 Кодекса РСФСР об административных правонарушениях.

Хотелось бы отметить, что статья 24 Конституции РФ содержит лишь общее правило, нуждающееся в серьёзном правовом механизме реализации. Необходимо принятие отраслевых правовых актов, обеспечивающих выполнение конституционного запрета. Как видно, споры о правовом режиме информации почти всегда из правового поля переходят в политическую плоскость. Это, скорее всего, и обуславливает труднопроходимость законов по этой сфере.

3. ЮРИДИЧЕСКИЙ МЕХАНИЗМ РЕАЛИЗАЦИИ ПРАВА НА НЕПРИКОСНОВЕННОСТЬ ЧАСТНОЙ ЖИЗНИ

Понятие и система гарантий права на неприкосновенность частной жизни

Несмотря на то, что Российское государство в Конституции закрепило приоритет прав человека, заметно расширило спектр свобод личности, еще много надлежит сделать как в сфере правотворчества, так и в сфере правоприменения для того, чтобы можно было говорить о Российской Федерации как о правовом государстве. История многих стран подтверждает, что именно тоталитарный режим правления формально провозглашает свободу человека как высшую ценность, наиболее детально старается отразить ее в своих основных правовых документах. С помощью подобных деклараций власть создает идеологический занавес, позволяющий скрывать свою несостоятельность.

Расхождение с реальной действительностью заключается в том, что подзаконный нормативный материал принимается, зачастую исходя из политической целесообразности и, как правило, противоречит Конституции и закону. К тому же по юридической силе признается правоприменителем выше, чем указанные документы. Советский период развития показывает, что в это время происходит только догматическое толкование права как свода нормативного материала, все остальные теории объявляются враждебными. Однако еще Аристотель и Платон указывали на тесную связь справедливости, морали, права, закона. Владимир Соловьев определял право как «принудительное требование реализации определенного минимума добра или порядка, не допускающего известных проявлений зла»¹. Отрицая насилие, тиранию, эти мыслители понимали, что без внешнего обеспечения невозможно вовлечение благой сущности права в объективную реальность. Сам гражданин не может этого сделать, поскольку это означало бы произвол. Как отмечал Джон Локк, «если кто-либо применяет силу без права, как это делает в обществе каждый, кто поступает беззаконно, - то он ставит себя в состояние войны с теми, против кого он ее так применяет; а в таком состоянии все прежние узы разрываются, все другие права недействительны и каждый име-

¹ Соловьев В.С. Сочинения в 2 т. Т. 1. М. 1990, с.450.

ет право защищать себя и сопротивляться агрессору»¹. Принуждение должно быть, но оно является исключительным правом государства, которое в свою очередь должно соотноситься со свободой индивидуума.

Проблема обеспечения прав человека, установления четкого механизма их реализации находила свое отражение в трудах многих ученых-юристов. Была выработана такая категория - как гарантии прав человека. Подходы к ее пониманию разнообразны - от полного отрицания подобного элемента в праве до детального изучения, определения структуры, классификации, обоснования как необходимого признака любой правовой нормы. Как отмечал Георг Еллинек, « существенным признаком понятия права является таким образом не принуждение, а гарантия, одним из видов которой служит принуждение»².

Критике отрицания гарантий в праве были посвящены работы и дореволюционных русских юристов Кистяковского, Чичерина. Современное освещение данные вопросы получили в работах Керимова Н.В., Матузова Д.А., Бобровой Н.А., Витрука Н.В., Кандаурова В.М. и других. Причем рассмотрение гарантий идет двумя путями: общетеоретическим - как средство реализации правовой нормы, и применительно к правам человека - как механизм реализации естественных прав и свобод человека.

Следуя первым путем, нетрудно заметить, что анализируется в основном юридический механизм. Исходным моментом является то, что уже присутствует юридически значимая, санкционированная государством норма, которая требует претворения в жизнь.

Есть и иной подход. Его основополагающим началом служит то, что права человека есть нравственно-юридическая категория, они I присутствуют независимо от государства, носят универсальный характер, потому уже само закрепление этих прав в нормативном материале является одним из видов их гарантированности. Как отмечал В.С. Эбзеев: « Личные конституционные права советских граждан, образующие институт личной свободы, иногда называют личными гарантиями.»³. При этом как бы выделяют ступени гарантированности. Низшая ступень - фактическое закрепление, средняя ступень -

¹ Локк Д. Сочинения: В 3 т. Т.3. М. 1988, с.396.

² Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб. 1908, с.246.

³ Эбзеев В.С. Советское государство и права человека: Конституционные вопросы. Саратов. 1986, с.112.

установление механизма обеспечения на законодательном уровне, создание правовой обусловленности, высшая - прибавляется безотказный процесс исполнения правового предписания. Согласно этой концепции права человека являются низшим пределом правового пространства, в случае пересечения которого государство скатывается к тоталитарному режиму, к тирании. «Особенности прав человека в том, что «область их жизни» находится на пограничной зоне с правом, на подступах к праву. Они часто конституируются, но реальным правовым механизмом не обеспечены. Их закрепление в правовой системе какого-либо государства сразу же возводит непосредственно социальные притязания человека на уровень охраняемых этим государством интересов. Поэтому в чистом виде права человека в любой национальной правовой системе не существуют, хотя по своим первичным социально-политическим характеристикам (как общие предпосылки нормального существования личности) они, конечно, сохраняют свою «реликтовую природу»¹.

Уже вовлекая права человека в юридическое пространство, государство гарантирует этим реальность моральных принципов: «Права человека - это субъективные права, выражающие не потенциальные, а реальные возможности индивида, закреплённые в конституциях, международно-правовых актах и законах»². После этого как раз и можно говорить о гарантированности прав и свобод человека и гражданина, закреплённых в нормативных актах, в том смысле, в котором она понимается в классической теории. Следует отметить, что такой особый подход характерен лишь для анализа прав человека и был положен в основу еще Д.Локком и французскими мыслителями. Но он имел и отрицательное воздействие на развитие теории права, поскольку многим ученым давало повод делать вывод о том, что для реализации свободы человека в государстве достаточно лишь краткого закрепления этого принципа в основном законе и нет надобности какого-то более детального регламентирования.

Соответственно видится следующее обобщающее определение гарантий права на неприкосновенность частной жизни - это юридически значимый механизм обеспечения рассматриваемого права, не-

¹ Шайкенов Н.А. Правовое обеспечение интересов личности. Свердловск. 1990, с.162.

² Проблемы общей теории права и государства/ Под ред. В.С.Нерсисянца. М. 1999, с.229.

укословно реализуемый на основе конституционного закрепления как на законодательном, так и на правоприменительном уровне. На сегодняшний момент сложилась традиционная классификация гарантий. Они подразделяются на общие и специальные. К общим относят политические (режим демократии, гласности в стране, стабильность гражданского общества, политическая свобода населения, разделение властей), экономические (определенный уровень благосостояния в обществе, сложившиеся производственные отношения, свобода предпринимательства и использования собственного труда), идеологические (мировоззрение личности и общества на понимание добра и зла, уровень культуры, воспитания, совокупность представлений на то или иное общественно значимое явление). Хотя в науке больше предпочтения отдается изучению юридических гарантий, следует отметить, что и общие гарантии должны учитываться при исследовании прав человека, как имеющие огромное влияние на законодательство и его практику применения в целом.

Наличие общих гарантий, а также взаимное влияние друг на друга прав и общих гарантий их реализации позволяют говорить о детерминированности прав экономическими и культурными условиями жизни общества. Данный подход может привести к тому, что следует признать отрицание некоторых прав в силу их, например, экономической необусловленности. Любая детерминированность может означать, что есть права немецкие, а есть российские. Есть законность и правопорядок белой расы, а есть - черной. И так далее.

Специальные гарантии - это юридические способы и средства, обеспечивающие конкретные условия и порядок реализации правовой нормы, поэтому в теории права их и называют «собственно гарантии реализации»¹.

Специальных гарантий выделяется много, но все они объединены одной целью - это создание юридического механизма реализации права на неприкосновенность частной жизни. «Совершенствование

. процедур защиты прав и свобод индивида - важнейшая и неотложная задача Российского государства. Размытость, неопределенность, противоречивость, а то и полное отсутствие юридических правил, обеспечивающих защиту прав граждан, - свидетельство тяжелой правовой ситуации, сложившейся в обществе. Юридические механизмы, действовавшие в бывшем Союзе, разрушены, новые еще не сфор-

¹ Патюлин В.А. Государство и личность в СССР. М. 1974, с.233.

мированы, а те, которые действуют, крайне несовершенны. В таких условиях права человека и гражданина, сформированные в Конституции РФ, не имеют процессуально-правовой опоры. А это грозит как и в прежние времена, превратить эти права в чистую декларацию, оторванную от реалий»¹.

Для устранения подобных противоречий необходимо достаточное количество нормативного материала высокого качества, отвечающего требованиям правового и демократического государства. В данном случае справедлива проблема, поставленная Н.А. Шайкеновым: «Почему нарушения прав человека, если они имеются, всегда носят массовый характер? Потому что нарушения эти возможны не только и не столько на стадии правовой реализации интересов, хотя и они не исключены, а уже на этапе правотворчества. Вот почему эти вопросы прямо связаны с правопониманием, с борьбой против «неправового законодательства», не только против правоприменительного, сколько против законодательного произвола»².

На наш взгляд законодательство Российской Федерации в этой сфере должно содержать: установление ответственности за нарушение права на неприкосновенность частной жизни, судебной контроль деятельности государственных органов, в том числе право на судебное обжалование действий и решений, нарушающих данное право и право на конституционное обжалование как гарантию от законодательного произвола, а также соблюдение тайны частной жизни, ставшей известной при взаимодействии личности с публичными органами, организациями, предприятиями, учреждениями по поводу реализации принадлежащих ему прав.

Ответственность согласно общетеоретической концепции может быть уголовной, административной, дисциплинарной, гражданско-правовой.

В Российской Федерации предусматривается уголовная ответственность за нарушение тайны переписки, телефонных переговоров и телеграфных сообщений (см. выше). Нарушение может быть в форме ознакомления с почтовой корреспонденцией, содержанием телефонных переговоров или телеграфных сообщений без согласия на то адресатов, а также в форме разглашения сообщения, независимо от того в устной или письменной форме это было сделано. Дан-

¹ Конституция РФ и совершенствование механизмов защиты прав человека. М. 1994, с.9.

² Шайкенов Н.А. Указ, соч., с. 162.

ная норма является характерной для уголовного законодательства большинства стран.

Новым уголовным кодексом Российской Федерации предусматривается новая глава 19 « Преступления против конституционных прав и свобод человека и гражданина», в которой можно найти статью 137, закрепляющую уголовную ответственность за общий деликт - Нарушение неприкосновенности частной жизни: «Незаконное собирание или распространение сведений о частной жизни лица, составляющих его личную или семейную тайну, без его согласия либо распространение этих сведений в публичном выступлении, публично демонстрирующемся произведении или средствах массовой информации, если эти деяния совершены из корыстной или иной личной заинтересованности и причинили вред правам и законным интересам граждан».

Объективная сторона состоит в том, что « виновный собирает или распространяет сведения о частной жизни лица, составляющие его личную или семейную тайну, без его согласия. Распространение этих сведений может быть в публичном выступлении, в публичной демонстрации произведения, в средствах массовой информации.

Под собиранием сведений о частной жизни понимается похищение этих сведений, а также любая форма получения названных сведений для последующего их оглашения»¹. Уголовное законодательство справедливо исходит из того, что оглашение должно причинить вред правам и законным интересам граждан. Однако достаточно трудно выделить данный критерий, поскольку вред может быть нанесён и неимущественным правам, например, здоровью. Хотя с объективной точки зрения нарушение права на неприкосновенность частной жизни может и принести материальные выгоды «потерпевшему». В наличии и оценке вреда при разглашении большую роль играет и субъективный фактор - то, как относится сам гражданин к такому распространению. Отчасти и позитивные события, преданные огласки, могут причинить гражданину глубокие нравственные страдания.

Данное преступление совершается с прямым умыслом. Как видно, обязательными признаками субъективной стороны выступают корыстная или иная личная заинтересованность. Как отмечают авторы Комментария к Уголовному кодексу РФ, «корыстная заинтересо-

¹ См. более подробно Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (издание второе, измененное и дополненное) / под ред. Ю.И. Скуратова, В.М.Лебедева. 1997.

ванность в нарушении неприкосновенности частной жизни понимается как стремление лица получить существенную выгоду без незаконного безвозмездного обращения чужого имущества в свою собственность или собственность других лиц.

Виновный стремится извлечь выгоду за счет увольнения лица, чье право на неприкосновенность частной жизни было нарушено за счет отказа, например, от участия в конкурсе, снятия своей кандидатуры на выборах в пользу виновного и т.п. Корысть имеет место в случаях, когда виновный собирает или распространяет сведения о частной жизни за определенную плату либо продает эти сведения.

Личная заинтересованность может выражаться и в стремлении извлечь выгоду неимущественного характера, обусловленную такими побуждениями, как карьеризм, протекционизм, семейственность, получение услуги, сокрытие своей некомпетентности и т.п.»¹.

Часть вторая 2 статьи 137 УК предусматривает квалифицирующий признак, при котором наступает более суровая ответственность - использование виновным своего служебного положения. Данная норма направлена, прежде всего, против должностных лиц, которым сведения о частной жизни лица передаются в силу их особого профессионального статуса.

Ранее действовавший Уголовный кодекс вводил самостоятельную ответственность лиц, разгласивших врачебную тайну, которым эти сведения стали известны в связи с исполнением ими своих служебных или профессиональных обязанностей. Но сведения, составляющие врачебную тайну, не единственные проявления частной жизни. Поэтому статья 137 УК РФ поглощает и данные действия в силу своего общего характера.

Сейчас также присутствует уголовная ответственность за незаконные получение и разглашение сведений, составляющих коммерческую или банковскую тайну (ст. 183 УК РФ). Предназначение данной нормы находится в том, что банковская тайна (особенно коммерческая) - это не только тайна частного лица, но и принадлежащая юридическому лицу - клиенту банка. При наличии только статьи 137 в УК РФ действия, направленные против юридических лиц, были бы ненаказуемы.

¹ См. более подробно Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (издание второе, измененное и дополненное) / под ред. Ю.И. Скуратова, В.М. Лебедева. 1997.

В Уголовном кодексе Франции предусмотрена ответственность любого лица, обладающего конфиденциальной информацией, которая была доверена в связи с выполнением профессиональных функций, и разгласившего ее¹.

В соответствии с действующим законодательством возможно применение дисциплинарных взысканий к должностным лицам и другим работникам и служащим органов государственной власти, организаций, предприятий, учреждений. Их правовой статус в этом случае должен включать обязанность не разглашать охраняемые законом тайны частной жизни, ставшие известными в процессе выполнения своих профессиональных функций. Возможна дисциплинарная ответственность, если такая обязанность оговаривается трудовым контрактом.

Одновременно в соответствии со статьёй 129 Кодекса законов о труде РФ администрация обязана правильно организовать труд работников, создавать условия для установления такого режима документооборота и деятельности, исключающего несанкционированное распространение сведений, вверенных им гражданами.

Статья 135 КЗоТ РФ даёт перечень применяемых дисциплинарных взысканий:

- замечание;
- выговор;
- строгий выговор;
- увольнение.

Законодательством о дисциплинарной ответственности, уставами и положениями о дисциплине могут быть предусмотрены для отдельных категорий работников также и другие дисциплинарные взыскания. Так, Федеральным законом «Об основах государственной службы Российской Федерации» предусмотрена ответственность государственного служащего (статья 14). Перечень дисциплинарных взысканий почти идентичен вышеприведённому. Дополняется только предупреждение о неполном служебном соответствии.

Государственный служащий, допустивший должностной проступок, может быть временно (но не более чем на месяц), до решения вопроса о его дисциплинарной ответственности, отстранен от исполнения должностных обязанностей с сохранением денежного содержания.

¹ Ефимова Л. Банковская тайна: сравнительный аспект // Бизнес и банки. 1991. N46, с.2.

Данный закон специально предусматривает, что «Государственный служащий несет предусмотренную федеральным законом ответственность за действия или бездействие, ведущие к нарушению прав и законных интересов граждан». Поэтому и Закон РФ «Об обжаловании в суд действий и решений, нарушающих права и свободы граждан» в статье 1 предусматривает возможность обжалования неправомерных действий (решений) государственных служащих: «Ответственность государственного служащего наступает в связи с его обязанностью признавать, соблюдать и защищать права и свободы человека и гражданина в соответствии со статьей 5 Федерального закона «Об основах государственной службы Российской Федерации». Причём в соответствии со статьёй 7 Закона «Об обжаловании...» «в отношении государственных служащих, совершивших действия (принявших решения), признанные незаконными, суд определяет меру предусмотренной Федеральным законом «Об основах государственной службы Российской Федерации», другими федеральными законами ответственности государственного служащего, вплоть до представления об увольнении». Следует констатировать, что суд этим правом практически никогда не пользуется.

Гражданский кодекс РФ¹, принятый в 1994 году, определил неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну как объект гражданских прав, которые защищаются в соответствии с гражданским и другим законодательством в случаях и порядке, ими предусмотренных, а также в тех случаях и тех пределах, в каких использование способов защиты гражданских прав вытекает из существа нарушенного нематериального права и характера последствий этого нарушения (ст. 150 ГК РФ).

На основании этого согласно статье 1068 Гражданского кодекса РФ «юридическое лицо либо гражданин возмещает вред, причиненный его работником при исполнении трудовых (служебных, должностных) обязанностей».

Для наступления этих видов ответственности должны соблюдаться общие основания, необходимые для наступления вообще юридической ответственности - это противоправность, виновность (для уголовной и административной ответственности - общественная опасность), наличие вреда.

¹ Собрание законодательства РФ. 1996. № 5. Ст.410.

Российским законодательством предусматриваются и процессуальные гарантии сохранения неприкосновенности частной жизни при реализации гражданином своих прав в публичных органах.

Устанавливая такой принцип как гласность судебного разбирательства, Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР и Гражданско-процессуальный кодекс РСФСР предусматривают закрытые слушания дела.

Статья 18 УПК допускает это «по мотивированному определению суда по делам о половых преступлениях, а также по другим делам в целях предотвращения разглашения сведений об интимных сторонах жизни участвующих в деле лиц». В то же время при наличии такой общей формулировки смысл статьи в уголовно-процессуальном законодательстве больше не разъясняется, а порядок проведения дела в закрытых заседаниях определяется по собственному усмотрению, и оно может существенно отличаться у многих судей. Неясно, кто может быть удален во время закрытого судебного заседания, как решать вопрос, например, с родными подсудимого, потерпевшего, свидетелями и так далее. Суд может разъяснить недопустимость разглашения сведений, но при нарушении такого запрета наступление ответственности проблематично. Отсутствие подобной регламентации является недостатком в правовом регулировании, и следовало бы предусмотреть в законе перечень лиц, которые могут присутствовать при закрытом заседании, а также ответственность за нарушение запрета.

ГПК в статье 9, устанавливая возможность проведения закрытого судебного разбирательства « в целях предотвращения разглашения сведений об интимных сторонах жизни участвующих в деле лиц, а также обеспечения тайны усыновления», регламентирует, что при этом возможно присутствие только лиц, участвующих в деле и их представителей, представителей общественных организаций и трудовых коллективов. Свидетели же, эксперты и переводчики могут присутствовать « в необходимых случаях». Такое заседание происходит по мотивированному определению суда с предупреждением участникам процесса о недопустимости разглашения соответствующих сведений.

Статья 176 ГПК устанавливает дополнительную гарантию права на неприкосновенность частной жизни. Так, «личная переписка и личные телеграфные сообщения граждан могут быть оглашены в открытом судебном заседании только с согласия лиц, между которыми эта переписка и телеграфные сообщения происходили». Если же

такого согласия не получено, которое должно фиксироваться в протоколе судебного заседания, то переписка и телеграфные сообщения подлежат исследованию в закрытом судебном заседании.

В любом случае итоговое решение по гражданскому делу выносится публично. Данное правило фактически перечёркивает гарантии соблюдения тайн частной жизни. В некоторых решениях практически нет возможности скрыть (не огласить) обстоятельства, из-за которых заседание было объявлено закрытым. Даже если оглашается только резолютивная часть (например, решение по делам, связанным с усыновлением. В практике не было такого случая, чтобы суд кодировал фамилии усыновляемых). Трудно не согласиться с мнением авторов Комментария к Гражданскому процессуальному кодексу РСФСР: «Публичное провозглашение решения не должно сопровождаться разглашением сведений, ради сохранения тайны которых судебное заседание полностью или частично проходило закрыто. Сделать это весьма непросто, а порой вообще невозможно. Поэтому полагаем, что в ч. 5 ст. 9 необходимо внести соответствующие изменения, указав об объявлении решения в закрытом судебном заседании»¹. Правила гражданского судопроизводства в США предопределяют, что по некоторой категории дел «права сторон на невмешательство в частную жизнь защищаются с помощью обозначений их фиктивными именами, такими, как «Ричард Роу» и «Мэри Роу». В большинстве случаев права лица на невмешательство в частную жизнь защищаются с помощью закрытия части судебных заседаний для публики и прессы и сохранения в секрете свидетельских показаний, полученных во время таких заседаний»².

Законодатель определяя в отраслевых институтах отдельные механизмы реализации права на неприкосновенность частной жизни, использует такой термин как тайна. Последнюю с лексической точки зрения можно понимать и как что-то «доселе неизвестное»: «В самом широком её толковании тайна - это сфера объективной реальности, скрытая от нашего восприятия либо понимания. С одной стороны, это всё то, что на данный момент не осознано человеческим интеллектом, с другой - нечто уже известное, но с определённой целью

¹ Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу РСФСР (издание второе, исправленное и дополненное) / под. ред. М.К. Треушникова. 1997.

² Янг Уильям Дж. США: суды и средства массовой информации // Российская юстиция. 1996. № 1, с. 58.

скрытое от других людей»¹. То есть в ином смысле тайна - это объект, защищаемый от раскрытия со стороны иных субъектов, которым они не обладают. Как раз во втором смысле более полно находят своё отражение гарантии соблюдения права на неприкосновенность частной жизни при обращении гражданина в публичные организации: нотариальную контору, юридическую консультацию, банковское учреждение.

А.А.Фатьяновым предлагается выстроить иерархическую структуру тайны, «определяемую степенью приоритетов, принятых в данном социальном образовании»². В зависимости от основания, по которому строится такая иерархическая система, выделяется приоритетность той или иной тайны. Если за основу берутся интересы личности, то во главу угла следует ставить личную тайну. Если - ущерб, приносимый распространением таких сведений, то - государственную тайну. В данном случае, наверно, сложно говорить о приоритетности одних тайн по отношению к другим. Иными словами о возможности распространения одних сведений по отношению к другим. Как правило, каждая тайна - самостоятельный институт, они не соприкасаются в вопросах ограничения друг друга. По-видимому, следует выделять степень приоритетности защиты той или иной информации со стороны действующего законодательства и государства. Тогда уже можно анализировать пределы ограничений права на тайну и основания разглашения информации, содержащейся в секрете.

Поэтому, предметом рассмотрения следующих глав и выступают самостоятельные виды тайн - врачебная, нотариальная, тайна усыновления и так далее. Они не являются единственными гарантиями защиты частной жизни лица, но именно на их историческом, сравнительном анализе можно выразить общее понятие права на неприкосновенность частной жизни.

Банковская тайна

Понятие «банковская тайна» имеет давнюю историю и возникло гораздо раньше возникновения банков (как вида хозяйствующих субъектов), в те времена, когда функции расчетно-кредитного учреждения выполняли ростовщики. Причем заинтересованной стороной

¹ Фатьянов А.А. Тайна как социальное и правовое явление. Её виды // Государство и право. 1998. № 6, с. 5.

² Там же.

в сокрытии таких отношений были обе стороны. Достаточно вспомнить каким репрессиям со стороны средневекового государства подвергались ломбардийские торговые дома, евреи и тамплиеры. Занятие денег для дворян у более низкого сословия считалось позорным поступком. По-видимому, с этого времени и берет свое начало то, что мы сейчас называем банковской тайной.

В дореволюционной России много уделялось внимания вопросам реализации банковской тайны. « В образцовых (примерных) уставах Азовско-Донского коммерческого банка, Варшавского учетного банка и Тифлисского коммерческого банка, утвержденных в 1871 году, понятие банковской тайны определялось тем, что члены Совета и Правления и все служащие в банке обязаны были хранить тайну во всем, касающемся вверяемых банку частных коммерческих дел и счетов»¹.

Гражданский кодекс РСФСР устанавливал в статье 395 тайну вклада гражданина: «Государство гарантирует тайну вкладов, их сохранность и выдачу по первому требованию вкладчика». Термин «банковская тайна» в законодательстве не употреблялся, да и в этом не было необходимости. Денежные сбережения хранились в сберегательных кассах, которые принадлежали государству. Собственно банковские учреждения фактически обслуживали только государственные учреждения и юридические лица, которые также принадлежали государству. Отсутствовала сама потребность в сокрытии информации, так как не было лиц, от которых её необходимо скрывать.

Основы гражданского законодательства, действовавшие на территории и Российской Федерации, отдавая дань изменениям, произошедшим в экономике, гарантировали тайну счетов клиента банка, а статья 25 Закона РСФСР «О банках и банковской деятельности» уже ввела в оборот традиционный термин - банковская тайна, гарантируя тайну по операциям, счетам и вкладам банка, его клиентов и корреспондентов. Хранить ее были обязаны все служащие банка.

Не отказался от привычного термина новый Гражданский кодекс: « Банк гарантирует тайну банковского счета и банковского вклада, операций по счету и сведений о клиенте»² (ст.857). Только клиенту или его представителю могут быть представлены подобные сведения. Исключения из этого правила, а также гарантии соблюдения прав

¹ Гвирцман М.В. Правовое регулирование банковской тайны //Деньги и кредит. 1992. N 6, с.57.

² Собрание законодательства РФ. 1996. N 5. Ст.410.

вкладчика более подробно установлены Федеральным законом «О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР «О банках и банковской деятельности в РСФСР» в статье 26¹. Объектом банковской тайны выступают сведения об операциях, счетах и вкладах ее клиентов и корреспондентов, а также об иных сведениях, устанавливаемых кредитной организацией, если это не противоречит федеральному закону. Данный закон содержит норму, позволяющую банковским учреждениям самостоятельно расширять перечень сведений, составляющих банковскую тайну, хотя статья 857 Гражданского кодекса РФ не содержит возможности расширительного толкования - Банк гарантирует тайну банковского счета и банковского вклада, операций по счету и сведений о клиенте. Данные положения создают почву для научной дискуссии, нормой какого закона необходимо пользоваться в указанном случае? Гражданским кодексом или специальным законом? Представляется, что при рассмотрении настоящей проблемы не следует исходить из правил конкуренции норм. По-видимому, таковая вообще отсутствует. За основу следует брать метод гражданско-правового регулирования. Его основа - диспозитивность. То есть Гражданский кодекс РФ, гарантируя банковскую тайну, определяет тот минимум правил, который обеспечивается с помощью законодательства. Во всех случаях же, когда это прямо не запрещено законом, стороны гражданско-правовых отношений свободны в определении своих прав и обязанностей. Что и имеется в виду законом «О банках и банковской деятельности», употребляющий оборот «если это не противоречит федеральному закону».

Субъектами банковской тайны выступают все служащие, независимо от того каким родом деятельности они заняты, а также при наличии каких обстоятельств были ознакомлены со сведениями, составляющими банковскую тайну.

Интересен в этом вопросе опыт Федеративной Республики Германии, где согласно закону о банках «сотрудники Федеративного банковского контрольного управления и Немецкого федерального банка контролеры, аудиторы, другие лица, которые в ходе своей деятельности или из официальных отчетов узнали факты, составляющие тайну банка или третьих лиц (особенно бизнес и торговые секреты), не имеют права передавать эти сведения кому бы то ни было или использовать их не для служебных целей, даже если они покинули службу и их деятельность закончена»².

¹ Российская газета. 1996. 10 фев.

² Гвирцман М.В. Указ, соч., с.57.

Можно отметить, что законодательство Российской Федерации связывает наличие обязанности хранить банковскую тайну со служебным положением. Его утрата влечет и прекращение обязанности, что было бы нежелательным и не способствует установлению доверительных отношений. Обращает внимание, должен ли хранить в тайне сведения служащий, перешедший в новый банк, с которыми он был ознакомлен по прежнему месту работы? Если таковое произошло, может ли банк предъявить ему иск о взыскании полученного ущерба?

Одновременно заметно расширен перечень субъектов банковской тайны. Он двусоставен: организации и физические лица. К первым относятся - Банк России, кредитные, аудиторские и иные организации. Ко вторым - их должностные лица и их работники (ст. 26 Федерального Закона « О банках и банковской деятельности»). Законодатель не пошел по пути детального перечисления лиц, обязанных хранить банковскую тайну, так как каким бы полным этот список не был, он все равно не смог бы объять всех. Тем более, что многие законодательные акты, регулирующие деятельность правоохранительных органов, не вменяли им обязанность по сохранению банковской тайны.

Важность её соблюдения подчеркивается также наличием специального указания в некоторых федеральных законах: « О налоговых органах Российской Федерации»¹ - « Должностные лица налоговой службы обязаны сохранять в тайне сведения о вкладах граждан и организаций» (ст. 7 п. 3), « О федеральных органах налоговой полиции»² - « Сотрудники налоговой полиции обязаны сохранять государственную, служебную, коммерческую тайну, тайну сведений о вкладах физических лиц и другую информацию, полученную ими при исполнении служебных обязанностей» (ст. 10).

Особенностью банковской тайны является то, что не только клиент заинтересован в сохранении в тайне сведений, передаваемых банковскому учреждению, но само банковское учреждение принимает меры к её соблюдению, поскольку от доверия клиентов зависит и финансовое благополучие конкретного банка. Одновременно банковская тайна охватывает как круг сведений, принадлежащих исключи-

¹ Первоначальная редакция: Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1991. № 15. Ст.492.

² Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1993. №29. Ст. 1114.

тельно кредитному учреждению, так и информацию, передаваемую клиентом в процессе получения соответствующих услуг. Однако основное бремя обязанности по соблюдении тайны возлагается исключительно на кредитное учреждение.

Можно определить перечень субъектов, имеющих доступ к сведениям, составляющим банковскую тайну, независимо от воли клиента или корреспондента кредитной организации. Причём следует учитывать, что в некоторых случаях банк обязан самостоятельно передавать некоторую информацию государственным органам вне зависимости от наличия их запроса, в силу закона¹. Это:

- суды, арбитражные суды (судьи);
- Счетная палата Российской Федерации, что обусловлено ее статусом органа государственного финансового контроля (Статья 19 «Контроль за банковской системой» Федерального закона «О счетной палате Российской Федерации»² предусматривает - Счетная палата осуществляет контроль за: деятельностью Центрального банка Российской Федерации, его структурных подразделений, других банков и кредитно-финансовых учреждений в части обслуживания ими федерального бюджета; деятельностью Центрального банка Российской Федерации по обслуживанию государственного долга Российской Федерации);
- органы государственной налоговой службы (налоговые органы) и налоговой полиции;
- таможенные органы «в случаях, предусмотренных законодательными актами об их деятельности»;
- нотариальные конторы по находящимся в их производстве наследственным делам о вкладах умерших вкладчиков; а в случае смерти иностранного гражданина - иностранные консульские учреждения;
- органы предварительного следствия с согласия прокурора по Делах, находящимся в их производстве.

Новая редакция закона расширила перечень вышеназванных субъектов, а точнее систематизировала, поскольку доступ к подоб-

¹ См. например - Статья 86 Налогового кодекса РФ: «Банк обязан сообщить об открытии или закрытии счета организации, индивидуального предпринимателя в налоговый орган по месту их учета в пятидневный срок со дня соответствующего открытия или закрытия такого счета».

² Собрание законодательства РФ. 1995. № 3. Ст. 167.

ной информации эти органы имели и ранее, но на основании нормативных актов, регулирующих их правовой статус.

Возникает вопрос, имеет ли право истребовать информацию у банковского учреждения федеральный антимонопольный орган (территориальный орган)? Данный субъект не нашел закрепления в законе «О банках и банковской деятельности». Одновременно на основании статей 13 и 14 Закона РФ «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» закрепляется за их сотрудниками «в целях выполнения возложенных на них функций» право беспрепятственного доступа в коммерческие и некоммерческие организации и их объединения, в другие организации и учреждения и знакомства на основании письменного запроса с необходимыми документами. Причём органы милиции обязаны оказывать практическую помощь сотрудникам федерального антимонопольного органа (территориального органа) при исполнении ими служебных обязанностей, обеспечивая при этом беспрепятственный доступ к необходимой информации в целях выполнения возложенных на них функций.

Коммерческие и некоммерческие организации (их руководители), граждане, в том числе индивидуальные предприниматели, обязаны по требованию федерального антимонопольного органа (территориального органа) представлять достоверные документы, письменные и устные объяснения и иную информацию, необходимую для осуществления федеральным антимонопольным органом (территориальным органом) его законной деятельности.

Закон не отделяет банковские учреждения, употребляя лишь термин «коммерческие и некоммерческие организации».

Более жесткой стала процедура получения сведений, составляющих банковскую тайну, правоохранительными органами. В Законе РСФСР «О милиции» (п.25,ст.11) содержится широкая формулировка, практически предоставляющая на усмотрение органов МВД «изымать необходимые документы на материальные ценности, денежные средства, кредитные и финансовые операции» при наличии данных о влекущем уголовную или административную ответственность нарушении законодательства, регулирующего финансовую, хозяйственную, предпринимательскую и торговую деятельность. Достаточно ли наличия данных о незначительном административном правонарушении, чтобы органы милиции имели право истребовать сведения, составляющие банковскую тайну? В этом случае справедлива выска-

занная в научной литературе точка зрения, что в данном вопросе необходимо руководствоваться и нормами УПК - банк при отсутствии в запросе даты «поступления соответствующего заявления и предмета проверки» вправе не выполнять это требование¹. Это подтверждает и Федеральный закон «О банках и банковской деятельности», дополняя, что к этому запросу в любом случае должно прилагаться также согласие прокурора.

«Подправить» федеральное законодательство подзаконными актами лоббировалось правоохранительными органами. Примером может служить Указ Президента РФ «О неотложных мерах по защите населения от бандитизма и иных проявлений организованной преступности»². В нём категорически фиксировалось, что банковская тайна «не является препятствием для получения органами прокуратуры, внутренних дел, контрразведки, налоговой полиции в установленном ими порядке сведений и документов о финансово-экономической деятельности, вкладах и операциях по счетам юридических и физических лиц, причастных к совершению бандитских нападений и других тяжких преступлений, совершенных организованными преступными группами»³.

24 июня 1994 года Генеральная прокуратура Российской Федерации, МВД РФ, ФСК РФ приняли соответствующее Указание «О порядке реализации норм Указа Президента Российской Федерации от 14 июня 1994 года № 1226 «О неотложных мерах по защите населения от бандитизма и иных проявлений организованной преступности»⁴. Так, в пункте 7.4. указывается, что «основанием для предоставления банковскими и коммерческими структурами документов финансово-экономической деятельности, сведений о вкладах и операциях по счетам физических и юридических лиц, причастных к совершению тяжких преступлений организованными преступными группами, является мотивированное требование (запрос) прокурора, следователя, руководителя органа дознания по возбужденному уголовному делу или материалам проверки, проводимой в порядке ст. 109 УПК РСФСР». Обращалось внимание прокуроров на необходимость принятия мер к своевременному выявлению и пресечению фактов

¹ Гвирцман М.В. Указ, соч., с.58.

² Собрание законодательства РФ. 1994. № 8. Ст. 804.

³ Собрание законодательства РФ. 1994. № 8. Ст. 804.

⁴ Российская газета. 1994. № 120.

противоправного, без достаточных оснований проведения экспертиз, проверок финансово-экономической деятельности, имущественного и финансового положения, особенно родственников подозреваемых и обвиняемых, юридических лиц и общественных объединений. Исходя из текста Федерального закона «О банках и банковской деятельности», можно отметить, что подобными полномочиями обладают лишь следователи или должностные лица, действующие по их поручению только с санкции прокурора и только при наличии в производстве конкретного дела. Никаких иных оснований закон не предусматривает. Тем более, что Гражданский кодекс РФ предусматривает: «Государственным органам и их должностным лицам такие сведения могут быть предоставлены исключительно в случаях и в порядке, предусмотренных законом» (статья 857). Такой порядок и предусмотрен Федеральным законом «О банках и банковской деятельности». Статья 109 УПК РСФСР предусматривает предварительную проверку данных, когда нельзя с достоверной точностью говорить о факте уголовного преступления. Тем более, что предварительную проверку вправе осуществлять органы дознания. Сведения, составляющие банковскую тайну, существенно затрагивают частную жизнь лица, поэтому они не могут являться всего лишь оперативной информацией, когда нельзя с достоверной точностью сказать о наличии факта преступления.

Статья 125 УПК РСФСР фиксирует, какие органы относятся к органам предварительного следствия: «Предварительное следствие по уголовным делам производится следователями прокуратуры, а также следователями органов внутренних дел, следователями органов федеральной службы безопасности и следователями федеральных органов налоговой полиции». Это означает, что именно эти органы и имеют право истребовать документы из банковских учреждений.

Именно в отношении упомянутого Указа № 1226 было высказано отношение Совета Европы к подобному нормотворчеству: «Примеры Указов № 1226 и 1025 показывают, что даже Президент, который обычно привержен соблюдению прав человека, может иногда принимать решения, противоречащие Конституции Российской Федерации и международным соглашениям, в которых участвует Россия. Президент, не имеющий достаточно строгих обязательств в отношении соблюдения прав человека и принципа верховенства закона, в этом смысле потенциально может злоупотреблять своими полно-

мочиями»¹. В последующем в Заключении № 193 (1996) относительно просьбы России о принятии её в Совет Европы была отражена рекомендация по отмене данного указа, что и было в последующем продемонстрировано.

Действующий порядок истребования документов органами предварительного расследования предусматривает, что оно допустимо только на этапе расследования конкретного уголовного дела. Как было показано выше, статья 109 УПК РСФСР закрепляет возможность доследственных проверочных мероприятий, однако в рамках которых банковские учреждения не обязаны раскрывать тайны своих клиентов. Данная практика подвергается и в настоящее время жёсткой критике со стороны, в первую очередь, сотрудников правоохранительных органов - «... следственные органы оказались в замкнутом круге: для возбуждения уголовного дела требуются данные о незаконных операциях, получить которые можно лишь после возбуждения уголовного дела. В итоге «банковская тайна» стала серьёзным препятствием на пути выявления преступлений и привлечения виновных к ответственности»².

Тем самым действующее законодательство предлагает только «окольные» пути проверки информации, составляющей банковскую тайну. Так, в соответствии с Временными правилами аудиторской деятельности в Российской Федерации³ (пункт 10) «орган дознания и следователь при наличии санкции прокурора, прокурор, суд и арбитражный суд вправе в соответствии с процессуальным законодательством Российской Федерации дать аудитору или аудиторской фирме поручение о проведении аудиторской проверки экономического субъекта при наличии в производстве указанных органов возбужденного (возобновленного производством) уголовного дела, принятого к производству (возобновленного производством) гражданского дела или дела, подведомственного арбитражному суду». Однако в Данных Правилах также указывается обязательное условие - наличие в производстве уже возбужденного уголовного дела. Срок проведения такой аудиторской проверки по указанному поручению, как правило, не должен превышать двух месяцев.

¹ Российский бюллетень по правам человека. Выпуск 10. 1998.

² Сильнов М.А. Некоторые проблемы рассмотрения в порядке ст. 109 УПК материалов о преступлениях, совершённых в банковской сфере // Правоведение. 2000. № 1, с.160.

³ Утверждены Указом Президента РФ от 22.12.1993 г. № 2263 // Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1993. № 52. Ст. 5069.

Указ Президента РФ «Об обеспечении взаимодействия государственных органов в борьбе с правонарушениями в сфере экономики»¹ (пункт 2) обязал федеральные органы исполнительной власти и органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации, а также Центральный банк Российской Федерации в порядке, предусмотренном законодательством Российской Федерации, незамедлительно информировать соответствующие органы прокуратуры Российской Федерации о выявленных правонарушениях в сфере экономики. Одновременно следует отметить, что Центральный Банк РФ не может выступать в роли органа «пожарного» контроля, им, как правило, проводятся плановые проверки, когда при решении вопроса о возбуждении уголовного дела и закреплении доказательств требуется оперативность в действиях.

Как упоминалось выше об антимонопольных органах, нет указания на правомочие истребования документов в отношении органов валютного контроля. Однако здесь можно отчасти не согласиться с мнением, что органы валютного контроля совсем не обладают таким правом. В соответствии Законом РФ «О валютном регулировании и валютном контроле»² к органам валютного контроля относится Центральный Банк РФ, который в соответствии с Федеральным законом «О банках и банковской деятельности» обладает правом получить информацию от кредитных учреждений. Поэтому об отсутствии данных правомочий можно говорить только в отношении иных органов и агентов валютного контроля.

Некоторые споры возникают о полномочиях Службы судебных приставов истребовать информацию, отнесённую к банковской тайне. Следует отметить, что на момент принятия новой редакции закона «О банках и банковской деятельности» данная служба вообще не существовала.

Федеральный закон «О судебных приставах»³ фиксирует: Судебный пристав-исполнитель имеет право получать при совершении исполнительных действий необходимую информацию, объяснения и справки (статья 12). Данное право обеспечивается возможностью привлечения к ответственности на основании норм Федерального закона «Об исполнительном производстве»⁴.

¹ Собрание законодательства РФ. 1998. № 10. Ст. 1159.

² Первоначально текст опубликован: Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992. № 45. Ст. 2542.

³ Собрание законодательства РФ. 1997. № 30. Ст. 3590.

⁴ Собрание законодательства РФ. 1997. № 30. Ст. 3591.

В данном случае на лицо коллизия норм. Действия судебных приставов по истребованию сведений, составляющих банковскую тайну, основаны на законе. Также и банковское учреждение может основывать свой отказ в предоставлении такой информации на нормах закона «О банках и банковской деятельности», закрепляющей исключительный перечень органов, обладающих указанным полномочием: «...основанием для получения госорганами сведений, составляющих банковскую тайну, является не общее полномочие госоргана запрашивать у предприятий, учреждений и организаций необходимую информацию для осуществления своей деятельности, а установленные в законах специальные случаи истребования у кредитной организации, сведений, составляющих банковскую тайну»¹. В обоих случаях нормы представлены законодательным источником. Как отмечает С.Козина, «в свете изложенного уместно обратиться к понятиям общей и специальной норм права. Приоритет последней в юридической теории безусловен. Норма ФЗ «О банках и банковской деятельности», устанавливающая правовой режим банковской тайны, специальная... Позиция законодателя, оградившего специфичную информацию от незаконного доступа, остаётся неизменной с момента принятия ЗоБД, поскольку даже законодательное наделение иных, не перечисленных в нём структур правом получения сведений не распространяется на сведения, составляющие банковскую тайну. Таким образом, органы, не перечисленные в ст. 26 ЗоБД, не вправе требовать от кредитных организаций предоставления информации, составляющей банковскую тайну»².

Хотелось бы представить и иную точку зрения на представленную проблему. Приоритет специальной нормы по отношению к частной не всегда безусловен в праве. Примером может служить приоритет конституционных норм по отношению к отраслевым. Одновременно не редко российский законодатель подчёркивает приоритет общих правовых актов по отношению к специальным, например, статья 3 Гражданского кодекса РФ: «Нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать настоящему Кодексу».

Норма, содержащаяся в законе «О банках и банковской деятельности» - норма, регулирующая отношения в сфере банковской дея-

¹ Карчевский С. Банковская тайна: проблемы правового регулирования // Хозяйство и право. 2000. № 1, с. 53.

² Козина С. Банковская тайна и прокурорский надзор // Законность. 2000. № 9, с. 46

тельности (статья 2 закона «О банках и банковской деятельности»), которая относится к сфере частного права. Норма, содержащаяся в законах, регулирующих статус государственных органов, относится к сфере публичного права. При конкуренции норм частного и публичного права традиционно приоритет отдаётся нормам публичного права. Правоотношения, возникающие в сфере оказания банковских услуг - находятся на стыке интересов: «частноправовых, обусловленных отношениями клиента и банка по поводу заключения и исполнения договора банковского счёта (договора банковского вклада), и публично-правовых, обусловленных отношениями банка и государственных органов, регламентированными законодательными актами»¹. Эти отношения и надо разделить. Соответственно различается предмет правового регулирования, а также нормативная основа указанных правоотношений. Отношения «банк - государственный орган» регулируются в любом случае не только законом «О банках и банковской деятельности», но и иными нормативными актами, определяющими компетенционную основу государственного органа. Иная точка зрения может парализовать работу, в первую очередь, правоохранительных органов. Ни одно государство мира себе такую «роскошь» не позволит. Конечно, можно согласиться с тем, что законодательные акты должны более чётко фиксировать полномочия государственных органов, не идти по пути наименьшего сопротивления, указывая общую фразу - «запрашивать необходимые сведения» и тому подобное. Одновременно следует учитывать, что при проведении оперативно-розыскных мероприятий, может быть получена информация, относящаяся к банковской тайне. Данная деятельность регулируется законом «Об оперативно-розыскной деятельности». И суд, например, рассматривая вопрос о выдаче ордера на прослушивание телефонов банковского учреждения, будет руководствоваться именно этим законом, а не правилом статьи 26 закона «О банках и банковской деятельности». В данном случае деятельность оперативных подразделений правоохранительных органов будет правомерной.

В отношении прав судебных приставов высказывалась точка зрения, представляющая возможность руководствоваться при характеристике их полномочий аналогией закона: «... нельзя полагать, что до внесения изменений в закон судебные приставы-исполнители лишены доступа к сведениям, составляющим банковскую тайну. Ста-

¹ Карчевский С. Банковская тайна: проблемы правового регулирования // Хозяйство и право. 2000. № 1, с. 47.

тья 6 ГК РФ предусматривает, что к гражданским правоотношениям, если они прямо не урегулированы законодательством и если это не противоречит их существу, применяется гражданское законодательство, регулиющее сходные отношения. Применение аналогии закона в данном случае вполне допустимо»¹. Хотелось бы отметить, что как раз в данном случае невозможно применение аналогии закона по следующим причинам. Правоотношения, возникающие по поводу реализации государственным органом своих полномочий, не частноправовые, а публично-правовые. Они не могут регулироваться нормами Гражданского кодекса РФ. Тем более распространение принципа аналогии закона или права на компетенционную основу деятельности государственных органов в публичной сфере не должно происходить произвольно. Традиционным принципом деятельности публичных органов является - Разрешено только то, что прямо разрешено законом. В противном случае, не государство в лице высших органов власти определяет объём полномочий своей структурной единицы аппарата, а она сама (единица) выступает для себя в роли творца права. Осуществление контроля за законностью реализации такой компетенции будет крайне осложнено.

Надо сказать, что огромное значение при правильном разрешении возникающих споров придаётся судебной практики, которую иницируют, в первую очередь, банковские учреждения. «Тактика банковского поведения в этом случае проста: не соответствующий закону нормативный акт не исполняется, а в случае обнаружения такого неисполнения государственными органами и наложения штрафа на банк постановление о штрафе оспаривается в арбитражном порядке»²².

В некоторых странах законодательство устанавливает почти абсолютную банковскую тайну. В швейцарских банках часто предлагают кодировку счетов, при котором любое лицо может взять деньги со счета, если знает шифр. Сам банк не знает, кто является собственником вклада. Это обусловливается экономическим интересом, тем, что каким бы путем ни были получены деньги, поступая в этот банк, они будут работать на рост благосостояния государства.

В Соединенных Штатах Америки до 1970 года банковская тайна была абсолютна. Существовало только два исключения:

¹ Ахидова И. Банковская тайна и аналогия закона // Хозяйство и право. 1999. № 10.

² Олейник О. Правовые проблемы банковской тайны // Хозяйство и право. 1997. №6, с. 138.

- «чековое», так как считалось, что «чек является не конфиденциальным средством сношения, а публичным, обращаемым документом... Требование о конфиденциальности неприменимо к чекам, погашенным чекам или заявлениям банков по чековым счетам, и не возникает какого-либо права на сохранение тайны. Это верно, даже если клиент пытается предотвратить раскрытие информации о своих деловых сделках с помощью коммерческого счета адвоката»¹;

- «исключение по банковским» документам предусматривает, что учет, который ведется и за который платит банк для своего удобства и деловых целей, принадлежит банку и вкладчики не имеют на его данные никаких прав. Следовательно, «учетные записи могут быть оглашены в суде против желания вкладчика, несмотря на то, что документы касаются счета вкладчика»².

Последнее исключение «развязывало руки» государственным органам в вопросах проникновения в банковскую тайну.

В настоящее время действуют два нормативных акта, регулирующих банковскую тайну США. Это Закон о банковской тайне и Закон о праве на финансовую тайну.

«Закон о банковской тайне был принят, чтобы обеспечить помощь в «уголовном, налоговом и административном расследовании и процессах» в форме истребования бухгалтерских книг и предоставления информации о некоторых банковских сделках. Этот закон создал «бумажный след», необходимый для доказательства незаконности финансовых сделок»³.

Он был обусловлен тем, что «исключение по банковским документам» получило большое распространение, что наталкивалось на интерес клиента к конфиденциальности банковских услуг, и поскольку объектом исключения были банковские документы, их попросту перестали вести или велись так, чтобы нельзя было использовать в суде для доказательств противоправности некоторых действий. То есть главной задачей этого закона было закрепление единообразия бухгалтерского учета с тем, чтобы установить сам предмет запроса со стороны государственных чиновников.

Теперь в банковских документах «должны быть отражены» идентификация каждого лица, имеющего счет в Соединенных Штатах в банке, и каждого отдельного лица, обладающего правом подписи-

¹ Банковское право США. М. 1992, с.538.

² Там же, с.538.

³ Там же, с.539.

вать чеки, снимать деньги или иным образом действовать в отношении любого такого счета; копии каждого чека, ордера на получение денег (драфта) или подобного документа, выписанного на него и предъявленного к оплате, учет документов, полученных для хранения или вклада, и идентификация любого лица, участвующих в сделке, «о которой требуется сообщать или учитывать по Закону о бухгалтерских документах и сделках с иностранным эмитентом»¹. К таким относятся сделки свыше 10 000 долларов, независимо от природы сделки, а также сведения о лицах, имеющих интерес или контроль над иностранным счетом, сделки с валютой. Любое финансовое учреждение, обязанное предоставлять такой отчет «должно» проверить и отметить идентичность, адрес и номер удостоверения личности или карточки социального страхования любого лица, участвующего в такой сделке»².

В Российской Федерации подобные меры предпринято ввести Указом Президента РФ «Об осуществлении комплексных мер по своевременному и полному внесению в бюджет налогов и иных обязательных платежей» от 23 мая 1994 года № 1006³. В соответствии с пунктом 8 Указа «банки и другие кредитные учреждения обязаны информировать налоговые органы о совершении физическими лицами (включая нерезидентов) операций на сумму, эквивалентную 10 тысячам долларов США и выше. При установлении случаев неисполнения этих обязанностей Центральный банк Российской Федерации обязан принять меры в порядке, предусмотренном Законом РСФСР «О Центральном банке РСФСР (Банке России)».

Законодательство США является в принципе уникальным, поскольку на банк возлагается обязанность вести ту бухгалтерскую отчетность, которую должен вести клиент. А требования об идентификации лица больше напоминают переложение на банк функций органа дознания. Верховный Суд США не признал противоречащим Четвёртой поправке к Конституции США требования полиции выявления банком документов, принадлежащих обвиняемому (чеков, свидетельств по уплате и т. п.) в связи с уголовным расследованием (*United States v. Miller*, 1976)⁴. Суд признал, что клиент отказывается

¹ Банковское право США. М. 1992, с.539-540.

² Банковское право США. М. 1992, с.541.

³ Собрание законодательства РФ. 1994. № 5. Ст. 396.

⁴ Франковски С., Гольдман Р., Лентовска Э. Верховный Суд США о гражданских правах и свободах. Варшава, 1997, с. 193.

от ожидания права на частную жизнь, разрешив доступ сотруднику банка к персональной информации.

Закон о праве на финансовую тайну от 1978 года имел цель уточнить порядок и основания предоставления сведений, составляющих банковскую тайну, правительственным агентам. Он ограничивает круг ситуаций, когда правительственные органы могут получить доступ и (или) копии финансовых документов «клиента» или финансового учреждения, случаями, прямо перечисленными в законе. Клиент может дать письменное разрешение, чтобы, помимо всего прочего, некоторые документы могли представляться для каких-либо целей или каким-либо правительственным органам. Использование судебного приказа о расследовании, изданного согласно Федеральным правилам уголовного процесса, должно сопровождаться уведомлением клиента в течение 90 дней, если выдавший приказ суд не предоставит отсрочки. Кроме того, правительственный орган должен заполнить официальный письменный запрос к финансовому учреждению в случае, если невозможно использовать административный запрос или ордер.

Лицо, в отношении которого истребованы документы, имеет право обжаловать запрос в окружной суд США. Иск будет удовлетворен, если заявитель докажет, «что требуемые финансовые документы не имеют отношения к законному расследованию и реализации права, предоставленного правительством в своем уведомлении».

То есть закон устанавливает две возможности реализации права:

- правительственный агент обязан доказать наличие явных оснований предполагать, что истребуемая информация необходима для законного расследования;
- лицо же, в отношении которого предусматривается провести расследование, во избежание этого обязано доказать несостоятельность доводов правительственного агента.

Также устанавливается требование к запросу: необходимый материал должен быть «деловым документом» банка, а не «частной бумагой» вкладчика.

Как видно вопросом регулирования банковской тайны в США посвящены два обширных нормативных акта, в России же - пока нет такого детального законодательного регламентирования, что и порождает научные дискуссии и спорные ситуации на практике.

Интересен также международный опыт по установлению ответственности за разглашение банковской тайны.

В Швейцарии, Даниэль Гюгенгем выделяет три вида ответственности за нарушение банковской тайны:

- договорная гражданско-правовая; «если договор с клиентом заключен, то нарушение условия соблюдения банковской тайны считается нарушением договорных обязательств»¹ и это служит основанием для возмещения убытков;

- внедоговорная гражданско-правовая; потерпевший от нарушения банковской тайны независимо был ли договор или нет «вправе предъявить банку иск о возмещении морального вреда, руководствуясь Гражданским кодексом и Обязательным кодексом Швейцарии. Эта норма имеет большое практическое значение. Так, если в связи с заключенным кредитным договором банк получит сведения, касающиеся третьего лица, с которым клиент банка имеет деловые связи, и разгласит их, то третье лицо вправе предъявить иск к банку»²;

- уголовно-правовая; она наступает наряду с гражданской и в соответствии с Федеральным законом Швейцарии о банках и сберегательных классах от 1934 года влечет за собой тюремное заключение от 6 месяцев и выше или штрафа до 50 000 швейцарских франков³.

Возможность привлечения к уголовной ответственности предусмотрена в правовых системах многих государств. По этому поводу отмечал президент российского «Технобанка»: «Нестыковка между банковским и уголовным законодательством хорошо видна по перечню уголовно наказуемых деяний, в котором вообще отсутствует нарушение такого фундаментального принципа, как банковская тайна. Между тем на уважении к этой норме держится доверие вкладчиков, при отсутствии которой они скорее предпочтут оставить деньги в «чулке», чем пускать в оборот»⁴. Теперь данная «нестыковка» устранена новым Уголовным кодексом Российской Федерации, предусматривающим ответственность за собирание сведений, составляющих банковскую тайну, незаконным способом, а также за незаконное

¹ Ефимова Л. Указ, соч., с.2.

² Там же, с.2.

³ Ефимова Л. Указ, соч., с.2.

⁴ Тосунян Г.А. Защита банковской деятельности: уголовно-правовой аспект // Государство и право. 1995. № 3, с.51.

разглашение или использование сведений, составляющих банковскую тайну, без согласия их владельца.

По законодательству США гражданско-правовые санкции могут быть применены и к федеральным агентствам. Служащий банка, предоставляющий сведения, составляющие банковскую тайну, правительственным органам США, освобождается «от гражданско-правовой ответственности по отношению к вкладчикам и другим лицам. Особо отметим, что финансовым учреждениям разрешено уведомлять правительство о своих подозрениях на счет преступной деятельности, идентифицировать лиц и описывать их деятельность»¹, то есть они несут ответственность «за предоставление информации правительственным агентствам до тех пор, пока соблюдаются процессуальные требования, а действия совершаются добровольно»².

Надо добавить, что Федеральный закон «О банках и банковской деятельности» заметно изменил редакцию статьи, посвященной банковской тайне, в лучшую сторону. Особенно в отношении ответственности за ее нарушение. Не урегулирована лишь возможность вкладчика обжаловать в судебном порядке действия государственных органов, направленных на получение сведений, составляющих банковскую тайну, если он считает, что данная деятельность носит произвольный характер и не связана с законным расследованием находящимся в компетенции государственного органа.

Врачебная тайна

Сведения, составляющие врачебную тайну, являются одной из самых важных сторон частной жизни человека. Без доверительных отношений между врачом и пациентом невозможно продуктивное лечение, и этому способствует обязанность врача блюсти тайну обратившегося к нему гражданина.

Государство берет на себя обязательство регулировать этот вопрос, потому что оглашение некоторых медицинских сведений может нанести существенный вред человеку, воспользовавшемуся услугами врача. Этому способствует множество причин. К ним можно отнести и предрассудки к определенной категории болезней, условия общежития между людьми и те нормы этики и морали, присутствующие в определенной социальной группе. Эпилепсия, например, дол-

¹ Банковское право США. М. 1992, с.550.

² Там же, с.551.

гие времена считалась болезнью дьявола, и неизвестно сколько больных было сожжено судом инквизиции только за то, что они страдали из-за такого недуга. «Демоны, вследствие околдования, могут субстанциально обитать в человеке. Это происходит не из-за собственных преступлений одержимых, но вследствие их больших заслуг или вследствие лёгких и тяжёлых чужих позорных проступков. В зависимости от этих проступков меняется и вид одержимости»¹, - читаем в эпохальном труде «Молот ведьм», долгое время являвшемся наставлением судейскому корпусу.

Исторически сложилось так, что врач должен хранить тайну больного. Еще в клятве Гиппократ, которая закладывала основы медицинской этики, и с которой выросло не одно поколение врачей, можно найти слова: «Чтобы при лечении, а также и без лечения, я не увидел или не услышал касательно жизни людской из того, что не следует когда-либо разглашать я умолчу о том, считая подобные вещи тайною»². В дореволюционной России каждый врач давал «Факультетское обещание», текст которого помещался в дипломе: «Обещаю... свято хранить вверяемые мне семейные тайны и не употреблять во зло оказываемого мне доверия»³. Действующее российское законодательство, закрепляя текст клятвы врача (статья 60 Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан), также содержит обязанность соблюдения врачебной тайны: «Получая высокое звание врача и приступая к профессиональной деятельности, я торжественно клянусь: ...быть всегда готовым оказать медицинскую помощь, хранить врачебную тайну...».

Основы законодательства Союза ССР и союзных республик о здравоохранении⁴ врачебную тайну не определяли через правомочие пациента. Статья 16 корреспондировала обязанность сохранять врачебную тайну медицинским работникам: «Врачи и другие медицинские, а также фармацевтические работники не вправе разглашать ставшие им известными в силу исполнения профессиональных обязанностей сведения о болезнях, медицинских обследованиях (освидетельствованиях), интимной и семейной жизни граждан».

В этой же статье предусматривалось, что «руководители учреждений здравоохранения обязаны сообщать сведения о болезни гражд-

¹ Шпренгер Я. Институт Г. Молот ведьм. Саранск, 1991, с. 262.

² Блохин Н.Н. Деонтология в онкологии. М. 1977, с. 16.

³ Блохин Н.Н. Указ, соч., с. 16.

⁴ Ведомости Верховного Совета СССР. 1969. № 52. Ст. 466 (в ред. 1990г.).

дан органам здравоохранения в случаях, когда этого требуют интересы охраны здоровья населения, а следственным и судебным органам - по их требованию».

Закон РСФСР от 29 июля 1971 года «О здравоохранении» дублировал общесоюзное правило. Сама сущность действовавшего на тот момент закона исходила из первичности урегулирования статуса органов здравоохранения и медицинского работника. Соответственно права пациента вообще не использовались как категория.

Основы законодательства РФ об охране здоровья граждан¹ закрепляют право пациента при обращении за медицинской помощью на «сохранение в тайне информации о факте обращения за медицинской помощью, о состоянии здоровья, диагнозе и иных сведениях, полученных при его обследовании и лечении...» (п.6 ст.30). Таким образом врачебная тайна отражена и в современном российском законодательстве.

В некоторых работах было высказано мнение, что термин «врачебная тайна» не отражает его сути. Согласно ему он сложился исторически. Но «правильнее было бы говорить о «медицинской тайне», потому что если помощь оказывается в лечебном учреждении, то обязанность обеспечить тайну несет это учреждение, а помощь вне лечебного учреждения (на улице, в общественном транспорте, дома) может быть оказана не только врачом, но и иным медицинским работником. В связи с этим желательно внести терминологическое уточнение в текст закона»². Все-таки думается, не стоит отказываться от старого термина. В пользу сохранения термина «врачебной тайны» можно привести следующие доводы:

- он исторически сложился и применяется в других государствах;
- именно он применяется в Основах законодательства РФ об охране здоровья граждан;
- он связан не с профессиональной деятельностью лица - «врачом», а с видом деятельности - «врачеванием», термин «медицинская тайна» не конкретен³.

¹ Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1993. N 33. Ст.1318.

² Малеина М.Н. Защита личных неимущественных прав советских граждан. М. 1991, с.80.

³Закон Республики Карелия «О правах и обязанностях пациента» в статье 3 также использует понятие медицинская тайна: «Медицинская тайна - не подлежащие разглашению сведения о пациенте, факте обращения за медицинской помощью, диагнозе и иные сведения о состоянии здоровья и частной жизни, полученные в результате обследования и лечения.»

Субъектом врачебной тайны согласно статье 61 Основ об охране здоровья граждан является любое лицо, которому она стала известна «при обучении, исполнении профессиональных, служебных и иных обязанностей». То есть закон не связывает это ни с наличием медицинского образования, ни со статусом врача, ни с местом оказания медицинской помощи (больничное учреждение или на улице). Соответственно в круг субъектов врачебной тайны необходимо включать также частнопрактикующих врачей, лиц, занимающихся народным целительством. Также само медицинское (лечебное, профилактическое и так далее) учреждение является обязанным лицом по принятию всех необходимых мер по обеспечению сохранения сведений, составляющих врачебную тайну. Это оправданно и наиболее полно защищает права пациента. Из этих критериев исходит и мировой опыт.

Субъектом данных, составляющих врачебную тайну, является, в первую очередь, пациент. Основы законодательства РФ об охране здоровья граждан употребляют именно данный термин - статья 30 «Права пациента» закрепляет, что «при обращении за медицинской помощью и ее получении пациент имеет право на сохранение в тайне информации о факте обращения за медицинской помощью, о состоянии здоровья, диагнозе и иных сведений, полученных при его обследовании и лечении, в соответствии со статьей 61 настоящих Основ». Чёткое определение категории субъекта данных позволит очертить круг субъектов, обладающих субъективным правом на врачебную тайну¹. Медициной традиционно производится выделение из категории лиц, обращающихся за медицинской помощью, больных: «Пациентом называется лицо, обращающееся к врачу с нуждой в его профессионализме для консультативной помощи и коррекции самочувствия. Больным именуется пациент, заведомо нуждающийся в профессиональной лечебно-диагностической помощи»². Как видно из приведённых определений понятие пациента охватывает и поня-

¹ Закон Саратовской области «О правах пациента» в статье 1 устанавливает, что пациент - это лицо, обратившееся, получающее или имеющее намерение обратиться за получением медицинских и связанных с ними услуг независимо от того, здоров он или болен. Закон Республики Карелия «О правах и обязанностях пациента» несколько иначе определяет понятие пациента: Это — « физическое лицо любого возраста, обратившееся в государственное, муниципальное, ведомственное или частное учреждение здравоохранения и, независимо от право- и дееспособности, нуждающееся в лечебной, профилактической, реабилитационной и лекарственной медицинской помощи».

² Тихомиров А.В. Медицинское право. М., 1998, с. 76.

тие больного. Однако не только указанные субъекты обладают правом на сохранение врачебной тайны. Таковым будет и любое лицо, когда идёт речь о разглашении по отношению к нему отсутствия факта обращения к врачу. Таковыми будут родственники пациента, если врач разглашает какую-либо информацию о них, почерпнутую из общения с лицом, обратившемся за медицинской помощью, либо после его смерти.

Если в вопросе о субъекте врачебной тайны ни в российском законодательстве, ни в зарубежном особых споров не возникает, то иначе обстоит дело при определении пределов и содержания врачебной тайны.

Еще в начале XX века выделялось три основных направления в науке и практике:

- абсолютное сохранение врачебной тайны, причем не допустимо разглашение даже при наличии согласия больного, врач подлежит уголовной ответственности независимо от того какими он руководствовался побуждениями (французская и бельгийская судебная практика, врачи - Бруардель, Лакассань, Варваест);

- допускается разглашение врачебной тайны при инфекционных заболеваниях и в научных целях (германская судебная практика, Либман, Ренуа);

- медицинское освидетельствование лиц, вступающих в брак, заключающих договор о страховании жизни, в целях предотвращения плохой наследственности (законодательство некоторых Североамериканских Штатов, Мори, Хегар, Казалис)¹.

Последняя точка зрения обосновывалась тем, что « начавшаяся душевная болезнь в неизлечимой форме может грозить не только материальному положению людей, входящих не ведая ничего, в договоры с солидарной ответственностью друг за друга, но и иметь гибельное значение для семьи особенно там, где церковные правила не допускают развода по сумасшествию одного из супругов. Еще более неисчислимы и, так сказать, безграничны последствия скрываемого от близких и окружающих полового и вне полового заражения»².

Абсолютного сохранения врачебной тайны некоторое время придерживалась французская судебная практика. Нашумевшим было дело доктора Ватле, который, являясь лечащим доктором художника Бастьена Лепажа, умершего от рака, чтобы оградиться от обвинений

¹ Кони А.Ф. Собрание сочинений в 8 т. Т. 4. М. 1967, с.448.

² Там же, с.449.

средств массовой информации в недобросовестном лечении, поместил в газете «Matin» историю болезни Лепаж. «Тогда прокурор по собственной инициативе возбудил против Ватле обвинение за обнародование тайны; дело прошло все инстанции, и кассационный суд в 1885 году утвердил обвинительный приговор, признав, что никакие побуждения не могут оправдать оглашения сведений врача о болезни даже лица умершего»¹.

Но уже в 1893 году во Франции врач получил право давать свидетельские показания о туберкулезе, а в 1920 году об аборте. В Германии с 1927 года «на врача была возложена обязанность сообщать о венерических заболеваниях и ему была предоставлена возможность давать свидетельские показания о насильственной смерти, тяжких телесных повреждениях и увечьях»². В настоящее время в Германии в соответствии с параграфом 53 Уголовно-процессуального кодекса правом отказа от дачи свидетельских показаний пользуются «врачи, зубные врачи, аптекари, акушеры - о том, что им доверено или стало известно в силу их положения». К этим лицам «в равной мере относятся их помощники и лица, которые работают в порядке стажировки по специальности» (параграф 53a)³.

Несмотря на это, Всемирная медицинская ассоциация, ведущая международная организация медиков, неоднократно подтверждала, что врач должен безоговорочно хранить профессиональную тайну (Женева, 1948, Лисабон, 1981 - Двенадцать принципов, 1963). Постоянный комитет врачей Европейского сообщества при этом отметил, что даже назначаемый работодателем врач предприятия должен соблюдать врачебную тайну⁴.

Говоря же о медицинском освидетельствовании перед браком, необходимо отметить, что оно одобряется общественным мнением во многих странах, но не является, как правило, обязанностью. Во Франции же высказывалось предложение выдавать молодым людям свидетельство о праве вступать в брак, в котором бы после медицинской проверки ставилась отметка «bon pour le mariage» - «годен для брака». Аналогичная точка зрения была высказана и в российской юридической науке. В частности было предложено установить за-

¹ Кони А.Ф. Указ, соч., с.446.

² Петрухин И. Личная жизнь: пределы вмешательства. МЛ 989, с.27.

³ Федеративная Республика Германия. Уголовно-процессуальный кодекс. М., с. 28-29.

⁴ Медицина и права человека. М. 1992, с. 176.

конодательный запрет на вступление в брак между генетически несовместимыми людьми, при этом ввести возможность заведения генетического паспорта: «Представляется, что в области генетики наследственное право, или точнее право на наследственность, является в большей мере публичным, чем частным. Преходящие, субъективные интересы, личные причуды, необузданность либо бесхарактерность, равно как и беспечность разных людей, не могут быть положены в основу концептуального решения вопроса о генетической наследственности как неограниченном индивидуальном праве родителей в отношении будущего потомства. Человечество заинтересовано в сохранении и улучшении своего генофонда и должно иметь для этого в своём распоряжении достаточные правовые средства»¹.

Семейный кодекс РФ предусматривает возможность лиц, вступающих в брак, пройти медицинское обследование, включая консультирование по медико-генетическим вопросам и вопросам планирования семьи (ст. 15). Но результаты могут быть сообщены лицу, с которым обследуемый намеревается заключать брак, только с согласия последнего. Если же одно из лиц, вступающих в брак, скрыло от другого лица наличие венерической болезни или ВИЧ-инфекции, то последнее может потребовать признания брака недействительным².

Выше уже говорилось о введении государственного регулирования генотипа человека. Была высказана и точка зрения о реанимации евгеники с помощью мер государственного принуждения. Так, в отношении добровольности медицинского обследования вступающих в брак был сделан вывод, что он противоречит нормальной логике: «Но и эта слабенькая возможность как-то прогнозировать наследственность полностью перечёркнута ч.2 ст. 15 СК... Тем самым с подачи законодателя другой партнёр в будущем браке получает «кота в мешке»³. В последующем автор статьи приводит конституционные положения об охране здоровья, материнства и детства, обязанности

¹ См. более подробно Ковалёв М.И. Генетика человека и его права // Государство и право. 1994. № 1, с. 20.

² Не совсем понятна только логика законодателя, применившего в Семейном кодексе РФ термин «медицинская тайна», если Основы законодательства РФ об охране здоровья граждан употребляют термин «врачебная тайна». Думается, что было бы не совсем точным при формулировании одного и того же понятия использовать различные дефиниции.

³ Селезнёв М. Правовые аспекты генетической гигиены // Законность. 1999. № 4, с. 41.

государственных органов информировать граждан о своих правах и т.д. Общим итогом видится подведение читателя к обоснованности мнения об обязательном тестировании всех граждан, вступающих в брак, и соответствующем селекционном отборе: «Как видим, отсутствие информации о партнёре по браку ставит под угрозу основные права человека и гражданина - право на здоровье и создание полноценной семьи. В таких ситуациях ничем не оправданная врачебная тайна входит с рядом положений Основного закона»¹. Оппонентом М.Селезнёву выступил А.Васин, который помимо прочих выводов недопустимости следовать указанной логике, обозначает: «Вырванные из общего контекста, вне системного толкования указанные конституционные положения в изложении автора нарушают соотношение между отдельными правами и свободами человека и гражданина. В частности, предложенная трактовка не учитывает права на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну. Можно себе представить чувства будущих супругов, решающих такие достаточно щепетильные вопросы не в конфиденциальном порядке, а посредством государственного принуждения»². Необходимо сказать, что введение в Семейный кодекс РФ нормы об обязательном освидетельствовании на ВИЧ-инфекцию и рассекречивании данной информации предлагает и М.Н.Малеина. По её мнению лица, вступающие в брак, должны представить в органы загс соответствующую справку. А на органы загс должна быть возложена обязанность предупредить неинфицированного гражданина о том, что его избранник является носителем ВИЧ-инфекции. «На тот случай, когда ВИЧ-инфекция выявлена в период брака, необходимо ввести норму, обязывающую медицинского работника сообщать об этом другому супругу»³. Проблема селекционного отбора высоко качественного населения периодически поднимается во многих государствах. Государственное регулирование подаётся как наиболее оптимальный метод созда-

¹ Селезнёв М. Правовые аспекты генетической гигиены // Законность. 1999. № 4, с. 41. Автор утверждает, что государство должно создавать банки генетической информации «с целью выбора оптимального партнёра для брака»: «Думается, что сейчас гипертрофированный эгоизм личности, облачённый в парадную одежду приоритета прав человека и гражданина, часто преподносится как основа демократии и идеал правового государства. За ним следует не менее утопическая, чем коммунизм, вера в общечеловеческие ценности» (с. 43).

² Васин А. Права человека и призрак евгеники // Законность. 1999. № 10, с. 32-33.

³ Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. М., 2001, с. 158.

ния чистой расы. Естественно врачебная тайна при таком подходе служит серьёзной помехой. Представляется, что останавливаться на данном вопросе не имеет большого смысла в рамках исследования врачебной тайны. Мнение автора: врачебная тайна - один из фундаментальных принципов отношений врача и пациента. Нет смысла говорить о её ограничениях в контексте генетической гигиены. Врач должен лечить, а не выполнять полицейские функции, человек не растение и не животное. Человек свободен. Эта свобода дарована ему от рождения. И человеческой особенностью является то, что человек самостоятельно делает свой собственный выбор: совершать преступление, употреблять наркотики, или отказываться от совершения этих поступков. Государство же сильно тем, что оно занимается разрешением общесоциальных проблем, не забывая о том, что гуманизм всегда являлся отличительным признаком просвещённого общественно-политического строя. Хотя и отмахиваться юристам от евгеники не следует. Действительно, фашизм скомпрометировал данную теорию, но это не повод, чтобы она перестала быть предметом всестороннего изучения многих наук, в том числе и социальных.

Хотелось бы представить точки зрения на врачебную тайну со стороны основных религиозных конфессий - « Правила католической этики недвусмысленно подтверждают обязанность врача хранить профессиональную тайну, хотя и не абсолютно во всех случаях. В самом деле было бы этически недопустимо использовать тайну для сокрытия преступления или обмана». Мусульманская мораль также подтверждает: «Она может быть нарушена, если сохранение тайны чревато нанесением физического ущерба третьему лицу»¹.

Российский законодатель пошел по пути, который сбалансировал интересы общества в защите от преступлений и массовых заражений и интересны пациента, желающего сохранить некоторые факты из своей жизни в тайне.

Согласно статье 61 Основ об охране здоровья граждан врачебную тайну составляет « информация о факте обращения за медицинской помощью, состоянии здоровья гражданина, диагнозе его заболевания и иные сведения, полученные при его обследовании и лечении». При этом гражданину должна быть подтверждена гарантия конфиденциальности передаваемых сведений. Причём при заключении договора на оказание медицинских услуг могут дополнительно

¹ Медицина и права человека. М. 1992, с. 176-177.

предусматриваться обязанности по соблюдению врачебной тайны и объём её содержания, хотя «охрана законом врачебной тайны является объективно-правовым требованием». Это означает, что включение или невключение подобных пунктов в договор об оказании медицинской услуги не является основанием соблюдения или несоблюдения тайны. «Она не обусловлена субъективным отношением к ней пациента или какими-то действиями. Поэтому не имеет значения, обращался или не обращался пациент к врачу с просьбой держать в тайне какие-то сведения, заботится ли пациент об охране определённых сведений или относится к их разглашению безразлично и т.п.»¹.

То есть к сведениям, составляющим врачебную тайну, в Российской Федерации относятся как собственно медицинские данные, и информация, не являющаяся по характеру медицинской, но относящаяся к личной жизни пациента и его семьи. Как правильно было отмечено И.Л. Петрухиным, в содержание врачебной тайны входят данные «1) о самом факте обращения лица за медицинской помощью; 2) о болезни (диагноз, течение, прогноз); 3) о примененных методах лечения и их эффективности; 4) о лице, обратившемся за помощью, - его прошлом, привычках, наклонностях, физических и психических недостатках, интимных связях и тому подобное; 5) о семье больного и укладе жизни в доме»². Практически такой же точки зрения придерживается и М.Н.Малеина, считая, что иные сведения, предусмотренные в законе и включают «информацию о семейной, интимной жизни, состоянии здоровья родственников пациента. Такие сведения могут быть получены при обследовании и лечении, со слов пациента, его родственников, из истории болезни, или другой документации, а также от иных медицинских работников (например, консультантов)»³. Основы об охране здоровья граждан в статье 31 особо подчеркивают: «Информация, содержащаяся в медицинских документах гражданина, составляет врачебную тайну». Закон Саратовской области «О правах пациента» разграничивает такие понятия как врачебная тайна и конфиденциальная информация (статья 1):

Врачебная тайна - не подлежащие разглашению сведения о пациенте, факте обращения за медицинской помощью, диагнозе и иные

¹ Комментарий к Законодательству РФ в области психиатрии. М., 1997, с.64.

² Петрухин И.Л. Личная жизнь: пределы вмешательства. М.1989, с.24.

³ Малеина М.Н. Человек и медицина в современном праве. М., 1995, с.63-64.

сведения о состоянии здоровья и частной жизни, полученные в результате обследования и лечения.

Конфиденциальность информации - доверительная информация, сообщаемая пациентом медицинскому работнику.

Проблема тайны медицинских документов во многих странах приобретает качественно новое значение. Больничные учреждения создают электронные информационные банки, накапливающие значительный объем информации самого интимного свойства. В частности медицинское информационное бюро в США имеет свыше 12 миллионов досье на граждан¹, по которым можно составить полную картину здоровья конкретного лица. При автоматизации банков данных с помощью компьютерных систем, подключенных к единой информационной сети, есть вероятность проникновения в нее посторонними лицами. При этом интерес может быть различный: у страховой компании - причины и ход заболевания застрахованного лица, у женщины - сведения о биологическом партнере, при искусственном оплодотворении о доноре спермы, у окружающих людей - о заболевании СПИДом, иных инфекционных заболеваниях соседей. Всемирная Медицинская ассоциация (Мюнхен, 1982) и Постоянный комитет врачей ЕЭС (Дублин, 1982) неоднократно обращали внимание, что информация, находящаяся в автоматизированных банках данных, является врачебной тайной и подлежит особой защите².

Одним из медицинских документов, предназначенный для «внешнего оборота», из которого можно почерпнуть информацию о болезни, о ее продолжительности является листок временной нетрудоспособности. Он предъявляется по месту работы, учебы. Графы, которые необходимо было заполнить, содержат: диагноз, продолжительность заболевания, учреждение, оказывавшее медицинскую помощь. При их полном заполнении естественно говорить о сокрытии сведений, составляющих врачебную тайну, не имеет никакого смысла. Сохранение тайны диагноза в таких документах обсуждалось в начале в Советском Союзе, а потом и в Российской Федерации на протяжении нескольких десятилетий. Предлагалось ввести шифры. Для этого «в 1979 году в двух областях (Ярославской и Черкасской) проводился эксперимент для апробирования новой формы заполнения больничных листков с помощью шифров. Однако шифры отдельных заболеваний (онкологических, психических, аборт и др.) вскоре

¹ Малеина М.Н. Человек и медицина в современном праве. М, 1995, с.64.

² Медицина и права человека. М. 1992, с. 199.

были раскрыты»¹. Причиной этому служило банальное человеческое любопытство. Несостоятельность такого метода оказалась на лицо.

Российский законодатель пошел по более простому пути: «При оформлении листка нетрудоспособности сведения о диагнозе заболевания с целью соблюдения врачебной тайны вносятся с согласия пациента, а в случае его несогласия указывается только причина нетрудоспособности (заболевание, травма или иная причина)» (ст.49 Основ об охране здоровья граждан). Из текста закона видно, что врач при написании больничного листка обязан спросить пациента, согласен ли он на написание диагноза. В противном случае, или если такого разрешения не испрашено, врач должен указывать только причину - заболевание, травма или иная. По собственной инициативе врач не имеет права проставлять диагноз.

Приказом Минздравмедпрома России от 13 января 1995 года № 5 был утверждён Порядок оформления документов, удостоверяющих временную нетрудоспособность, в которых устанавливается запрет на заполнение граф «диагноз» и «заключительный диагноз» (пункт 7). Пункт 8 закрепляет: «В графе «причина нетрудоспособности» подчеркиваются и ниже записываются: соответствующий вид нетрудоспособности (заболевание, несчастный случай на производстве или в быту, карантин, уход за больным, уход за ребенком, санаторно-курортное лечение, дородовой или послеродовой отпуск) и дополнительные сведения, приведенные на бланке в скобках»². Однако на обороте больничного листка, удостоверяющего временную нетрудоспособность, больничными учреждениями ставится штамп, в котором указывается шифр заболевания. Соответственно возникает вопрос о соответствии практической деятельности больничных учреждений не только законам Российской Федерации, но и внутренним ведомственным инструкциям. Тем более, что выше уже отмечалась несостоятельность практики шифровки заболеваний.

Также одной из проблем сохранения врачебной тайны была возможность врача скрывать диагноз от пациента. В данном случае такая трактовка врачебной тайны соприкасается с правом пациента на информацию о своём здоровье. Как правило, не говорился диагноз онкологическим больным и при других болезнях с вероятным летальным исходом. Обосновывалось это этическими нормами, а так-

¹ Малеина М.Н. Защита личных неимущественных прав советских граждан. М. 1991, с.83.

² Библиотека «Российской газеты». 1995. № 4.

же психологическими особенностями некоторых пациентов. Так как многие, зная, что рак на последней стадии сопровождается болями, которые практически «не заглушает» ни одно обезболивающее средство, кончали жизнь самоубийством. Примеров тому врачи знают немало. Тем более возможны ошибки при диагностировании. Врачебная этика исходила из того, что первоначальный (вероятный, не окончательный) диагноз в таких случаях вообще не должен доводиться до пациента.

Предлагалось в этом случае не обязывать врача сообщать информацию о таком диагнозе. «Это значит, что врач, имеющий достоверные данные о близком летальном исходе, вовсе не обязан немедленно и по собственной инициативе сообщать об этом каждому больному. Но если больной, при условии нахождения в полном сознании, категорически требует информации, то в таких случаях врач обязан сказать правду»¹. На практике этого правила в основном придерживались. Иными словами основной акцент при принятии решения врачом о доведении информации до больного врачебная этика делала на профессиональное усмотрение, а не требование пациента. Врач фактически должен самостоятельно оценить психическое состояние гражданина и прийти к выводу: возможно ли разглашение сведений

О вероятном прогнозе заболевания. Это объясняется тем, что любой прогноз заболевания всегда только вероятный. Он во многом, в первую очередь, зависит от внутреннего отношения больного к болезни, доверия к врачам, желания излечиться, «ложь позволяет больному в течение длительного времени сохранять бодрость духа, работоспособность, надежду на исцеление»². Обращает внимание, что некоторая часть самих пациентов индифферентно относится к праву на получение информации. Как отмечается медиками, «права пациента на распоряжение своим телом, на дачу согласия на медицинское вмешательство, застало русское общество и медицину в состоянии:

а) неготовности врачей признать за пациентами разумность в принятии решений;

б) неготовности врачей отказаться от преимуществ, даруемых положением «вершителя судьбы»;

в) неготовности пациентов к отстаиванию своих интересов, своего понимания интересов;

¹ Малеин Н.С. О врачебной тайне // Советское государство и право. 1981. № 8, с.83.

² Петрухин И.Л. Личные тайны (человек и власть). М., 1998, с. 165.

г) неготовности пациентов к объединению усилий»¹.

Представляется, что в данном случае происходит ошибочное распространение содержания врачебной тайны на сведения, сохраняемые в тайне от самого пациента. Врачебная тайна - это тайна гражданина, обратившегося за помощью, а не тайна врача. Обязанность врача и лечебного учреждения по сохранению этой тайны - производная обязанность, гарантия соблюдения права человека на врачебную тайну. Сам гражданин определяет режим сведений, которые становятся известными в связи с его излечением. Информация, которая доводится до пациента, должна подчиняться правовым нормам, регулирующим право на получение информации, которое принадлежит гражданину, а не лечебному учреждению.

Основы об охране здоровья граждан фиксируют: «Информация о состоянии здоровья не может быть предоставлена гражданину против его воли» (ч. 3 ст. 31). То есть, если гражданин сознательно выразил нежелание знакомиться с диагнозом, ходом его лечения, навязана она ему быть не должна. В то же время часть 3 статьи 31 Основ об охране здоровья граждан предусматривает исключение: «В случаях неблагоприятного прогноза развития заболевания информация должна сообщаться в деликатной форме гражданину». Слово «должна» обозначает обязанность медицинского персонала по собственной инициативе знакомить с возможностью наступления негативных последствий и методами их устранения. Это обуславливается также и статьей 32 Основ об охране здоровья граждан: «Необходимым предварительным условием медицинского вмешательства является информированное добровольное согласие гражданина». Одновременно при неблагоприятном прогнозе течения болезни гражданину должна быть предоставлена возможность уладить какие-то свои дела, которые сочтёт необходимым: сделать завещательное распоряжение, заключить сделки, которые откладывались на неопределённое время и так далее.

Зачастую практика свидетельствует, что врачи при возможном летальном исходе чаще обсуждают течение заболевания с близкими родственниками пациента, чем с самим больным.

Гражданин также имеет право на непосредственное ознакомление с медицинской документацией, отражающей состояние его здоровья, на получение консультации по ней у других специалистов, на

¹ Власов В.В. Роль пациента в принятии решений в клинике и в обществе // Медицина и Право. Материалы конференции. М., 1999, с. 68.

получение копий медицинских документов, отражающих состояние его здоровья, если в них не затрагиваются интересы третьей стороны (ст.31 Основ об охране здоровья граждан).

Законодатель устанавливает ряд исключений из абсолютности врачебной тайны. Статья 61 Основ об охране здоровья граждан определяет ряд условий, при наличии которых возможно предоставление сведений, составляющих врачебную тайну, без согласия на то больного или его законного представителя:

- в целях обследования и лечения гражданина, не способного из-за своего состояния выразить свою волю. Статья 32 Основ дополняет: «В случаях, когда состояние гражданина не позволяет ему выразить свою волю, а медицинское вмешательство неотложно, вопрос о его проведении в интересах гражданина решает консилиум, а при невозможности собрать консилиум - непосредственно лечащий (дежурный) врач с последующим уведомлением должностных лиц лечебно-профилактического учреждения»;

- при угрозе распространения инфекционных заболеваний, массовых отравлений и поражений. Смысл данного выражения неточен и нуждается в дополнении, так как под понятие инфекционное заболевание подпадает и грипп, и обыкновенный насморк, то есть те болезни, раскрытие которых нельзя рассматривать с точки зрения безопасности общества. Федеральный закон «О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения»¹ регулирует деятельность Государственной санитарно-эпидемиологической службы, направленной на предотвращение распространения инфекционных заболеваний. Статья 33 названного Закона предусматривает, что все случаи инфекционных заболеваний и массовых неинфекционных заболеваний (отравлений) подлежат регистрации организациями здравоохранения по месту выявления таких заболеваний (отравлений), государственному учету и ведению отчетности по ним органами и учреждениями государственной санитарно-эпидемиологической службы Российской Федерации;

- по запросу органов дознания и следствия, прокурора и суда в связи с проведением расследования или судебных разбирательств. В Российской Федерации врач в уголовном процессе может выступать как в качестве эксперта так и в качестве свидетеля. В статье 72 УПК РСФСР врач не упоминается в числе лиц, которые не могут быть

¹ Собрание законодательства РФ. 1999. № 14. Ст. 1650.

допрошены в качестве свидетелей, поэтому за отказ или уклонение от дачи показаний может быть привлечен к уголовной ответственности. Врач может быть допрошен о любых обстоятельствах, ставших ему известными. Как отмечено И.Л. Петрухиным, « существует три процессуальных способа установления сведений, составляющих врачебную тайну: 1) допросы медицинских работников в качестве свидетелей; 2) поручение врачам проведения судебно-медицинских и судебно-психиатрических экспертиз... 3) осмотр и выемки медицинских документов: историй болезни, рентгеновских снимков, лабораторных анализов и других»¹;

- в случае оказания помощи несовершеннолетнему в возрасте до 15 лет для информирования его родителей или законных представителей

- при наличии оснований, позволяющих полагать, что вред здоровью гражданина причинен в результате противоправных действий. Здесь следует отметить, что на врача не лежит обязанность представлять информацию о каждом таком случае. Закон только устанавливает, что предоставление таких сведений не является нарушением врачебной тайны. Врач будет обязан сделать это, в случае если ему достоверно известно, что произошло преступление или этим он укрывает преступника и то только по тем составам, за укрывательство которых предусмотрено наступление уголовной ответственности;

- если оглашение сведений, составляющих врачебную тайну, произошло на врачебном консилиуме.

При отсутствии этих условий врач не имеет права разглашать врачебную тайну даже родным и близким больного. Статья 31 Основ об охране здоровья граждан на это дает четкий ответ, что такая информация может быть сообщена членам семьи пациента, «если гражданин не запретил сообщать им об этом и (или) не назначил лицо, которому должна быть передана такая информация».

Статья 56 Закона Республики Беларусь « О здравоохранении» более кратко определяет условия разглашения врачебной тайны без согласия пациента. Общее правило закрепляет, что медицинские и фармацевтические работники не имеют права разглашать ставшие им известными в силу исполнения профессиональных обязанностей сведения о болезнях, интимной и семейной жизни граждан. Одновременно сведения о состоянии здоровья больного могут быть со-

¹ Петрухин И.Л. Личная жизнь: пределы вмешательства. М.,1989, с.33.

общены его родственникам, если это обусловлено необходимостью лечения и ухода за больным и не осуществляется против его воли. Также на медицинских и фармацевтических работников возлагается обязанность сообщать о состоянии здоровья граждан:

- органам здравоохранения, дознания и следствия, а также судам по их требованию;
- правоохранительным органам при обнаружении, что смерть или телесные повреждения наступили в результате внешних воз действий на организм (имеют насильственный характер).

Как видно, Закон Республики Беларусь вменяет в обязанность предоставлять сведения медицинского характера, закон же Российской Федерации говорит о том, когда «допускается» предоставление сведений, составляющих врачебную тайну.

Минздравом РФ (№ 291) и Фондом Социального страхования (№ 167) утверждён совместный Приказ от 6 октября 1998 года «Об утверждении Инструкции о порядке осуществления контроля за организацией экспертизы временной нетрудоспособности», в котором указывается, что функции контроля за состоянием экспертизы временной нетрудоспособности осуществляются «при вневедомственном (межведомственном) контроле- специалистами исполнительных органов Фонда социального страхования Российской Федерации совместно с территориальными органами управления здравоохранением и учреждениями здравоохранения с привлечением, при необходимости, представителей лицензионно-аккредитационных комиссий, страховых медицинских организаций, территориальных фондов обязательного медицинского страхования (в случае выполнения ими функций страховщика), профессиональных медицинских ассоциаций, учреждений высшего профессионального образования, научно-исследовательских институтов, других учреждений здравоохранения и независимых экспертов в пределах их компетенции». При этом Инструкция предусматривает, что для оценки работы проверяющим должны быть представлены, в том числе, медицинские карты амбулаторных и стационарных больных (п. 5.1.2). Соответственно указанная Инструкция расширяет перечень оснований, установленный Основами об охране здоровья граждан, при наличии которых сведения, составляющие врачебную тайну, могут быть раскрыты без согласия пациента. Тем самым к субъектам, имеющим доступ к медицинским документам, добавляются страховые организации, должностные лица органов управления здравоохранения и некоторые другие. Подобное

положение не соответствует действующему законодательству. Следует отметить, что статья 61 Основ об охране здоровья граждан не подлежит расширительному толкованию. Любые нарушения данной статьи, не основанные на норме закона, подлежат устранению компетентными органами. Врач не обязан предоставлять медицинскую документацию, поскольку в ином случае он нарушает обязанности по сохранению врачебной тайны. В любом случае пациент вправе обжаловать такое ознакомление с медицинской документацией, собранной в отношении его болезни, вправе предъявлять иски к лечебному учреждению.

Региональное законодательство также пытается расширить перечень оснований, при наличии которых предоставляется информация, составляющая врачебную тайну без согласия пациента. Традиционным выступает фиксация правил, аналогичных указанной выше Инструкции Минздрава РФ и ФСС РФ. Так, Закон Саратовской области «О правах пациента» предусматривает (статья 9), что предоставление сведений, составляющих врачебную тайну, без согласия пациента или его представителей допускается, в том числе, «в целях проведения экспертизы качества медицинской помощи, а также при осуществлении финансовых расчетов за оказанную медицинскую помощь в системе обязательного медицинского страхования». Статья 10 Закона Республики Карелия «О правах и обязанностях пациента» содержит точно такое же определение. Хотелось бы отметить, что в соответствии со статьёй 55 Конституцией РФ, ограничения прав и свобод могут предусматриваться только федеральным законом, что свидетельствует о нарушении со стороны регионального законодателя требований не только Основ об охране здоровья граждан, но и российской Конституции.

Медицинскими работниками обращается внимание на коллизию, по их мнению, норм Основ об охране здоровья граждан и Гражданского кодекса РФ. Основы указывают на то, что лицо достигшее 15 лет вправе самостоятельно решать вопрос об обращении к врачу, а также на то, что не будет считаться разглашением врачебной тайны информирование родителей или законных представителей в случае оказания помощи несовершеннолетнему в возрасте до 15 лет. Иными словами для того, чтобы родители могли получить информацию о состоянии здоровья своего ребёнка, им необходимо заручиться его согласием. Только в случае, если ребёнок укажет своих родителей в качестве лиц, кому могут быть предоставлены медицинские сведения, врач не будет нести ответственность за передачу сведений.

Одновременно Гражданский кодекс РФ (статья 21) устанавливает, что «способность гражданина своими действиями приобретать и осуществлять гражданские права, создавать для себя гражданские обязанности и исполнять их (гражданская дееспособность) возникает в полном объеме с наступлением совершеннолетия, то есть по достижении восемнадцатилетнего возраста». Однако если проанализировать статью 26 ГК РФ, то можно прийти к выводу, что Гражданский кодекс РФ имеет в виду, в первую очередь, сделкоспособность.

Семейный кодекс РФ, регулируя отношения между родителями и детьми устанавливает, что «родительские права, предусмотренные настоящей главой (имеется в виду глава 12 « Права и обязанности родителей» - прим. Г.Р.), прекращаются по достижении детьми возраста восемнадцати лет (совершеннолетия), а также при вступлении несовершеннолетних детей в брак и в других установленных законом случаях приобретения детьми полной дееспособности до достижения ими совершеннолетия (статья 61).

Статья 63 СК РФ фиксирует - Родители имеют право и обязаны воспитывать своих детей. Родители несут ответственность за воспитание и развитие своих детей. Они обязаны заботиться о здоровье, физическом, психическом, духовном и нравственном развитии своих детей. Родители имеют преимущественное право на воспитание своих детей перед всеми другими лицами.

Естественно любой родитель может задаться вопросом, как он сможет выполнять свою обязанность по заботе о здоровье, если врач ему откажет в предоставлении информации? Такие проблемы не единичны, очень часто с ними приходится сталкиваться медицинским работникам при излечении венерических заболеваний и при решении вопроса о проведении операции по искусственному прерыванию беременности в отношении несовершеннолетних. Причём практика знает случаи, когда разглашение сведений ставит ребёнка в тяжёлую психологическую ситуацию, которую ему трудно самостоятельно разрешить в конечном итоге без помощи родителей, так и когда разглашение сведений наносит травму ребёнку из-за неадекватной реакции родителей.

По-видимому, российское законодательство должно разрешить коллизию названных норм. Причём всё-таки считается целесообразным сохранить 15- летний возрастной предел, когда медицинские сведения сообщаются родителям. Однако при несогласии ребёнка и

серьёзности медицинского вмешательства сообщение сведений родителям должно происходить только после консультации психолога. Врач должен осознавать, что его огласка может привести к значительному нарушению прав несовершеннолетнего со стороны законных представителей, с которыми после оказания врачебной помощи он остаётся один на один. Следует отметить, что в соответствии со статьёй 13 Федерального закона «О предупреждении распространения в Российской Федерации заболевания, вызываемого вирусом иммунодефицита человека (ВИЧ - ИНФЕКЦИИ)»¹ в случае выявления ВИЧ-инфекции у несовершеннолетних в возрасте до 18 лет работники медицинских учреждений уведомляют об этом родителей или иных законных представителей указанных лиц.

Этическую проблему создает закрепление (или её отсутствие) обязанности предоставления информации супругу больного. Медицинская этика выработала на этот счет требование, чтобы врач, если знает об инфекционном заболевании, опасном для окружающих, обязан предупредить другое лицо, которое может быть поставлено в опасность. Еще А.Ф. Кони отмечал: «Если обращение к чести, совести, уму больного бессильно удержать его от тех или других, пагубных для окружающих отношений и врач точно об этом осведомлен поставление окружающих в известность о печальной истине может являться обязанностью врача во имя человеколюбия, особенно, если он даст себе труд внушить этим окружающим необходимость снисходительного отношения к больному»². Однако российское законодательство такого правила не содержит. Только при наличии инфекционного заболевания при проведении мероприятий, предусмотренных санитарным законодательством, допускается разглашение сведений, составляющих врачебную тайну, а также проведение обследования лиц, с которыми больной контактировал.

Общественный резонанс при обсуждении содержания врачебной тайны всё больше вызывает распространение ВИЧ-инфекции. Нередко в прессе высказываются мнения, что ВИЧ - это наказание за «беспутный» образ жизни, так как основной группой риска являются наркоманы, лица, занятые в сфере оказания сексуальных услуг, гомосексуалисты. Поэтому как бы и рассуждения о правах человека выглядят неуместными. Предлагается, наоборот, предавать огласке случаи таких заболеваний. Тем более, что пресса предаёт огласке исто-

¹¹ Собрание законодательства РФ. 1995. № 14. Ст. 1212.

² Кони А.Ф. Указ. соч., с.450.

рии преднамеренного заражения ВИЧ-инфицированными. Так, 27-летняя жительница города Донецка преднамеренно вступала в интимную связь с мужчинами, зная о своём заболевании и дав подписку об уголовной ответственности за постановку возможного партнёра в опасность заражения. Автор газетной публикации отмечает, что подобные случаи не единичны, и уже получили свой термин: «СПИД-агрессия»¹.

Первый удар такому мнению был нанесён массовым заражением несовершеннолетних в Элисте, произошедшим из-за халатности медперсонала. Общество поняло, что ВИЧ может придти не только в дом наркомана или проститутки, но и к ещё не осознавшему ничего в этом мире ребёнку. Распространённость заболевания, отсутствие эффективных способов лечения придают проблеме ВИЧ международный характер. В 1996 году во время Второй международной консультации по ВИЧ/СПИДу и правам человека, проводимой под эгидой ООН были выработаны Международные руководящие принципы по поощрению и защите прав человека в связи с ВИЧ/СПИДом. В руководящем принципе 3 указывается, что законодательство в области общественного здравоохранения должно обеспечивать, чтобы медицинское освидетельствование на выявление ВИЧ-инфекции проводилось лишь в том случае, когда лицо даёт на это осознанное согласие. Исключения из принципа добровольности медицинского освидетельствования должны допускаться лишь при наличии специального разрешения суда, выданного после надлежащей оценки важных соображений, связанных с неприкосновенностью частной жизни и свободы². Указанные руководящие принципы допускают разглашение врачом информации о наличии ВИЧ-инфекции партнёру по половым отношениям своих пациентов, но с учётом каждого индивидуального случая и этических соображений. При этом подчёркивается важность соблюдения следующих критериев:

- проведение обстоятельной консультации с соответствующим лицом, инфицированным ВИЧ;
- консультирование лица, инфицированного ВИЧ, не позволило добиться соответствующих изменений в его поведении;
- отказ инфицированного ВИЧ лица от уведомления об этом своего партнёра (партнёров);

¹ Корец М. Спидоносцы в потёмках // Труд-7. 1999. 23 дек.

² ВИЧ/СПИД и права человека. ООН, Нью-Йорк и Женева, 1998, с.27.

- заблаговременное уведомление лица, инфицированного ВИЧ;
- при наличии практической возможности партнёру (партнёрам не сообщается фамилия лица, инфицированного ВИЧ;
- при необходимости предусматриваются последующие меры для обеспечения поддержки лиц, причастных к этой ситуации.

Международные критерии созвучны высказыванию А.Ф.Кони: врач в любом случае в начале должен предложить пациенту самому сообщить своему партнёру о наличии столь опасного заболевания. В последующем возможно разглашение сведений об инфекции но при обязательном уведомлении пациента. Международные принципы подчёркивают, что по возможности имя инфицированного даже при беседе с его половым партнёром не должно разглашаться. Общество заинтересовано в выявлении данного заболевания, но оно и заинтересовано и в том, чтобы человек самостоятельно обращался за профессиональной помощью. Подобное возможно только при атмосфере терпимости к таким больным, гарантирования анонимности. При этом международные принципы специально закрепляют, что обязательное тестирование оправданно только при донорстве органов и (или) тканей. Особое внимание в практике законодательного регулирования уделяется шифрованию данных о ВИЧ-инфицированных в информационных системах публичных органов. Упоминание в официальных документах, предназначенных для широкого круга использования не допускается, устанавливается режим секретности, фамилии больных кодируются. Защите аналогичных установлений посвящено Решение Европейского Суда по правам человека от 25 февраля 1997 года по делу Z против Финляндии. Поводом для подачи жалобы послужило упоминание в решении суда полного имени госпожи Z, являвшейся супругой X, осужденного за непреднамеренное убийство путём заражения и изнасилование. В результате этого имена стали доступными журналистам. Одновременно Суд установил, что в течение 10 лет материалы дела будут носить закрытый характер. Заявительница настаивала на более длительном сроке секретности. Оспаривалась также возможность изъятия правоохранительными органами истории болезни и вменение обязанности врачам дать показания по ходу болезни.

Высокий Суд отметил, что уважение тайны данных о здоровье человека является важнейшим принципом правовых систем всех участников ЕКПЧ: « Без такой защиты те, кто нуждается в медицинской помощи, могут воздержаться от сообщения информации личного или

интимного характера, необходимой для должного лечения, и даже от обращения за такой помощью, тем самым ставя под угрозу своё собственное здоровье, а в случае заразных болезней и здоровье общества»¹.

Суд постановил, что распоряжение, требующее, чтобы врачи заявителя свидетельствовали в суде, не является нарушением Конвенции. Также не будет являться нарушением Конвенции изъятие истории болезни и приобщение её к материалам следствия. Как указано в решении, Суд «допускает, что интересы пациента и всего общества в целом по защите тайны медицинских сведений могут уступить по своей значимости интересам расследования и наказания преступлений и обеспечения гласности судопроизводства, если доказано, что такие интересы имеют более существенное значение».

Одновременно Суд единогласно постановил, что решение, позволяющее предать в 2002 году гласности протоколы показаний врачей и психиатра заявительницы, её истории болезни, если это будет осуществлено, явится нарушением Европейской Конвенции. Суд признал как нарушение ЕКПЧ разглашение полного имени госпожи Z и её диагноза. В частично Особом мнении Судья Де Мейер указал на абсолютность врачебной тайны - какими бы ни были требования уголовного дела, они не оправдывают разглашение конфиденциальной информации, проистекающей из взаимоотношений врача и пациента, или документов, относящихся к этому делу... Не предпрешая окончательных выводов о том, что может быть приемлемо в отношении другой информации в архивных делах преступников, я считаю, что медицинские сведения в таких картотеках должны оставаться секретными без ограничения времени».

Озабоченность общества в распространении заболеваний, передаваемых половым путём, в России сказалась на принятии региональных законов, направленных на предотвращение увеличения роста количества инфицированных. Во многих субъектах Российской Федерации были приняты законы о предупреждении распространения заболевания, вызываемого вирусом иммунодефицита человека (ВИЧ-инфекции)² и о защите населения от заболеваний, передаваемых половым путем³.

¹ Европейский Суд по правам человека. Избранные решения: В 2 т. Т.2, с. 419.

² Такие законодательные акты приняты в Краснодарском крае, Калининградской области, Республике Башкортостан и других субъектах.

³ Такие законодательные акты приняты в Пермской области, Республике Саха (Якутия), Хабаровском крае, Мурманской области и других субъектах.

На федеральном уровне действует закон « О предупреждении распространения в Российской Федерации заболевания, вызываемого вирусом иммунодефицита человека (ВИЧ-инфекции)». Данный нормативный акт предусматривает некоторые случаи обязательного тестирования, но он также содержит и общие требования по соблюдению врачебной тайны. Одновременно применительно к иностранным гражданам предусматривается(статья 10), что им выдаётся российская виза на въезд в Российскую Федерацию (прибывающим в Российскую Федерацию на срок свыше трех месяцев) при условии предъявления ими сертификата об отсутствии у них ВИЧ-инфекции, если иное не установлено международными договорами Российской Федерации. Данное положение не распространяется только на сотрудников дипломатических представительств и консульских учреждений иностранных государств, сотрудников международных межправительственных организаций и членов их семей.

В соответствии с Постановлением Правительства РФ от 25 ноября 1995 года № 1158, устанавливающим требования к указанному сертификату, он должен содержать информацию о проведенном исследовании крови на наличие ВИЧ-инфекции (дата проведенного исследования; подпись врача, выполнившего исследование; серия диагностикума, с помощью которого проводилось исследование; печать учреждения, где произведено исследование; подпись обследованного). Сертификат при этом заполняется на русском и английском языках и действителен в течение трех месяцев со дня проведения исследования

Тем самым российское законодательство предусматривает дополнительное основание раскрытия сведений медицинского характера, но только в отношении иностранных граждан. В противном случае (при непредоставлении сертификата) иностранному гражданину будет отказано в выдаче визы. Соответственно выявленные инфицированные лица на территории РФ подлежат депортации.

Законодательство субъектов РФ в целях защиты населения от заболеваний, передаваемых половым путём (ЗППП), закрепляет обязанность выявления половых партнёров инфицированного лица. Так, статья 17 Закона Республики Саха (Якутия) « О защите населения Республики Саха (Якутия) от заболеваний, передаваемых половым путем» предусматривает обязательность медицинского обследования членов семей и иных лиц из очага заболевания сифилисом и гонореей, ВИЧ-инфекцией, всех половых партнеров граждан, страдающих

венерическими заболеваниями, с учетом клинической формы инфекции (аналогичное правило содержится в статье 11 Закона Хабаровского края «О защите населения Хабаровского края от заболеваний, передаваемых половым путем»).

Статья 20 названного закона Республики Саха (Якутия) подтверждает, что информация, содержащаяся в соответствующих документах гражданина, отражающих результаты лабораторного и (или) скринингового обследования, составляет врачебную тайну. Однако в ней же содержится совсем туманная формулировка, что она может предоставляться без согласия гражданина при угрозе распространения ЗППП. Закон не устанавливает перечень лиц, кому предоставляется такая информация, не раскрывает что понимается, под угрозой распространения.

Одним из путей разглашения врачебной тайны служит составление медицинских документов для предъявления пациентом по месту работы, в различные государственные органы для назначения пенсий, льгот, пособий. В данной работе уже рассматривалась тайна диагноза в листке нетрудоспособности при экспертизе заболевания. В Основах об охране здоровья граждан предусматривается медико-социальная экспертиза, которая устанавливает причину, группу инвалидности, степень утраты трудоспособности и другое, а также военно-врачебная экспертиза, определяющая годность к военной службе, причинную связь заболеваний, ранений, травм у военнослужащих. Данные, занесенные в итоговый документ не защищены тайной диагноза, хотя также предназначены для неопределенного круга лиц. Обращает внимание, что раскрытие информации при проведении указанных экспертиз отсутствует в перечне условий, при которых допускается предоставление сведений, составляющих врачебную тайну, без согласия больного. По-видимому, итоговые документы медико-социальной и военно-врачебной экспертиз также должны быть защищены тайной диагноза и содержать только результат - «годен», «не годен» для военной службы или для выполнения определенной работы, либо должны содержаться только такие сведения, из которых нельзя почерпнуть информацию медицинского характера. Тем более, что именно из этого исходит и мировой опыт.

Основы об охране здоровья граждан в статье 61 предусматривают также, что «с согласия гражданина или его законного представителя допускается передача сведений, составляющих врачебную тайну, другим гражданам, в том числе должностным лицам, в интересах

обследования и лечения пациента, для проведения научных исследований, публикаций в научной литературе, использования этих сведений в учебном процессе и в иных целях». В любом случае медицинский работник должен принять все меры по недопустимости несанкционированного распространения доверенных сведений.

Субъектом данных врачебной тайны является любое лицо вне зависимости от пола, расы, должностного положения. Однако относительно состояния здоровья высших должностных лиц можно неоднократно наблюдать игнорирование тайны медицинских сведений. В 1996 году всё население Российской Федерации следило за проведением операции на сердце Президенту РФ Б.Н. Ельцину. После успешного проведения врачи проводили открытую пресс-конференцию. В 2001 году на телевизионном экране ведущие информационных новостей спорили симулирует ли сердечный приступ Губернатор Приморского края Е.Наздратенко. В конечном итоге пресс-служба краевой администрации распространила видеозапись из палаты Е.Наздратенко. В данных вопросах существует конкуренция двух интересов: право на врачебную тайну, принадлежащее высшему должностному лицу, и право народа знать, обладает ли такое лицо реальной возможностью эффективно управлять государством. Для граждан России эта проблема приобретает наибольшую остроту в силу продолжительного нахождения у власти должностных лиц, которые фактически всё время исполнения обязанностей находились на больничной койке (Ю.В. Андропов, К.У. Черненко, последние годы правления Л.И. Брежнева). «Видимо, для стабильности политической и общественной жизни целесообразно сообщать населению о заболеваниях и некоторых ... руководителей государства, если они даже временно по состоянию здоровья не могут осуществлять свои функции»¹, - отмечает М.Н. Малеина.

Конституция РФ (статья 92) предусматривает возможность досрочного прекращения полномочий Президента РФ досрочно в случае его стойкой неспособности по состоянию здоровья осуществлять принадлежащие ему полномочия. Следует отметить, что подобное правило традиционно закрепляется в конституциях различных государств. Конституционный суд РФ своим Постановлением от 11 июля 2000 года № 12-ГР дал толкование указанной процедуры.²

¹ Малеина М.Н. Человек и медицина в современном праве. М., 1995, с. 67.

² Собрание законодательства РФ. 2000. № 29. Ст. 3118.

Государственная Дума в запросе в Конституционный Суд РФ просила истолковать, препятствует ли установленная статьей 91 Конституции РФ неприкосновенность Президента возможности запрашивать и получать информацию о состоянии его здоровья. Конституционным Судом было отмечено, что «досрочное прекращение исполнения Президентом Российской Федерации своих полномочий в случае стойкой неспособности по состоянию здоровья осуществлять принадлежащие ему полномочия требует особой процедуры с целью объективного установления фактической невозможности для Президента Российской Федерации в связи с расстройством функций организма, носящих постоянный, необратимый характер, принимать решения, вытекающие из его конституционных полномочий, либо иным образом осуществлять свои полномочия в соответствии с требованиями Конституции Российской Федерации». Данное основание было признано экстраординарным, что предполагает исключительный характер её введения в действие.

Важность соблюдения врачебной тайны подчеркивается и в законе РФ «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании»¹. Статья 18 данного закона запрещает требовать предоставления сведений о состоянии психического здоровья гражданина либо обследования его врачом-психиатром кроме случаев прямо предусмотренных законодательством РФ. «Сведения о наличии, у гражданина психического расстройства, фактах обращения за психиатрической помощью и лечении в учреждении, оказывающем такую помощь, а также иные сведения о состоянии психического здоровья являются врачебной тайной, охраняемой законом» (ст.9 Закона РФ «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании»). Однако правозащитники предают огласке ставшие известными факты нарушения действующего законодательства. Так, имеются сведения, что «в феврале 1994 года Главное Управление здравоохранения Москвы дало указание выдавать информацию о состоящих на учете психических больных правоохранительным органам даже по телефону»², что практически сводит врачебную тайну к нулю. Достаточно представиться сотрудником прокуратуры, чтобы получить соответствующую информацию.

Ведомственные нормативные акты предусматривают дополнительные гарантии по сохранению врачебной тайны при заполнении доку-

¹ Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992. №33. Ст.1913.

² Белая книга России. Франкфурт-на-Майне. 1994, с.25

ментов, удостоверяющих временную нетрудоспособность. Если при обращении к врачу в обычную поликлинику достаточно сокрытие диагноза, то обращение к психиатрическому врачу будет раскрытое силу указания в листке нетрудоспособности специального больничного учреждения. Поэтому Министерством здравоохранения и медицинской промышленности РФ был утвержден приказ от 17 мая 1995 года № 128 (Постановление Фонда социального страхования РФ от 17 мая 1995 года № 25) «О печатях и штампах для оформления медицинских документов»¹. В нём специально предусматривается, что «в целях соблюдения статьи 23 Конституции Российской Федерации, статей 30 и 61 Основ законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан и статей 8 и 9 Закона Российской Федерации «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании» руководителям органов здравоохранения, лечебно-профилактических учебных и научно-исследовательских учреждений, организаций по согласованию с пациентами или их законными представителями, при оформлении документов, удостоверяющих временную нетрудоспособность граждан, и других медицинских документов использовать специальные печать или штамп учреждения, организации, без указания его профиля. Например, вместо «Московская городская психиатрическая (кожно-венерологическая, наркологическая, туберкулезная и др.) больница (диспансер, поликлиника и др.) № 1» именовать: «Московская городская больница (диспансер, поликлиника и др.) № I»².

Врачебная тайна должна быть сохранена и после смерти больного. Такое правило содержится, например, в Кодексе профессиональной этики психиатра: «Смерть пациента не освобождает психиатра от обязанности сохранения врачебной тайны»³. В Основах об охране здоровья граждан нет такого условия для наступления возможности разглашения врачебной тайны как смерть пациента (ст.61), Также такое обнародование фактов причиняет вред не только самому обра-

¹ Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств РФ. – 1995. №12.

² Как отмечает Ю.Н. Аргунова, «настороженное, недоброжелательное подчас отношение граждан и должностных лиц к лицам с «психиатрическим диагнозом» приводит к игнорированию правовых норм о полном равенстве прав лиц с психическими расстройствами и всех остальных граждан» // Медицина и Право. М., 1999 -с. 130.

³ См. Этика практической психиатрии: Руководство для врачей. М., 1996, с. 229-237.

тившемуся за медицинской помощью, но и всей его семье, его потомкам. Гарантией этого может служить правило: «Заключение о причине смерти и диагнозе заболевания выдается членам семьи, а при их отсутствии близким родственникам или законному представителю умершего, а также правоохранительным органам по их требованию» (ст.48 Основ об охране здоровья граждан). Обращает внимание нередкое нарушение этики телевизионного вещания, когда проводятся репортажи из медицинских учреждений по материалам криминальной хроники с показом тел погибших (причём правила соблюдения врачебной тайны касается также и показа палат больных. Зачастую журналисты считают, что разрешения администрации больницы достаточно, чтобы проводить видеосъёмки, не думая о том, что врачебная тайна, как уже говорилось выше, это тайна пациента). Это относится к любым лицам, хотя и высказывалось мнение, что «безусловное воспреещение посмертного обнародования может, по отношению к общественным деятелям, имя которых иногда принадлежит истории, идти вразрез с законным желанием современников и потомства знать причины их смерти и разрешить сомнения, возбуждаемые противоречивыми толкованиями».

Актуален в связи со всем вышесказанным и вопрос об ответственности лиц, разгласивших врачебную тайну. К ним могут быть применены меры дисциплинарной, административной и уголовной ответственности.

В 1994 году в Уголовный кодекс РСФСР была дополнена статья 128-1 «Разглашение сведений, составляющих врачебную тайну». В соответствии с ней за разглашение сведений, составляющих врачебную тайну, лицом, которому эти сведения стали известны в связи с исполнением им своих служебных или профессиональных обязанностей предусматривалась уголовная ответственность в виде исправительных работ на срок до двух лет, или штраф в размере до пятидесяти минимальных размеров оплаты труда, или лишение права заниматься определенной деятельностью на срок от одного года до трех лет. Часть вторая предусматривала ответственность за те же действия, если в результате потерпевшему был причинен значительный материальный или моральный вред либо наступили иные тяжкие последствия¹. Тем самым уголовное законодательство подчёркивало важность сохранения этих сведений в тайне. Новый Уголовный кодекс

¹ Российская газета. 1994. № 247.

Российской Федерации пошёл по иному пути, предусмотрев общую ответственность за нарушение неприкосновенности частной жизни, не выделяя ее отдельные аспекты - врачебная, банковская или иная тайны.

Тайна нотариального действия

При совершении юридических действий нотариусу непосредственно становятся известны многие факты частной жизни человека, без знания которых невозможно осуществление профессиональных полномочий. Человек вынужден предоставить документы, в которых могут содержаться сведения, составляющие врачебную тайну или банковскую, или просто огласка которых была бы нежелательна.

Так, для того, чтобы нотариусом была предоставлена льгота по оплате государственной пошлины (нотариального тарифа) по некоторым нотариальным действиям необходимо представление удостоверения инвалида I и II группы. Для оформления свидетельства о праве на наследство, в частности, представляются документы банковских учреждений: договор, банковского вклада, сберегательная книжка и так далее.

Поэтому действующим законодательством выделяется тайна нотариального действия, призванная обеспечивать неприкосновенность некоторых элементов частной жизни индивидуума.

Данное правило присутствует в законодательстве многих стран мира, причём как в капиталистических, так и в социалистических (если производить разделение государств по экономическим формациям). В частности, в статье 23 Временного положения Китайской народной республики о нотариате говорится, что «нотариусы, совершающие нотариальные действия в нотариальных конторах, обязаны соблюдать тайну совершаемых нотариальных действий»¹: На конференции национальных организаций нотариусов Европейского Союза в 1995 году в Неаполе был принят Этический кодекс нотариусов Европы, Закрепляющий совокупность норм, общих для всех нотариусов Европейского Союза. Пункт 1.2.3 предусматривает: « Являясь доверенным лицом своих клиентов, нотариус обязан сохранять тайну нотариального действия в соответствии с действующим национальным законодательством. Обязанность сохранения тайны нотариального действия возлагается не только на нотариуса, но и на его

¹ КНР. Конституция и законодательные акты. М. 1984, с. 138.

коллег, работающих с ними в рамках профессионального партнёрства и на его сотрудников; при этом должны соблюдаться нормы действующего национального законодательства»¹. Профессор Хельмут Шиппель, комментируя Этический кодекс указывает что без включения обязанности сохранять тайну нотариального действия «невозможно доверие к нотариусу со стороны его клиентов, а без таком доверия, в свою очередь, становится невозможным надлежащее выполнение нотариусом своих должностных обязанностей по совершению нотариального удостоверения и консультированию участников правоотношений»². В Российской Федерации нотариус, впервые назначаемый на должность, приносит присягу: «Торжественно присягаю, что обязанности нотариуса буду исполнять в соответствии с законом и совестью, хранить профессиональную тайну, в своем поведении руководствоваться принципами гуманности и уважения к человеку» (ст. 14 Основ о нотариате). Тайна нотариального действия является профессиональной тайной, и в отличии от банковской и врачебной тайн, она не способствует установлению доверительных отношений, а является только гарантом неприкосновенности частной жизни, поскольку лицо, обратившееся к нотариусу должно предоставить те или иные факты, касающиеся его личной жизни в противном случае нотариальное действие не будет произведено:

Субъектами тайны нотариального действия являются:

- нотариусы;
- лица, работающие в нотариальной конторе (ст.5 Основ о нотариате).

Последняя формулировка предполагает, что обязанность соблюдения тайны, не связывается должностной принадлежностью или наличием юридического образования. То есть к субъектам относятся и лица, проходящие стажировку, и помощники нотариуса, и консультанты, а также технические, исполнители. Закон также устанавливает: «в том числе и после сложения полномочий или увольнения» (ст.5 Основ РФ о нотариате). Это означает, что даже, после прекращения трудовых отношений лицо, работавшее в нотариальной конторе, не перестает быть обязанным сохранять тайну нотариального действия³.

¹ Нотариальный вестник. 1997. № 2, с. 29.

² Шиппель Х. Чтобы действовать по общему закону. Этический кодекс нотариусов Европы // Нотариальный вестник 1997. № 5. с. 12.

³ Закон Республики Казахстан «О нотариате» в статье 3 (п.4) фиксирует: «Обеспечение тайны нотариальных действий обязательно для лиц, прекративших работу в качестве нотариуса» // Нотариус. 1999. № 4.

Одновременно согласно формулировке Основ о нотариате обязанность сохранения тайны возникает только для работников нотариальной конторы. Означает ли это, что она также распространяется и на лиц, работающих совместно с нотариусом без оформления трудовых отношений? Так, практика Архангельской области, да и других регионов, складывается по пути, когда технические функции по оформлению документов выполняет индивидуальный предприниматель, не заключающий какие-либо договора непосредственно с нотариусом. Тем самым нотариус складывает с себя значительные обязанности по уплате налогов, иных обязательных платежей, ведению документов, которые бы возникали у него, если технические функции выполняло бы лицо, работающее по трудовому контракту. Индивидуальный предприниматель самостоятельно несёт расходы по содержанию помещения, в котором он выполняет технические функции, по обеспечению своей деятельности множительной техникой, расходными материалами. Граждане, обращающиеся к нотариусу, не выясняют в каких правовых отношениях состоят нотариус и технический исполнитель, к которому нотариус и направляет. Представляется, что такая практика не соответствует действующему законодательству. Статья 6 Основ о нотариате предусматривает, что нотариус не вправе оказывать посреднические услуги при заключении договоров. В указанном случае технический работник заключает договоры с гражданами об оказании возмездных услуг (машинописных, копировальных и т.д.). Тем самым нотариус, направляя к нему, выполняет функции посредника, что прямо запрещено законом. Однако частнопрактикующий нотариус в соответствии с Основами о нотариате вправе иметь контору. Это означает, что контора выступает как помещение, предназначенное для осуществления нотариальных функций, а не как организационно-правовая форма юридического лица.

Так, Закон Новгородской области «О регулировании нотариальной деятельности» в статье 4 прямо закрепляет: «Для совершения нотариальных действий нотариус должен иметь помещение (контору, бюро - далее по тексту контора) на территории нотариального округа, в котором он назначен на должность. Помещение должно быть пригодным для беспрепятственного доступа граждан и представителей юридических лиц, соблюдения тайны совершения нотариальных действий, а также сохранности нотариальных документов. Нотариальная контора считается открытой с момента издания приказа управлением юстиции о наделении нотариуса полномочиями, в

котором указывается местонахождение нотариальной конторы. Управление юстиции присваивает учрежденной нотариальной конторе номер и заносит ее в реестр нотариальных контор Новгородской области».

Государственные нотариальные конторы также выполняют функции помещения, а не наименования учреждения юстиции. Поэтому представляется возможным считать, что к лицам, работающим в нотариальной конторе следует относить любых лиц, которые выполняют те или иные профессиональные функции в помещении для совершения нотариальных действий.

К субъектам тайны нотариального действия относятся должностные лица нотариальной палаты (ст.28 Основ РФ о нотариате), которым она может стать известна в результате проверки деятельности нотариуса. Однако на все органы, которым могут быть предоставлены сведения о нотариальных действиях без согласия на то клиента, не всегда являются субъектами сохранения тайны. Например, Закон РФ «О федеральных органах налоговой полиции» относит к ним сотрудников налоговой полиции. Статья 10 данного закона фиксирует: «Сотрудники налоговой полиции обязаны сохранять... и другую информацию, полученную ими при исполнении служебных обязанностей». Одновременно статья 32 Налогового кодекса РФ в качестве обязанности налоговых органов предусматривает обязанность соблюдать налоговую тайну. Статья 102 Налогового кодекса расшифровывает, что «налоговую тайну составляют любые полученные налоговым органом, органами налоговой полиции, органом государственного внебюджетного фонда и таможенным органом сведения о налогоплательщике, за исключением сведений...». В то же время Закон РСФСР «О милиции» не содержит таких положений.

В Основы законодательства РФ о нотариате также не содержится корреспондирующей обязанности блюсти тайну нотариального действия к лицам, которым она была передана в установленном законом порядке.

Не относятся к субъектам тайны и студенты, проходящие практику во время обучения в органах нотариата, поскольку Основы говорят только о работающих в них лицах. Сложно утверждать об обязанности сохранения тайны стажёрами, частнопрактикующих нотариусов, так как утверждённый Приказом Минюста РФ от 21 июня 2000 г. № 179 Порядок прохождения стажировки лицами, претенду-

ющими на должность нотариуса¹, устанавливает иную процедуру прохождения стажировки, чем предусматривалась ранее. В настоящее время нотариальная палата заключает трудовой договор со стажёрами на срок стажировки. Основы о нотариате предусматривают, что такой договор должен заключаться напрямую с нотариусом, занимающимся частной практикой. В настоящее время стажёр является работником нотариальной палаты, а не работником нотариуса.

На наш взгляд вышеперечисленные изъятия являются недостатками в регулировании сохранения тайны нотариального действия, которые должны быть устранены. Проект Федерального закона « О нотариате» включает специальную статью « Тайна нотариального действия» (статья 6). В соответствии с ней нотариус и иные лица, уполномоченные на совершение нотариальных действий, обязаны соблюдать тайну нотариального действия. Данное правило также распространяется на помощников и стажёров нотариуса и иных лиц, « которые в силу служебных обязанностей могут иметь доступ к информации о совершаемых нотариальных действиях». Проект закона о нотариате пошёл по пути установления общей корреспондирующей обязанности по отношению ко всем органам, обладающим возможностью иметь доступ к сведениям, составляющим нотариальную тайну.

Необходимо установить содержание нотариальной тайны, то есть объём информации, разглашать которую не допускается, а также основания передачи таких сведений иным Органам без согласия лица, обратившегося к нотариусу.

Представляется, что содержание тайны составляет любая информация, связанная с осуществлением нотариусом своих профессиональных функций, а также информация о частной и семейной жизни доверителя, которая была почерпнута из беседы с ним. Нотариусу «запрещается разглашать сведения, оглашать документы, которые стали им известны в связи с совершением нотариальных действий» (ст.5 Основ РФ о нотариате). Таким образом в данное понятие включается :

- содержание нотариального действия;
- информация о лицах, в отношении которых совершено нотариальное действие;
- Сам факт обращения к нотариусу или отсутствие его;

¹ Российская газета. 2000. № 129.

- документы, истребованные нотариусом;
- иные сведения.

Основанием данного утверждения является столь расширительная формулировка, используемая Основами о нотариате в статье 5, приведённая выше

Гарантом соблюдения этого правила является установленная законодательством процедура предоставления сведений, согласно которой сведения (документы) о совершении нотариального действия могут выдаваться только лицам, от имени или по поручению которых совершены эти действия.

Следует сказать, что сохранение нотариальной тайны является не только гарантией деятельности нотариуса, но и его обязанностью (ст. 16 Основ о нотариате). Региональное законодательство также предусматривает данную обязанность нотариуса. Так, Закон Республики Саха (Якутия) «О нотариате» (статья 16) закрепляет, что «нотариус обязан хранить в тайне сведения, которые стали ему известны в связи с осуществлением его профессиональной деятельности. Суд может освободить нотариуса от обязанности сохранения тайны, если против нотариуса возбуждено уголовное дело в связи с совершением нотариального действия».

Справки о совершении нотариальных действий выдаются органам суда, прокуратуры, органов следствия «в связи с находящимися в их производстве уголовными или гражданскими делами, а также по требованию арбитражного суда в связи с находящимися в его разрешении спорами» (ст. 5 Основ о нотариате). Данная формулировка означает, что основанием истребования документов из архива нотариуса является официальный запрос указанных органов, в которых должно присутствовать указание на наличие возбужденного уголовного дела.

С нотариуса не могут быть истребованы объяснения и документы в процессе рассмотрения заявлений и сообщений о преступлении в порядке статьи 109 УПК РСФСР.

Одновременно при направлении запроса об истребовании документов по возбужденному уголовному делу следует учитывать статью 125 УПК РСФСР, закрепляющую перечень органов предварительного следствия, так как в соответствии с Основами о нотариате только они вправе получать соответствующую информацию. Уголовно-процессуальный закон не содержит абсолютного запрета раскрытия нотариальной тайны. Параграф 53 Уголовно-процессуального

кодекса Федеративной Республики Германия предусматривает, что правом отказа от дачи свидетельских показаний пользуются, в том числе, и нотариусы «о том, что им доверено или стало известно в силу их положения». Причём к лицам, обладающим таким правом в соответствии с параграфом 53а «в равной мере относятся их помощники и лица, которые работают в порядке стажировки по специальности»¹.

Согласно статье 70 УПК РСФСР нотариальная тайна должна быть раскрыта следователю, прокуратору, лицу, производящему дознание. Сведения, её составляющие, также будут являться доказательством по уголовному делу, если устанавливают «наличие или отсутствие общественно опасного деяния, виновность лица, совершившего это деяние, и иные обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения дела» (ст.69 УПК РСФСР).

Процессуальными формами установления сведений, содержащих тайну нотариального действия могут быть:

- допрос работников органов нотариата в качестве свидетелей. В статье 72 УПК РСФСР нотариус не указан как лицо, которое не может быть допрошено в качестве свидетеля, наоборот, за отказ или уклонение от дачи показаний несет уголовную ответственность.

Нотариус в качестве свидетеля может быть допрошен «о любых обстоятельствах, подлежащих установлению по уголовному делу, и в том числе о личности обвиняемого, потерпевшего и о своих взаимоотношениях с ними» (ст. 74 УПК РСФСР). Ответственность за соблюдение относимости доказательств лежит на органах, осуществляющих уголовное преследование. Однако нотариусу должно быть разъяснено о существе возбуждённого уголовного дела;

- допрос нотариуса в качестве обвиняемого. Согласно статье 16 Основ о нотариате «суд может освободить нотариуса от обязанности сохранения тайны, если против нотариуса возбуждено уголовное дело в связи с совершением нотариального действия»;

- осмотр и выемка нотариальных документов, обыск в помещении нотариальной конторы.

Нотариус может обжаловать действия органа дознания или прокуратуры прокурору, но жалоба не является основанием для приостановления обжалуемого действия, «если этого не найдут нужным сделать соответственно лицо, производящее дознание, следователь

¹ Федеративная Республика Германия. Уголовно-процессуальный кодекс. М., 1994, с. 29.

или прокурор» (ст.218 УПК РСФСР). Жалобы на действия и решения прокурора приносятся вышестоящему прокурору. В соответствии с Постановлением Конституционного Суда РФ от 23 марта 1999 года¹ допускается возможность судебного обжалования действий и решений органа дознания, следователя или прокурора, связанных с производством обыска, наложением ареста на имущество, приостановлением производства по уголовному делу и продлением

Выдача справок органам, осуществляющим уголовное преследование, должно быть обосновано наличием возбужденного уголовного дела в их производстве. Отсутствие указания данного факта в запросе может служить основанием для отказа нотариусом в выдаче соответствующей информации.

Также согласно статьям 63-65 ГПК РСФСР нотариус обязан представить суду требуемые им письменные доказательства. Нотариус может быть также стороной по делу или свидетелем.

В соответствии со статьей 16 Основ о нотариате «нотариус, в случаях, предусмотренными законодательными актами Российской Федерации, обязан представить в налоговый орган справку о стоимости имущества, переходящего в собственность граждан, необходимую для исчисления налога с имущества, переходящего в порядке наследования или дарения».

Закон РФ «О налоге с имущества, переходящего в порядке наследования или дарения»² в статье 5 разъясняет, что нотариусы в 15-дневный срок с момента выдачи свидетельства или удостоверения договора обязаны «направить в налоговый орган по месту их нахождения справку о стоимости имущества, переходящего в собственность граждан, необходимую для исчисления налога с имущества, переходящего в порядке наследования или дарения».

Причем это не просто право нотариуса, а его обязанность, за нарушение которой нотариус может быть привлечен к административной ответственности. Следует добавить, что из этических соображений нотариус может уведомлять собственника имущества, тем более, что данная информация не является какой-либо тайной, поскольку уведомление обязательно в силу закона, а не какого-либо закрытого секретного документа.

¹ Собрание законодательства РФ. 1999. № 14. Ст.; 1749.

² Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1992. N 12. Ст.593.

Налоговые органы вправе знакомиться с записями в реестре, так и с документами, находящимися в делах нотариальной конторы, при проведении контрольных проверок за соблюдением правильности взимания государственной пошлины. При проведении налоговых проверок деятельности нотариуса, занимающегося частной практикой, налоговые органы вправе (статья 31) также истребовать документы, подтверждающие правильность исчисления и своевременность уплаты налогов; производить выемку документов при проведении налоговых проверок у налогоплательщика, свидетельствующих о совершении налоговых правонарушений, в случаях, когда есть достаточные основания полагать, что эти документы будут уничтожены, сокрыты, изменены или заменены; вызывать на основании письменного уведомления в налоговые органы налогоплательщиков для дачи пояснений в связи с уплатой ими налогов либо в связи с налоговой проверкой, а также в иных случаях, связанных с исполнением ими законодательства о налогах и сборах; осматривать (обследовать) любые используемые налогоплательщиком для извлечения дохода независимо от места их нахождения помещения и территории.

В соответствии со статьей 28 Основ законодательства РФ о нотариате нотариус обязан представить сведения о совершенных нотариальных действиях нотариальной палате, должностные лица которой, в свою очередь, обязаны сохранять тайну совершения нотариальных действий. В отношении же государственных нотариусов таким правом обладают органы юстиции, но последние не несут обязанности сохранения нотариальной тайны. Поэтому не совсем верным выглядит мнение авторов Комментария к Основам законодательства РФ о нотариате: «Правила о соблюдении тайны нотариальных действий распространяются также на лиц, которым о совершении нотариальных действий стали известны в связи с выполнением ими служебных обязанностей, в частности, в связи с осуществлением руководства нотариатом»¹. В.С.Репин высказывает иную точку зрения, считая, что нотариус не вправе отдавать из конторы какие-либо документы по запросу любых органов, в том числе нотариальных палат, органов юстиции. Исключение составляют лишь суды, прокуратура, органы следствия². Отчасти можно согласиться с таким мнением, поскольку

¹ Комментарий к Основам законодательства РФ о нотариате / Под ред. Аргунова В.Н. М., 1996, с. 13.

² Репин В.С. Комментарий к Основам законодательства РФ о нотариате. М., 1999.

нотариус в конечном итоге несёт бремя ответственности за распространение сведений в отношении тех лиц, которые к нему обращались. Соответственно он должен оценивать будет ли соблюдена нотариальная тайна в случае передачи документов по запросам органов, которые не обязаны её соблюдать. Проект Федерального закона « О нотариате» вносит коррективы, включая общую формулировку - « Лица, осуществляющие проверку, обязаны... соблюдать требования о неразглашении сведений, составляющих тайну нотариального действия» (часть 5 статьи 23).

Выдача дубликатов нотариально удостоверенных документов производится только лицам, « от имени или по поручению которых совершались нотариальные действия», по их письменному заявлению Ц (ст.52 Основ о нотариате).

Справки о завещании выдаются только после смерти завещателя. Причем данное правило носит абсолютный характер и не предусматривает из него исключения. После получения сведений об открывшемся наследстве, нотариус обязан известить наследников, место жительства или работы которых ему известно. Если же таковая информация отсутствует, то вызов наследников может быть произведен « путем помещения публичного извещения или сообщения об этом в средствах массовой информации» (ст. 61 Основ о нотариате).

В случае выдачи свидетельства о праве на наследство на имя несовершеннолетнего или недееспособного наследника нотариус сообщает о совершенном им действии органам опеки и попечительства по месту жительства наследника, для охраны его имущественных интересов (ст. 71 ч.4 Основ о нотариате).

В общем можно согласиться с мнением, что к данным, не подлежащим разглашению, относится информация « о самом обратившемся гражданине(например, при удостоверении факта нахождения гражданина в живых или удостоверении тождественности гражданина с лицом, изображенным на фотографической карточке), о виде и характере поручения, услуг (при совершении морских протестов, векселей), о содержании письменных документов (при свидетельствовании копий документов, выписок из них и подлинности подписи на документах, при передаче заявлений граждан и организаций другим физическим и юридическим лицам, при хранении документов), о третьих лицах, упомянутых при обращении в нотариальную контору

(при удостоверении завещания, причем в депозит денежных сумм и ценных бумаги и др.)»¹.

Вопрос об ответственности за нарушение тайны совершения нотариального действия в российском законодательстве до конца не урегулирован

Статья 17 Основ о нотариате устанавливает: «Нотариус, занимающийся частной практикой, умышленно разгласивший сведения о совершенном нотариальном действии ... обязан по решению суда возместить причиненный вследствие этого ущерб». Причем возмещению подлежит и материальный, и моральный вред. Одновременно налицо коллизия норм. Статья 1064 Гражданского кодекса РФ говорит, что «лицо, причинившее вред, освобождается от возмещения вреда, если докажет, что вред причинен не по его вине». То есть наличие вины является основанием для возмещения ущерба, а вышеупомянутая статья 17 Основ законодательства РФ о нотариате указывает, что основанием для возмещения ущерба частным нотариусом является наличие только умышленной формы вины.

Нотариус, занимающийся частной практикой, также несет ответственность за ущерб, «причиненный действиями лица, заменяющего временно отсутствующего нотариуса». Но к тому лицу он имеет право предъявить регрессный иск в размере причиненного ущерба (ст. 21 Основ о нотариате). Такой иск может быть предъявлен частным нотариусом и к должностным лицам нотариальной палаты за нарушение тайны совершения нотариального действия.

Но никакой ответственности в принципе не несут за разглашение нотариальной тайны должностные лица органов исполнительной власти и консульских учреждений Российской Федерации. Поскольку статья 1069 Гражданского кодекса РФ основанием для возмещения вреда, причиненного гражданину или юридическому лицу должностными лицами государственных органов, являются незаконные действия. В Основах о нотариате нет обязанности этих органов блюсти тайну совершения нотариального действия. Инструкция о порядке совершения нотариальных действий должностными лицами органов исполнительной власти² закрепляет: «При совершении нотариальных действий должностные лица обязаны соблюдать тайну совершаемых нотариальных действий, в связи с чем им запрещается

¹ Малеина М.Н. Защита личных неимущественных прав советских граждан. М. 1991, с.

² Российские вести. 1996. № 92.

разглашать сведения, оглашать документы, которые стали им известны в связи с совершением нотариальных действий, в том числе и после увольнения, за исключением случаев, предусмотренных законом. Правила о соблюдении тайны нотариальных действий распространяются также на лиц, которым о совершении нотариальных действий стало известно в связи с выполнением ими служебных обязанностей (пункт 4)». Но данное положение хотя и является способом восполнения пробела в российском законе, но не является наилучшим вариантом регулирования соблюдения тайны нотариального действия.

То же самое можно сказать и в отношении органов юстиции, которые осуществляют контрольные функции за исполнением профессиональных обязанностей нотариусами, работающими в государственных нотариальных конторах, и практически имеют возможность ознакомиться со всей документацией. Но и у них ни нет обязанности блюсти нотариальную тайну, ни соответственно нести ответственность за ее разглашение. Европейская практика регулирования нотариальной деятельности следует по тому пути, что органы юстиции не обладают правом абсолютного контроля. Как отметил Мишель Мерлотти, постоянный советник Международного союза латинского нотариата, Министерство юстиции «определяет периодичность инспекций, процедуру и в некоторой степени глубину контроля. Оно имеет право получить сведения о количестве произведённых сделок, об их общей стоимости. Оно может знакомиться со случаями совершения дисциплинарных нарушений. Но у него нет права на информацию о списке клиентов или о содержании нотариальных актов, даже выбранных на удачу»¹.

Статья 541 Гражданского кодекса РСФСР предусматривает составление завещаний, приравняемых к нотариально удостоверенным. Иными словами этой статьёй закрепляется перечень должностных лиц, которые обладают правом фактически совершать нотариальные действия.

В частности, к нотариально удостоверенным завещаниям приравниваются:

1) завещания граждан, находящихся на излечении в больницах, других стационарных лечебно - профилактических учреждениях, санаториях или проживающих в домах для престарелых и инвалидов,

¹ Мерлотти М. Основные принципы свободного нотариата и роль государства в организации его деятельности // Нотариальный вестник. 1997. № 5, с. 25.

удостоверенные главными врачами, их заместителями по медицинской части или дежурными врачами этих больниц, лечебных учреждений, санаториев, а также директорами и главными врачами указанных домов для престарелых и инвалидов;

2) завещания граждан, находящихся в разведочных, арктических и других подобных им экспедициях, удостоверенные начальниками этих экспедиций;

3) в некоторых случаях завещания военнослужащих;

4) завещания лиц, находящихся в местах лишения свободы, удостоверенные начальниками мест лишения свободы (перечень не полный, см. статью 541 ПС РСФСР).

Данные должностные лица, вообще не несут какой-либо обязанности по соблюдению тайны нотариального действия. Тем более, можно утверждать, что в данном случае нет самого нотариального действия, так как ГК РСФСР говорит о документах, как приравненных к нотариально удостоверенным. Значит нельзя и говорить о необходимости соблюдения соответствующей тайны. Завещание, как представляется, как раз один из тех документов, который гражданин желал бы сохранять в наиболее ограниченном информационном режиме. Тем более в этом заинтересованы будущие наследники. Отсутствие подобного закрепления вносит серьёзные изъятия из общих правил соблюдения нотариальной тайны.

Государственный нотариус согласно статье 17 Основ о нотариате «в случае совершения действий, противоречащих законодательству Российской Федерации, несет ответственность в установленном законом порядке». Значит за разглашение сведений, составляющих нотариальную тайну, государственный нотариус в соответствии с общими основаниями ответственности за причинение вреда, установленными Гражданским кодексом Российской Федерации возмещает причиненный вред при наличии вины. Причем в отличие от частного нотариуса закон не оговаривает, что вина должна быть только в форме умысла. Ответчиком в суде по таким делам будет выступать орган юстиции, который и будет возмещать причинённый ущерб. Уже потом к нотариусу, работающему в государственной нотариальной конторе, возможно предъявление регрессного иска.

Нотариус может быть привлечен к дисциплинарной ответственности. Государственному нотариусу может быть применен весь комплекс взысканий, установленных Кодексом законов о труде, от замечания до увольнения (ст. 135 КЗоТа). Правом наложения взысканий обладают органы юстиции.

К частному нотариусу такие меры не могут быть применены, но по ходатайству нотариальной палаты за неоднократное нарушение законодательства, в частности за разглашение нотариальной тайны, нотариус, занимающийся частной практикой, может быть освобожден от полномочий на основании решения суда о лишении его права нотариальной деятельности (ст. 12 Основ о нотариате).

Иные работники нотариальной конторы также несут как дисциплинарную, так и гражданско-правовую ответственность за разглашение нотариальной тайны. Причем иск может быть предъявлен к органу юстиции или частному нотариусу согласно статье 1068 Гражданского кодекса РФ: «Юридическое лицо, либо гражданин возмещает вред, причиненный его работником при исполнении трудовых (служебных, должностных) обязанностей».

Хотелось бы отметить также возникающие трудности при исполнении профессиональных обязанностей нотариусом, связанные с истребованием документов медицинского характера. Согласно статье 43 Основ законодательства РФ о нотариате нотариус должен проверить дееспособность обратившегося к нему гражданина, для этого он вправе запрашивать необходимые сведения от юридических и физических лиц. Закон РФ «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании» в статье 8 определяет, что требование сведений о состоянии психического здоровья или психического освидетельствования допускается лишь в случаях, установленных законом. В статье 61 Основ законодательства РФ об охране здоровья граждан дается исключительный перечень лиц, кому могут предоставляться сведения, составляющие врачебную тайну, без согласия на то пациента. Нотариусов в нем нет. В настоящее время при наблюдении психических отклонений нотариус может отказать в совершении нотариального действия. А при его обжаловании суд может запросить нужную информацию от медицинских учреждений. В то же время нельзя допустить, чтобы каждый раз нотариус требовал от лица, обратившегося к нему, справку о его состоянии психического здоровья.

Адвокатская тайна

В соответствии с Российской Конституцией каждый имеет право на получение квалифицированной юридической помощи. Гражданин зачастую остро нуждается в услугах юриста, без которого не всегда достаточно полно можно защитить свои права. В этом случае граж-

данин передаёт часть информации, в огласке которой он не заинтересован. Соответственно возникает потребность обеспечения тайны частной жизни обратившегося за консультацией. Именно защите интересов гражданина, обеспечении неприкосновенности частной жизни и служит целый ряд правовых норм, образующий в совокупности самостоятельный институт - адвокатскую тайну.

Её необходимость « диктуется соображениями о доверительном характере взаимоотношений между представителем и представляемым, без чего само существование адвокатуры было бы немыслимо. Клиент должен быть абсолютно уверен в том, что адвокат не разгласит и не использует ему во вред доверенные тайны и другие сообщенные сведения»¹. В противном случае профессиональная деятельность защитника не имела бы нужного эффекта и подрывала бы основы правосудия: состязательность процесса, презумпция невиновности, право каждого на получение квалифицированной юридической помощи, равноправие сторон.

В научной литературе высказывалось мнение о том, что термин «адвокатская тайна» не совсем точно отражает суть данного института, «так как хранителем данной тайны может быть не только адвокат, но и защитник - представитель профсоюза, другое лицо, выполняющее функции защиты. Встречается и иной термин - « тайна судебной защиты». Он тоже не вполне приемлем, потому что не охватывает тайну, доверенную представителям потерпевшего, гражданского истца и гражданского ответчика. Учитывая это, данный институт следовало бы назвать « тайной судебного представительства», имея в виду, что судебная защита - это разновидность представительства»². Но и с этим мнением нельзя полностью согласиться, потому что последний термин не охватывает защиту сведений, полученных вне судебного разбирательства, при консультации по общеправовым вопросам или при защите интересов клиента в иных государственных органах.

По-видимому, при рассмотрении этого вопроса следует обратить внимание на следующее обстоятельство. Здесь присутствуют два правовых явления: собственно адвокатская тайна, вытекающая из Положения об адвокатуре РСФСР³, и защита информации и лица, полу-

¹ Петрухин И.Л. Личная жизнь: пределы вмешательства. М. 1989, с.41.

² Петрухин И.Л. Вам нужен адвокат... М. 1993, с. 132.

³ Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1980. № 48. Ст. 1596.

чившего ее при оказании юридической помощи в качестве представителя в суде, то есть как раз тайны судебного представительства.

Субъектом адвокатской тайны может быть только адвокат, который «не вправе разглашать сведения, сообщенные ему доверителем в связи с оказанием юридической помощи» - часть 3 статьи 16 Положения об адвокатуре РСФСР. Не являются ее субъектами ни иные работники адвокатуры, ни лица, проходящие учебную практику в юридических консультациях. То есть это сугубо профессиональная тайна.

Субъектами тайны судебного представительства помимо адвоката являются и другие лица:

- защитник, не являющийся членом коллегии адвокатов. Ими могут быть согласно статье 47 УПК РСФСР представители профессиональных союзов и других общественных организаций, близкие родственники, законные представители, другие лица, допущенные органом следствия или судом в качестве защитника;
- представитель потерпевшего, гражданского истца или ответчика. Ими могут быть согласно статье 56 УПК РСФСР и статье 44 ГПК РСФСР практически любые лица.

Субъектом адвокатской тайны не являются члены Президиума коллегии адвокатов, которым могут стать известны сведения личного характера при рассмотрении дисциплинарных дел. Субъектами также не будут являться технические работники юридических консультаций. Хотя и они могут стать носителями конфиденциальной информации: хотя бы о самом факте посещения таким-то гражданином такого-то адвоката.

Содержание адвокатской тайны несколько шире тайны судебного представительства, в первую очередь включаются:

- сам факт обращения в юридическую консультацию за помощью или отсутствие такового;
- сведения о содержании, характере, мотивах обращения;
- любые сведения, полученные в ходе рассмотрения уголовного или гражданского дела и из материалов дела;
- сведения о личной жизни представляемого, как почерпнутые от него самого, так и почерпнутые в процессе общения (внешний облик, в случае посещения жилого помещения и т.д.).

Тайна же судебного представительства возникает только с момента оформления представительских полномочий, в связи с этим в содержание входит только та информация, которая получена в связи с исполнением обязанностей представителя или защитника.

Частично это охватывает статья 51 УПК РСФСР, запрещающая разглашать адвокату, представителю профсоюза, общественной организации « сведения, сообщенные им в связи с осуществлением защиты».

«Содержание адвокатской тайны - это разнообразные сведения, знание которых необходимо адвокату для осуществления защиты по делу, оказания юридической помощи. Вполне возможно, что такого рода сведения не будут затрагивать каких-либо сторон личной жизни клиента. Однако если адвокат получит информацию, которая раскрывает наиболее сокровенные стороны личной жизни последнего, то, видимо, было бы неправильным считать возможным ее разглашение лишь только потому, что она (эта информация) не относится непосредственно к делу, по которому адвокат приглашен для оказания юридической помощи»¹.

Можно выделить основные гарантии сохранения тайны судебного представительства, которые также относятся и к адвокатской:

- 1) требование закона не разглашать сведения, сообщенные доверителем в связи с оказанием юридической помощи (ст. 16 Положения об адвокатуре), в связи с осуществлением защиты (ст.51 УПК РСФСР);
- 2) запрет допроса в качестве свидетеля защитника обвиняемого - об обстоятельствах дела, которые стали ему известны в связи с выполнением обязанностей защитника, адвоката, представителя профессионального союза и другой общественной организации - об обстоятельствах, которые стали им известны в связи с исполнением ими обязанностей представителя (ст.72 УПК РСФСР);
- 3) запрет допроса представителя по гражданскому делу или защитника по уголовному делу в качестве свидетеля в гражданском процессе - об обстоятельствах, которые стали им известны в связи с исполнением обязанностей представителя или защитника (ст.61 ГПК РСФСР);
- 5) разрешение встреч защитника с обвиняемым (подсудимым, осужденным) наедине без ограничения их количества и продолжительности (ч.2 ст.51 УПК РСФСР)².

Второе и третье положения носят императивный характер, «они не только дают адвокату право отказаться от дачи показаний в каче-

¹ Красавчикова Л.О. Личная жизнь под охраной закона. М. 1983, с. 154.

² Петрухин И.Л. Вам нужен адвокат... М. 1993, с.135.

стве свидетеля, но и запрещают органам предварительного следствия, а также суду при рассмотрении уголовных и гражданских дел допрашивать адвокатов как свидетелей даже в тех случаях, когда адвокаты пожелали бы дать такие показания»¹. Практика деятельности правоохранительных органов свидетельствует о том, что зачастую они пытаются проигнорировать данные гарантии закрепления адвокатской тайны. Ни для кого не секрет, что в комнатах в СИЗО, где проводятся беседы содержащихся под стражей и адвоката, установлены подслушивающие устройства. Адвокатов (особенно по делам, имеющим общественный резонанс) принуждают к даче свидетельских показаний. Примеры такого давления описаны И.Л. Петрухиным в монографии «Личные тайны (человек и власть)». Так, адвоката В. Карышева, защищавшего Солоника, после побега подзащитного 22 сентября 1995 года был вызван на допрос к следователю в качестве свидетеля. Адвокат Б.Кожемякин в городе Рязани был доставлен офицерами УВД в прокуратуру области для дачи свидетельских показаний по делу, по которому он выступал в качестве защитника. После того, как он отказался, к нему была избрана мера пресечения - подписка о невыезде². Представляется, что такие действия попирают грубейшим образом права человека. Государство тем самым показывает, что сопротивляться системе бесполезно, так как она не предоставляет каких-либо, даже элементарных, возможностей защитить человеку себя от произвола государственных органов. К сожалению, такие случаи имеют место быть гораздо чаще, чем это указывается в периодической печати.

Анализируя вышеизложенное, можно прийти к выводу, что тайна судебного представительства и адвокатская тайна носят абсолютный характер, то есть не имеют исключений. Но нормы уголовно-процессуального права в РФ имеют ряд пробелов, которые не обеспечивают гарантированность их соблюдения. Нет запрета на проведение оперативно-розыскных мероприятий в отношении защитника и обвиняемого, представителя и представляемого³. Поскольку это не указано ни в УПК РСФСР, ни в законе «Об оперативно-розыскной дея-

¹ Малеина М.Н. Защита личных неимущественных прав советских граждан. М. 1991, с.75.

² Петрухин И.Л. Личные тайны (человек и власть). М., 1998, с.156-158.

³ Статья 17 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» лишь устанавливает запрет использовать конфиденциальное действие по контракту адвокатов

тельности», то вполне возможно УПК РСФСР допускает проведение таких следственных действий как обыск и выемка в помещении юридических консультаций, как выемка почтово-телеграфной корреспонденции между защитником или представителем и доверителем. А та информация, полученная в результате следственных действий, будет иметь доказательственное значение, то же самое можно сказать и об информации, полученной оперативно-розыскным путем. Понятно, что суд (практика показывает) такие данные не будет учитывать как доказательства, полученные в соответствии с федеральным законом. Всё-таки требования о соблюдении адвокатской тайны внушают определённое уважение со стороны судейского корпуса. Но подобным образом полученная информация может послужить основой для административного давления на адвоката и подзащитного.

Федеральный закон «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений»¹ фиксирует (статья 18): « С момента задержания подозреваемым и обвиняемым предоставляются свидания с защитником наедине. Количество и продолжительность свиданий не ограничиваются». Свидания подозреваемого или обвиняемого с его защитником могут иметь место в условиях, позволяющих сотруднику места содержания под стражей видеть их, но не слышать.

Корреспонденция осужденного согласно статье 22 ИТК РСФСР² подлежала обязательной цензуре, переписка с адвокатом не являлась исключением из этого правила.

Уголовно-исполнительный кодекс РФ³ не внёс коррективы в данные правила. Статья 89 УИК РФ предусматривает, что для получения юридической помощи осужденным по их заявлению предоставляются свидания с адвокатами или иными лицами, имеющими право на оказание юридической помощи. По желанию осужденного и указанных лиц свидания могут предоставляться наедине. В соответствии со статьёй 91 УИК РФ «получаемая и отправляемая осужденными корреспонденция подвергается цензуре». Телефонные разговоры осужденных также контролируются персоналом исправительных учреждений. Кодекс до 2001 года не содержал исключений из данного правила применительно к переписке с адвокатом . Законом от

¹ Собрание законодательства РФ. 1995. № 29. Ст. 2759.

² Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1970. № 51. Ст. 1220.

³ Собрание законодательства РФ. 1997. № 2. Ст. 198.

20.03.2001 года было определено, что «переписка осужденного с защитником или иным лицом, оказывающим юридическую помощь на законных основаниях, цензуре не подлежит, за исключением случаев, если администрация исправительного учреждения располагает достоверными данными о том, что содержащиеся в переписке сведения направлены на инициирование, планирование или организацию преступления либо вовлечение в его совершение других лиц». В этих случаях контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений осуществляется по мотивированному постановлению руководителя исправительного учреждения или его заместителя.

Кроме того, доверитель может быть допрошен о характере, содержании беседы с защитником или представителем. Тем самым, оказывая давление на доверителя (тем более, если он находится в СИЗО, то есть под постоянным контролем со стороны государственных органов), адвокат лишается возможности оказать результативную юридическую помощь. Поэтому оправданным выглядит предложение о целесообразности внесения изменений в закон, «что не только адвокат, но и его клиент не может быть допрошен об обстоятельствах уголовного дела, обсуждавшихся между ними при встрече наедине. Показания таких клиентов следовало бы исключать из числа допустимых доказательств»¹. Также защитник или представитель может быть привлечен к уголовной ответственности за недоносительство о преступлении, ставшим ему известным в связи с исполнением своих обязанностей. И тогда это лицо превращается в обвиняемого. Данная ситуация никак не решается ни УПК РСФСР ни уголовным законодательством.

Не распространяется обязанность сохранения в тайне сведений, полученных при защите доверителя, не непрофессиональных защитников, не членов коллегии адвокатов.

То есть субъекты адвокатской тайны несут полный объем обязанностей, что нельзя сказать о субъектах тайны судебного представительства, обладающих только свидетельским иммунитетом. Но адвокатская тайна является только профессиональной, тайна судебного представительства имеет более широкий круг субъектов. По содержанию же объем адвокатской тайны гораздо шире и полнее.

Закон не говорит в течение какого срока защитник или представитель обязан сохранять тайну. Представляется, что бессрочно, даже после смерти лица, доверившего адвокату сведения, за исключением

¹ Петрухин И.Л. Вам нужен адвокат... М. 1993, с.149.

случаев, когда они служат реабилитации. Для предания огласке такого рода информации необходимо согласие правопреемников.

Если нет запрета клиента, адвокат, иной защитник или представитель вправе по собственному усмотрению использовать доверенные ему сведения, но только в интересах представляемого. Таким образом, в рассматриваемых случаях он по собственному усмотрению решает, огласить ли доверенные ему сведения (в интересах обвиняемого) или воздержаться от этого, если оглашение сведений не принесет пользы представляемому.

Однако распоряжаться доверенными сведениями вопреки воле представляемого адвокат (иной защитник, представитель), по-видимому, не вправе¹.

В пользу бессрочности сохранения тайны говорит и то, что ни УПК, ни ГПК в Российской Федерации не ограничивает какими-либо сроками запрет на допрос в качестве свидетелей защитника или представителя.

Возникает также проблема, вправе ли защитник или представитель выступать в интересах представляемого, но вопреки его желанию. Имеются мнения как за разглашение, так и против. Следует согласиться, что адвокат не имеет этического права разглашать такие сведения, не должен «ставить себя в состояние конфронтации с обвиняемым»². К тому же, разглашая тайну судебного представительства, защитник или представитель превращает себя в свидетеля, а согласно российскому законодательству они не могут быть допрошены в этом качестве. То есть доказательства будут собраны с нарушением закона, и согласно статье 50 Конституции РФ их использование не допускается. Клиент вправе будет отказаться от такого защитника или представителя. С. Ария правильно считает, что о совершённом его клиентом преступлении адвокат должен умолчать: «При состоявшемся действии сообщение о нём может преследовать единственную цель - кару. Несмотря на общественную пользу такого поступка, адвокат при этом выступает как помощник карательных органов государства, то есть действует в явном противоречии с принципами и природой адвокатуры как института»³.

В юридической литературе было высказано мнение, что только в одном случае возможно разглашение адвокатской тайны: «если об-

¹ Петрухин И.Л. Вам нужен адвокат... М. 1993, с.141.

² Петрухин И.Л. Личная жизнь: пределы вмешательства. М. 1989. с.49.

³ Ария С. Об адвокатской тайне // Российская юстиция. 1997. № 2, с. 37.

виняемый сообщил адвокату о готовящемся опасном преступлении, совершении которого еще возможно предупредить. Если, например, обвиняемому известно, что в такой-то час и такую-то минуту будет взорван самолет, пароход, мост или будет совершено нападение на определенных лиц, или будет предпринято ограбление банка и т.п., то он должен немедленно сообщить об этом в следственные органы или в прокуратуру, и тогда он может быть допрошен в качестве свидетеля по этим фактам»¹. Здесь, в первую очередь, конечно этическая проблема. Соответственно адвокат не может выступать как представитель, но и его показания не могут быть использованы в судебном разбирательстве.

Не совсем полон также перечень обстоятельств, исключающих участие в деле лица в качестве защитника или представителя как в гражданском, так и в уголовном процессах. Помимо вышеназванного следовало бы включить и иных лиц, оказывавших юридическую помощь в качестве судебного представителя клиентам, интересы которого противоречат интересам обратившегося с просьбой о ведении дела. Согласно же формулировке, действующей в настоящее время, юрист, не являющийся членом коллегии адвокатов, вправе в разных делах при тех же сторонах, выступать в одном деле в качестве представителя истца, а в другом - в качестве представителя ответчика.

Необходимо также создать ряд организационных гарантий сохранения адвокатской тайны. Это и создание условий для хранения деловой документации адвокатов, а при создании в будущем независимых адвокатов такой порядок отчетности перед налоговыми органами, который бы абсолютно исключал возможность последних почерпнуть сведения, составляющие адвокатскую тайну.

В трудную ситуацию попадает защитник, если обвиняемый, отрицая на допросах вину, признается ему, что он совершил преступление. «С одной стороны, он по-прежнему обязан хранить адвокатскую тайну, а с другой - его могут упрекнуть в сговоре с обвиняемым. В этой ситуации адвокат может посоветовать обвиняемому чистосердечно признать себя виновным... Если обвиняемый не желает признавать себя виновным, позиция адвоката должна зависеть исключительно от имеющихся в деле доказательств»².

¹ Петрухин И.Л. Личная жизнь: пределы вмешательства М. 1989, с.51.

² Там же, с.47.

В дореволюционной России следователь имел право провести обыск в кабинете присяжного поверенного (адвоката) для обнаружения бумаг, переданных ему обвиняемым или другими лицами с условием сохранить их в тайне (ст.368, 369, 370 УУС 1864 г.). Следователь мог ограничиться выемкой этих бумаг, не производя обыска. Адвокату представлялось лишь право присутствовать при осмотре бумаг следователем¹. УПК РСФСР, существующий в данный момент, вполне разрешает и сейчас производить обыск и выемку у адвоката. И это очень часто происходит, как правило, с теми, кто ведет принципиальную защиту. «Все притязания следователей и прокуроров на вторжение в сферу адвокатской тайны, осмотры и изъятия документов в юридических консультациях должны быть отклонены самым решительным образом»².

Коллизия возникает и при применении статьи 139 УПК РСФСР, в соответствии с которой, в необходимых случаях следователь может предупредить защитника «о недопустимости разглашения без его разрешения данных предварительного следствия». Защитник, нарушивший данное правило может быть привлечен к уголовной ответственности по статье 310 УК РФ. Поскольку адвокат допускается к участию в деле с момента задержания, а обвиняемый только с момента предъявления обвинения получает возможность знакомиться с материалами дела, то распространяется ли требование соблюдать тайну предварительного следствия защитником и по отношению к своему подзащитному.

До конца не урегулированы вопросы ответственности защитника, представителя за разглашение сведений, составляющих тайну судебного представительства. В соответствии со статьей 24 Положения об адвокатуре РСФСР: «Жалобы на действия адвокатов, связанные с осуществлением ими профессиональных обязанностей, рассматриваются заведующими юридическими консультациями, президиумами коллегий адвокатов». Иными словами «нарушение адвокатской тайны независимо от умышленных или неосторожных действий адвокатов - дисциплинарный проступок, влекущий суровые последствия вплоть до прекращения членства в коллегии адвокатов»³. Исключение из коллегии адвокатов можно обжаловать в суд. Привлечение к дисциплинарной ответственности иногда весьма проблематично

¹ Петрухин И.Л. Личная жизнь: пределы вмешательства. М. 1989, с.53.

² Там же, с.58.

³ Малеина М.Н. Указ. соч., с.75.

в силу профессиональной круговой поруки, даже если другие члены коллегии адвокатов и будут осуждать виновного. Свидетельство тому - сама статистика привлечения к дисциплинарной ответственности адвокатов.

Превалирование корпоративных интересов существует не только в Российской Федерации, и в других странах - США, ФРГ, Англии - считается признанным, что привлечение адвоката к дисциплинарной ответственности весьма проблематично. Именно поэтому в Англии была учреждена должность омбудсмана по юридическим услугам в результате принятия Закона 1990 года о судах и юридических услугах. И хотя в Англии существуют три профессиональные организации, рассматривающие нарушения профессиональной этики, считается, что все-таки существует возможность уйти виновным от ответственности: «Саморегуляция разумна до определенной точки, но ее еще необходимо подкрепить абсолютно независимой инспекцией того, как профессиональные организации рассматривают жалобы, а этой инспекцией следует дать полномочия для восстановления справедливости. Таким образом, омбудсмен - последняя инстанция, куда можно обратиться после того, как все другие возможности обжалования исчерпаны»¹.

И хотя он уполномочен давать только рекомендации, закон обязывает опубликовать имя юриста, не выполняющего их причины непринятия мер в форме, предложенной омбудсменом, например, в газетах. Если он и это не выполнит, омбудсмен вправе разгласить обстоятельства судебного дела. Последний может рекомендовать, чтобы «профессиональная организация, рассматривавшая жалобу на предварительной стадии, выплатила компенсацию за неправильный разбор дела, если он, омбудсмен, придет к такому выводу»².

Такой положительный опыт вполне возможно распространить и в Российской Федерации.

Поскольку статья 51 УПК РСФСР вменяет обязанность не разглашать сведения, составляющие тайну судебного представительства, представителям профессиональных союзов и общественных организаций возможно и к ним применение мер дисциплинарной ответственности. По отношению к этим лицам и адвокатам могут быть применены меры гражданско-правовой ответственности за причинение

¹ Бэл Р. Друг познается в беде // Англия. 1991 N 4, с.94.

² Там же.

вреда на основании норм Гражданского кодекса РФ. Но это весьма трудно сделать, поскольку в данном деле существо решения будет упираться в невозможность собрать результативную доказательственную базу.

Иное же лицо, допущенное к защите, или являющееся представителем, вообще не несет никакой ответственности за разглашение доверенных ему сведений, что, по-видимому, недопустимо, и является существенным пробелом в законодательстве. Поэтому можно предусмотреть соответствующую ответственность в договоре на оказание юридической помощи. Но так как одной из сторон договора является юрист, а другая не обладает соответствующими правовыми знаниями, то вряд ли можно рассчитывать на эффективность данной меры.

Также и близкие родственники и законные представители несовершеннолетних обвиняемых, потерпевших, гражданских истцов, гражданских ответчиков несут только моральную ответственность. Высказано мнение, что на них «надо возложить юридическую (уголовно-правовую) ответственность за разглашение такого рода тайн, исключая случаи, когда разглашение использовано в интересах представляемого, т.е. способствовало его оправданию или смягчению ответственности. Следует также установить уголовную ответственность всех других лиц, допущенных в качестве защитников или представителей по делу, за разглашение сведений, доверенных им обвиняемыми представляемыми»¹.

На наш взгляд, установление уголовной ответственности не соответствует степени общественной опасности деяния и не приемлемо по своей сути. Было бы реальным закрепление обязанности защитника или представителя, разгласившего адвокатскую тайну, возместить причиненные убытки, а также моральный ущерб, предание таких фактов широкой огласке.

Не несут ответственности члены президиума коллегии адвокатов, имеющих доступ к документам, составляющих тайну судебного представительства, при рассмотрении вопроса о дисциплинарной ответственности адвоката. Не несет ответственности за разглашение тайны судебного представительства переводчик, участвовавший в беседах адвоката и доверителя. Кроме того, переводчик может быть допрошен в качестве свидетеля по известным ему обстоятельствам, так

¹ Петрухин ИЛ. Личная жизнь: пределы вмешательства. М. 1989, с.45.

как ни в ГПК, ни в УПК Российской Федерации исключений в отношении него нет.

Не являются субъектами адвокатской тайны и технические работники юридических консультаций, не решен вопрос об ответственности за разглашение тайны судебного представительства адвокатов, прекративших членство в коллегии адвокатов. Законодательство нечетко определяет само содержание адвокатской тайны. Все это накладывает определенный отпечаток на содержание поднимаемой проблемы.

Адвокаты прекрасно понимают, что в настоящее время УПК, ни ГПК, ни Положение об адвокатуре не регулируют многие уже сложившиеся отношения. И так как принято во всех странах соблюдение тайны общения между защитником и доверителем, в новых нормативных актах следовало бы отразить вышеуказанные моменты и, в первую очередь, дополнительно гарантировать свидетельский иммунитет защитника и представителя недопущением проведения в отношении оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий с целью получения информации, предоставленной адвокату доверителем.

В соответствии с уголовно-процессуальным законодательством в Федеративной Республике Германия адвокат, адвокат по патентным делам (их помощники, лица, которые работают в порядке стажировки по специальности) обладают правом отказа от дачи свидетельских показаний о том, что им доверено или стало известно в силу их положения. Гарантией соблюдения адвокатской тайны выступает установление запрета (параграф 97) на выемку переписки между обвиняемым и адвокатом, записей адвоката о доверенных обвиняемым сведениях. Указанные ограничения, правда, действуют только тогда, когда материалы находятся у адвоката. Параграф 97 фиксирует также, что «ограничения на выемку не применяется, если право отказа от дачи свидетельских показаний имеют лица, подозреваемые в соучастии, пособничестве или укрывательстве либо если речь идёт о предметах, которые добыты в результате совершения уголовно наказуемого деяния, или использовались для совершения уголовно наказуемого деяния, или послужили объектом совершения уголовно наказуемого деяния». УПК ФРГ предусматривает и возможность исключения защитника из процесса, «если имеются серьёзные подозрения или в стадии предания суду обнаруживается, что он:

- 1) участвовал в совершении деяния, которое является предметом расследования;

2) злоупотребляет общением с обвиняемым, находящимся под стражей, и тем самым создаёт существенную угрозу совершения им уголовно наказуемого деяния или это угрожает безопасности места заключения либо

3) совершил действия, которые При решении вопроса об осуждении обвиняемого способствовали бы его незаконному оправданию, укрывательству» (параграф 138а).

В соответствии с параграфом 148 УПК ФРГ общение защитника с обвиняемым может подлежать контролю.

Как видно законодательство ФРГ исходит из нахождения компромисса между публичным интересом привлечения к ответственности обвиняемого и частного интереса гражданина избежать этой ответственности. Адвокатская тайна не является абсолютной. Она не должна служить основанием последовательного разрушения доказательственной базы обвинения, условием злоупотребления правами со стороны адвоката. Одновременно и правоохранительные органы не должны наделяться правами по сбору доказательств любыми способами. В конечном итоге это приведёт к такому распространению злоупотреблений, когда о законности (даже социалистической) и соблюдении прав человека не будет идти и речи. Адвокатура, наверно, потому и не находит своего нового места в системе правозащитных организаций из-за длительного неприятия федерального закона «Об адвокатуре», что государство до конца ещё не определилось с её предназначением. С одной стороны - провозглашение общечеловеческих ценностей, участие в европейском интегрировании, что предполагает приоритет права и свобод человека и гражданина; с другой стороны - желание устранить политических конкурентов с помощью, как принято говорить, «использования административного ресурса», когда практически все средства хороши¹. И какие интересы перевесят маятник политических реформ, такие и будут определять статус, в том числе, коллегий адвокатов.

¹ Хотелось бы оговориться, что причины неприятия нового федерального закона «Об адвокатуре» кроются и во внутренних противоречиях самого института адвокатуры. Положение достигло такого уровня, когда законодательство об адвокатуре принятое в условиях советского строя, чем дольше будет действовать, тем больше будет оказывать воздействие на тот закон, который разрабатывается в качестве проекта. В конечном итоге можно предположить, что изменения нормативной базы перестанут быть актуальными, так как правоотношения, реально складывающиеся в этой сфере, будут настолько оформлены, что перестанут быть зависимыми от Положения об адвокатуре РСФСР 1980 г.

Тайна усыновления

Усыновление является приоритетной формой устройства сирот. Ребенок обретает семью и получает полноценное воспитание, считая приемных родителей папой и мамой. Естественно внезапное раскрытие тайны усыновления может неадекватно повлиять на еще неустоявшуюся психику ребенка, что неблагоприятно отразится на обеих сторонах - и на приемных родителях и на усыновленном. Поэтому часть 1 статьи 139 Семейного кодекса¹ провозглашает: «Тайна усыновления ребенка охраняется законом». В соответствии с семейным законодательством (статья 124 СК РФ) усыновление или удочерение является приоритетной формой устройства детей, оставшихся без попечения родителей. Законодательство рассматривает усыновление и удочерение как равнозначные факты, применяемые в зависимости от пола ребёнка. Если происходит устройство мальчика, то речь идёт об усыновлении, если девочки - то об удочерении. В последующем сам Семейный кодекс РФ оговаривает, что далее по тексту используется только один термин - усыновление, применяемый к обоим типам правоотношений.

«Усыновление(удочерение) - это юридический факт, в результате которого усыновленные дети и усыновители приобретают такие же права и обязанности, какие имеют в отношении друг друга родители и дети»². Это означает, что с точки зрения закона отношения при усыновлении между родителями и детьми становятся равнозначными, если бы они вытекали из факта биологического родства.

Хотелось бы проследить историю введения тайны усыновления в современное российское законодательство. До принятия Кодекса о браке и семье в Российской Федерации особого упоминания об обеспечении тайны усыновления не было, «хотя ряд законодательных положений военного и начала послевоенного времени по целевому назначению был направлен на ее обеспечение. Уже Указом Президиума Верховного Совета СССР от 8 сентября 1943 года «Об усыновлении» предусматривалась возможность записи усыновителя в каче-

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 1 . Ст. 16.

² Малеина М.Н. Защита личных неимущественных прав советских граждан. М. 1991, с.35. Кодекс Республики Беларусь о браке и семье даёт нормативное понятие усыновления (удочерения «Усыновление(удочерение) (далее - усыновление) - основанный на судебном решении юридический акт?, в силу которого между усыновителем и усыновленным возникают такие же права и обязанности, как между родителями и детьми».

стве родителя»¹. Поэтому институт тайны усыновления можно считать установившемся с момента принятия Кодекса о браке и семье РСФСР.

В первые десятилетия советской власти существовала несколько иная проблема. После расстрела или отправления в лагеря на длительные сроки «врагов народа», их дети отбирались, распределялись в спецшколы, где в полуказарменном положении под воздействием жестких наказаний их заставляли забыть своих родителей. Этим детям, приходившимся с малых лет жить с клеймом врага Советской власти, меняли имена, фамилии, а после достижения совершеннолетия либо расстреливали, либо также отправляли в специальные поселения. Иными словами вводилась не тайна усыновления, а тайна происхождения от социально неблагонадёжных граждан. Все это происходило по соответствующим секретным инструкциям НКВД. Родственникам запрещалось даже просто проявлять участие в судьбе такого ребенка. В документах в графах о родителях стоял прочерк².

Статистика свидетельствует: в 1994 году в России было зарегистрировано более 81 тысячи детей-сирот и оставшихся без попечения родителей. Общее же таких детей превышает 500 тысяч. Более 70 тысяч детей-сирот проживает в восьмистах детских домах и школах-интернатах. По данным на конец 1994 года под опекой в семьях находилось около 200 тысяч детей и 135 тысяч детей было усыновлено. Иностранцами гражданами в 1992 году было усыновлено 678 российских детей, в 1993 году - 1272 ребенка³. О масштабах проблемы цифры говорят сами за себя.

Следует отметить, что усыновление долгие годы не воспринималось как явление, должное оставаться в тайне. Законодательство до недавнего времени связывало специальный правовой статус с тем или иным социальным статусом, возникающим в силу рождения. К тому же идеология исходила из того, что потомок должен чтить свою родословную. К тому же в некоторых странах допускалось усыновление совершеннолетних. Данное явление имело место среди царствующих особ, не имеющих прямых потомков, обладающих правом престолонаследия. Иногда в завещаниях указывалось на разрешение носить своё имя наследнику, не являвшимся прямым потом-

¹ Красавчиком Л.О. Указ. соч., с.138.

² Нечаева А.М. Дети-сироты в России (послеоктябрьский период) // Государство и право. 1993. № 1, с. 124.

³ Саранские вести. 1995. 14 янв.

ком, что фактически означало усыновление. К такому способу, в частности, прибегнул Гай Юлий Цезарь, наделив по завещанию Октавиана, внучатого племянника, правом носить собственное имя, что означало передачу властных полномочий¹.

В настоящее время Семейный кодекс РФ (глава 9) устанавливает определенный порядок усыновления, призванный максимально обеспечить интересы ребенка².

Можно выделить следующие условия, при наличии которых разрешение усыновления допускается;

- ребенок должен быть несовершеннолетним (ч.1 ст.124 Семейного кодекса РФ);

- усыновители должны быть совершеннолетними; Семейный кодекс в статье 127 устанавливает категории граждан, которые не могут выступать в этом качестве. Это - лица, признанные судом недееспособными или ограниченно дееспособными, бывшие усыновителями, если усыновление отменено судом по их вине, лица, которые по состоянию здоровья не могут осуществлять родительские права (перечень заболеваний устанавливается Правительством РФ³) и не которые другие (ст. 127 СК РФ). Следует добавить, что закон в этом вопросе пошел по пути детальной регламентации в отличие от Кодекса о браке и семье РСФСР, устанавливавшего, что усыновители должны были обладать полной дееспособностью и не были лишены родительских прав (ст.99 КоБС РСФСР);

письменное согласие родителей ребенка, а при усыновлении ребенка несовершеннолетних родителей, не достигших возраста 16 лет, закон устанавливает дополнительное требование (статья 129 СК РФ) - согласие их родителей или опекунов (попечителей), а при их отсутствии - согласие органа опеки и попечительства.

¹ См. Светоний. Жизнь двенадцати цезарей. М., 1988.

² Одновременно Семейный кодекс РФ в статье 130 определяет, что согласие родителей не требуется, если они неизвестны или признаны безвестно. Одновременно в научной литературе высказывалось мнение об упрощении процедуры усыновления пасынков и падчериц. Объясняется это двумя причинами фактическое нахождение ребёнка в определённой семье и проживание с ним одного из его родных родителей - Косова О. Усыновление пасынков и падчериц процедурные вопросы // Российская юстиция. 2001. № 2, с. 44-45.

³ Постановление Правительства РФ от 1 мая 1996 года № 542 «Об утверждении перечня заболеваний, при наличии которых лицо не может усыновить ребенка, принять его под опеку (попечительство), взять в приемную семью» // Собрание законодательства РФ. 1996. № 19. Ст. 2304.

отсутствующими; признаны судом недееспособными, лишены судом родительских прав; по Причинам, признанным судом неуважительными, более шести месяцев (срок сокращен вдвое в отличие от прежде действовавшего законодательства) не проживают совместно и уклоняются от его воспитания и содержания;

- согласие опекунов (попечителей), приемных родителей ребенка или администрации детского учреждения (ст. 131 Семейного кодекса РФ). Но закон дает возможность суду вынести решение об усыновлении и без согласия этих лиц, если этого требуют интересы ребенка;

- согласие ребенка, достигшего возраста 10 лет (ст. 132 СК РФ);

- согласие супруга усыновителя, если ребенок усыновляется только одним из супругов. Таковое не требуется, если супруги прекратили семейные отношения, не проживают совместно более года и место жительства другого супруга неизвестно (ст. 133 СК РФ);

- заключение органа опеки и попечительства об обоснованности усыновления и о его соответствии интересам усыновляемого ребенка с указанием сведений о факте личного общения усыновителей (усыновителя) с усыновляемым ребенком (статья 125 СК РФ);

- процессуальное основание усыновления - решение суда (ст. 125 СК РФ). Это существенное отличие от прежнего регулирования данных отношений, определявшего оформление подобного факта решением администрации района, города, то есть в административном порядке.

Моментом возникновения тайны усыновления является день вступления в законную силу решения суда об установлении усыновления ребенка, что отмечается как недостаток правового регулирования, так как процедура усыновления начинается задолго до окончательного вынесения решения. Судебное решение выступает итоговым, завершающим актом процедуры усыновления. Соответственно «работники органов опеки попечительства, учреждений, в которых находятся дети, иные лица, осведомлённые о процессе усыновления, должны осознавать конфиденциальность этих данных и воздерживаться от их разглашения до момента вынесения положительного судебного решения»¹. Законодатель не определил, должна ли соблюдаться тайна усыновления в момент подготовки судебного дела к слушанию.

¹ Паршуткин В. Львова Е. Всегда ли оправданно сохранение тайны усыновления// Российская юстиция. 1999. № 3, с. 23.

Тайна усыновления является бессрочной, то есть не прекращается ни по достижении ребенком совершеннолетия, ни со смертью родителей, ни другим каким-то обстоятельством. Поэтому следует согласиться, что «объектом тайны усыновления являются любые сведения об усыновлении, то есть раскрытие самого факта усыновления, истинного имени, места рождения, указание фамилии и других данных о кровных родителях. Разглашение тайны возможно путем сообщения информации как самому усыновленному, так и третьим лицам, в устной или письменной форме»¹.

В РФ в настоящее время действует представительства около ста американских усыновительных агентств². О сохранении ими тайны усыновления неоднократно поднимается вопрос, как и вопрос об излишней секретности их деятельности и прямой заинтересованности в строгом соблюдении тайны усыновления по отношению к биологическим родителям. По-видимому, судебная процедура и направлена на то, чтобы гарантировать защиту интересов ребёнка. И при анализе ситуаций, свидетельствующих о нарушениях процедурных вопросов, необходимо, чтобы судья принимал итоговое решение, исходя из всего фактического материала судебного дела. Одновременно российские средства массовой информации придерживаются такого мнения, что если усыновление происходит иностранными гражданами, то соблюдение тайны усыновления не является обязательным, так как ребёнок всё равно выезжает за границу, где невозможно будет просматривать российские информационные сообщения. Стали распространёнными телерепортажи, видеосъёмка, фотографирование моментов знакомства усыновителей и усыновляемых, выезда за пределы Российской Федерации. В течение 1996-1998 г.г. Северодвинское телевидение неоднократно делало репортажи об усыновлении российских детей иностранными гражданами. Газета, издаваемая в городе Саранске (Республика Мордовия), 29 июня 2000 года опубликовала статью «Ангелы из Мордовии уезжают в Америку», в которой помещены фотографии детей и их новых родителей из Соединённых Штатов Америки. Всё это следует считать недопустимыми фактами в журналистской практике независимо от того, является ли усыновитель гражданином РФ или нет.

¹ Малеина М.Л. Защита личных неимущественных прав советских граждан. М. 1991, с.86.

² Паршуткин В. Львова Е. Всегда ли оправданно сохранение тайны усыновления // Российская юстиция. 1999. № 3, с. 22.

Тайна усыновления абсолютна. Семейный кодекс РФ в этом вопросе императивен и лица, разгласившие тайну усыновления ребенка (независимо от того, в силу каких обстоятельств стало это им известно) против воли его усыновителей привлекаются к ответственности в установленном законом порядке.

Семейный кодекс РФ помимо строгой процедуры усыновления выделяет еще ряд организационных мер, являющихся дополнительными гарантиями обеспечения тайны этого юридического факта. Первое - это возможность по просьбе усыновителя присвоения ребенку иного имени. Отчество в этом случае определяется по имени усыновителей, если последний - мужчина, а при усыновлении ребенка женщиной - по имени лица, указанного ею в качестве отца усыновленного ребенка. Следует добавить, что Семейный кодекс РФ более подробно описывает возможные варианты поведения субъектов подобных отношений. Действовавшее ранее законодательство регулировало лишь случаи усыновления одинокой женщиной или супругами, видимо не предполагая, что мужчина может выступать в подобной роли. В настоящее время статья 134 Семейного кодекса РФ предусматривает: « При усыновлении ребенка лицом, не состоящим в браке, по его просьбе фамилия, имя и отчество матери (отца) усыновленного ребенка записываются в книге записей рождений по указанию этого лица (усыновителя)».

Подобные изменения должны быть указаны в решении суда об усыновлении ребенка.

Второе - это возможность по просьбе усыновителя изменения даты и места рождения усыновленного. Семейный кодекс РФ в отличие от Кодекса о браке и семье РСФСР несколько иначе решает эту проблему. Так, дата рождения может быть изменена не более чем на три месяца (ранее - шесть месяцев), и при условии, что ребенок не достиг возраста один год, что является новеллой в российском семейном законодательстве.

Третье - это возможность по просьбе усыновителей принятие судом решения о записи усыновителей в книге записей рождений в качестве родителей усыновленного ими ребенка. Такая запись, а также изменение фамилии, имени и отчества усыновленного ребенка, достигшего возраста 10 лет возможны только с его согласия.

Субъектом, обязанным соблюдать тайну усыновления является лицо, осведомленное об усыновлении. Семейный кодекс РФ не связывает наличие этой обязанности ни со служебным положением, ни

со способом ознакомления. К тому же за разглашение тайны усыновления предусматривалась уголовная ответственность статьей 124 Уголовного кодекса РСФСР с максимальным наказанием - исправительные работы на срок до двух лет. Новый Уголовный кодекс Российской Федерации сохранил данное установление, практически не изменив сущность состава преступления (ст. 155 УК РФ).

Однако Семейный кодекс РФ, определяя порядок отмены усыновления, а также его последствия, не воспринял пожелание, высказанное в юридической науке, что такое решение не должно влечь отмену обязанности сохранения тайны усыновления, если этого требуют интересы ребенка.

Было высказано предложение и о предоставлении права усыновленным детям, достигшим совершеннолетия, на ознакомление с документами, повлекшими изменение их статуса, из которых можно почерпнуть сведения об истинных родителях. В настоящий момент правового закрепления это пожелание в Российской Федерации не получило. Статья 136 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье предусматривает, что усыновленный ребенок по достижении совершеннолетия вправе получить от органов, осуществляющих функции опеки и попечительства, а также от суда сведения, касающиеся его усыновления.

Усыновление (удочерение) является актом гражданского состояния и подлежит государственной регистрации. Федеральный закон «Об актах гражданского состояния» фиксирует (статья 39), что основанием для государственной регистрации усыновления или удочерения является решение суда об установлении усыновления ребенка, вступившее в законную силу.

Государственная регистрация усыновления ребенка производится органом записи актов гражданского состояния по месту вынесения решения суда об установлении усыновления ребенка или по месту жительства усыновителей (усыновителя).

Государственная регистрация усыновления ребенка производится по заявлению усыновителей (усыновителя). Заявление может быть сделано устно или в письменной форме. Одновременно с заявлением должно быть представлено решение суда об установлении усыновления ребенка и предъявлены документы, удостоверяющие личности усыновителей (усыновителя) (статья 41¹ Закона «Об актах гражданского состояния»).

Закон также предусматривает процедуру регистрации в случае, если усыновители (усыновитель) или уполномоченные ими лица в

течение месяца со дня усыновления ребенка не подали соответствующее заявление в органы ЗАГС. Тогда усыновление ребенка регистрируется на основании решения суда об установлении усыновления ребенка, поступившего в орган записи актов гражданского состояния из суда, вынесшего данное решение.

На основании государственной регистрации акта гражданского состояния выдаётся свидетельство об усыновлении, которое содержит следующие сведения:

- фамилия, имя, отчество, дата и место рождения ребенка (до и после усыновления);
- фамилия, имя, отчество, гражданство, национальность (если это указано в записи акта об усыновлении) усыновителей (усыновите ля);
- дата составления и номер записи акта об усыновлении;
- место государственной регистрации усыновления (наименование органа записи актов гражданского состояния);
- дата выдачи свидетельства об усыновлении.

На работников органов записи актов гражданского также возлагается обязанность по соблюдению тайны усыновления.

Действующее российское законодательство предусматривает, что после усыновления органы опеки и попечительства проводят контроль за условиями жизни и воспитания ребёнка. Постановлением Правительства РФ от 29 марта 2000 г. № 275¹ предусматривается, что орган опеки и попечительства, на территории которого было произведено усыновление ребенка, обязан в 7-дневный срок после вступления в силу решения суда направить в орган опеки и попечительства по месту жительства усыновителя(ей) с усыновленным ребенком соответствующую информацию для организации контроля за условиями жизни и воспитания усыновленного ребенка. При передаче указанных сведений должна быть сохранена тайна усыновления.

Контрольное обследование условий жизни и воспитания усыновленного ребенка проводится специалистом по охране детства органа опеки и попечительства ежегодно, в течение первых 3 лет после установления усыновления. При этом специально устанавливается, что контрольное обследование условий жизни и воспитания усыновленного ребенка проводится с сохранением тайны усыновления.

¹ Собрание законодательства РФ. 2000. № 15. Ст. 1590.

Тайна исповеди

Право на свободу вероисповеданий является одним из неотъемлемых прав человека. Свобода совести была провозглашена еще в Конституции РСФСР 1918 года (хотя целью данного провозглашения в большей мере было закрепление политики воинствующего атеизма, отказа от государственной религии). Данное право является не просто гарантией невмешательства государства во внутренний мир человека, но и закреплением уважения прав верующих. Более того, можно утверждать, что право на неприкосновенность частной жизни в своём развитии нормативного закрепления реализовывалось в отдельных правомочиях, отражающих те или иные элементы неприкосновенности частной жизни. Таковым является свобода совести. Религиозные убеждения - это элемент внутреннего мира человека, соответственно часть его частной жизни. В силу того, что религиозные убеждения становились предметом пристального правового регулирования, являлись поводом дискриминации, остракизма, войн, свобода совести и стала принципиальным положением, вокруг которого разворачивались неслыханные правовые диспуты. Свобода совести! - данное право несли на своих знамёнах реформаторы Американской революции, Великой Французской революции, Октябрьской революции 1917 года в России.

С закреплением права на неприкосновенность частной жизни свобода совести не перестала закрепляться в основных правовых документах различных государств. Это подчёркивает важность защиты данных правоотношений со стороны государства. Федеральный закон «О свободе совести и о религиозных объединениях»¹ устанавливает: «В Российской Федерации гарантируются свобода совести и свобода вероисповедания, в том числе право исповедовать индивидуально или совместно с другими любую религию или не исповедовать никакой, свободно выбирать и менять, иметь и распространять религиозные и иные убеждения и действовать в соответствии с ними» (статья 3).

Вероисповедание связано с соблюдением определённых таинств. Исповедь, а правильное было бы говорить покаяние, является одним из семи христианских таинств, установленных самим Христом, о чем и упоминается в Евангелии. Следует отметить, что покаяние, как таинство, известно почти всем религиозным конфессиям.

¹ Собрание законодательства РФ. 1997. № 39. Ст. 4465.

Покаяние - одно из важнейших обрядов христианской церкви. Оно заключается в устном изложении грехов перед священником, благодаря чему считается, что человек при сердечном раскаянии, получает прощение через священника от Бога. Понятно, что в понятие «грех» входят такие действия, которые и в светском государстве подлежат уголовному наказанию. Поэтому часто человек, исповедующийся перед священником, признавая себя виновным в преступлении, для правосудия недостижим в силу нераскрытости деяния.

Во время зарождения христианской религии различались два вида покаяния:

- тайное, один на один перед священником;
- публичное, перед церковной общиной.

Последнее к VII веку практически перестало существовать, отдельные случаи происходят только тогда, когда сам человек хочет покаяться перед обществом.

Поскольку покаяние является одним из главных таинств христианского учения, оно известно всем религиям, имеющим в основе данное вероучение: протестантизм, католицизм, православие и так далее.

Одновременно в реформаторской церкви считается, что исповедываться может каждый самостоятельно перед Богом без посредства священника.

В православной церкви представляется, что верующий в Христа хотя бы один раз в год должен пройти через покаяние. Как правило, происходит это в религиозные праздники или перед постами, чтобы после этого человек мог действительно очиститься от того, что его гнетет. Важность данного таинства подчёркивалась во все времена Российской империи. Процент не бывших на исповеди указывался в официальных отчётах обер-прокурора. Этот процент указывал на наличие лиц, «охладевших к церкви», что заставляло беспокоиться не только церковных служащих, но и официальные государственные структуры.

Закон РСФСР «О свободе вероисповеданий»¹ закреплял, что «воспрепятствование совершению религиозных обрядов, если они не нарушают законодательства РСФСР, наказывается по закону». Федеральный закон «О свободе совести и о религиозных объединениях» предусматривает аналогичное правило, одновременно закон дополняет: «Тайна исповеди охраняется законом». В соответствии с ре-

¹ Советская Россия. 1990. 10 нояб.

лигиозными правилами священник несет обязанность хранить тайну исповеди, за несохранение ее он может быть подвергнут религиозному наказанию вплоть до лишения сана.

Гарантией сохранения тайны исповеди являются требования проведения ее в специальных кабинетах, как у католиков, где священник не видит лица исповедующегося, а также запрет на исповедание нескольких человек, независимо от их возраста или психологических особенностей.

«Западная католическая церковь, исходя из мнений Фомы Аквинского и целого ряда ученых-богословов, устанавливает « печать молчания» - *sigillum confessionis*, безусловно воспрещая священникам говорить кому бы то ни было о том, в чем повинился кающийся на исповеди. XXI статья IV патеранского собора грозит за нарушение этого правила пожизненным заключением в монастыре «строжайшего» ордена»¹.

Сходных правил придерживалась и православная церковь. Первый, кто решился нарушить тайну исповеди в России, стал Петр I, своими реформами имевший много противников и решивший использовать доверие верующего к священнику в борьбе против своих врагов. «13 апреля 1722 года Петр I указом обязал духовенство полученные на исповеди сведения о «преднамеренных злодействах против службы государевой или церкви» немедленно сообщить властям. 2 мая 1722 года уже святейший Синод, высший орган русской православной церкви, своим указом разъясняет священникам, как следует выполнять царский указ: «Если кто при исповеди объявит духовному отцу своему какое-нибудь несовершенное, но замышленное им воровство, наиболее же измену или бунт на государя, или на государство, или на фамилию его величества, то о таком лице немедля да объявлено будет властям предержащем. Сим объявлением духовник не преступает правила, но еще и исполняв веление господне»². Также и в Духовном регламенте и в Наставлениях о должности пресвитеров закреплялось правило о допустимости раскрытия тайны исповеди. Одновременно 21 сентября 1722 года был издан Указ «О ежегодном исполнении христианского долга исповеди и святого причастия, о получении от духовников письменных о том свидетельств». В соответствии с ним свидетельство об отбытии в текущем году

¹ Энциклопедический словарь. Том XXXII-Д.-СПб Типография Акц. Общ. «Издательское дело», Брокгауз-Ефрон, 1901, с.493.

² Субботин Ю.К. Православные таинства. М. 1990, с.69.

исповеди был документом, свидетельствующим о благонадёжности. Для выезжающих за пределы Империи данное свидетельство было обязательным документом, как и паспорт¹.

После Октябрьской революции в 1917 году большевики хотя и провозгласили свободу совести, но подразумевали под этим в большей мере свободу антирелигиозной пропаганды и «борьбу с предрассудками». Религия - опиум для народа: один из самых известных лозунгов того времени. В условиях тоталитарного режима религия считалась идеологическим врагом и рассматривалась как противоположность коммунистического учения. Естественно и священнослужители и те, кто открыто выражал христианские взгляды, преследовались правоохранительными органами. В последствии церковь была поставлена под контроль КГБ, очень многие лица, имеющие духовный сан, были и агентами советских спецслужб. Средства массовой информации после открытия соответствующих архивов опубликовали некоторые имена агентов. Так, Митрополит Киевский и Галицкий Филарет оказался автором доносов под именем «Антонов», митрополит Крутицкий и Коломенский Ювеналий - «Адамантом», митрополит Питирим - «Аббатом», митрополит Мефодий - «Павлом». И это только опубликованные сведения о руководителях православной Церкви. В таких условиях не приходилось говорить о соблюдении тайны исповеди².

Федеральный закон «О свободе совести и религиозных объединениях» закрепляет: «Тайна исповеди охраняется законом. Священнослужитель не может быть привлечен к ответственности за отказ от дачи показаний по обстоятельствам, которые стали известны ему из исповеди». Конструкция статьи показывает, что норма включает в себя фиксацию общего принципа и одновременно гарантии его соблюдения. Одновременно следует обратить внимание, что тайна исповеди является предметом регулирования законодательства Российской Федерации, а также канонического права. И если ранее каноническое право являлось частью правовой системы государства, то сейчас по большинству вопросов предмет регулирования отношений полярно различается.

Одновременно в юридической науке профессором И.Л. Петрухиным было высказано мнение, что целесообразнее говорить в рамках неприкосновенности частной жизни о религиозных тайнах двух ви-

¹ Русское православие: вехи истории. М., 1989, с. 256.

² Камо грядеши, святая церковь // Огонек. - 1992. - N 18-19. - С.12-13.

дов, не ограничиваясь только тайной исповеди: «тайна верующего, его право скрывать свою принадлежность к религии вообще и к отдельным вероучениям в частности и тайна, доверенная священнику, которую он не должен разглашать»¹. Выше уже указывалось, что само право на свободу совести является элементом права на уважение частной жизни, её неприкосновенность. Однако свобода совести - самостоятельное право, которое имеет своё собственное содержание и, по-видимому, которое не следует рассматривать сквозь призму другого субъективного права, хоть и носящего более общий характер. Поэтому и в рамках настоящего исследования целесообразнее ограничиться анализом тайны исповеди.

Субъектом тайны исповеди таким образом, является священнослужитель, то есть лицо, состоящее при храме и обладающее правом совершать религиозные обряды как в храме, так и вне его. Словарь Брокгауза и Ефрона определяет, что «священник - название представителя религии, состоящее при храме и совершающего, по силе данной ему благодати священства, все таинства в храме и вне храма, везде, где требуется богослужбная молитва»². Нет смысла распространять обязанность на всех, кто служит при храме, так как сам священник несет обязанность, чтобы никто кроме него случайно или умышленно не узнал содержание исповеди.

М.К. Х. Варьяс, упоминая о субъектах церковного права, представителей церковной епархии объединяет одним понятием - клир - «это совокупность лиц, назначенных в соответствии с церковными канонами для общественного служения в Церкви и получивших для этого служения особые полномочия»³. В свою очередь клирики разделяются на священнослужителей и церковнослужителей. Священнослужителей, М.Ю. Варьяс определяет, как лиц, наделённых в соответствии с нормами церковного права властными полномочиями, составляющими в своей совокупности священную и правительственную церковную иерархию. В свою очередь церковнослужители подразделяются на епископов, пресвитеров, диаконов. Церковнослужители - это низшие клирики, выполняющие вспомогательные функции. Особую группу субъектов, по мнению М.Ю.Варьяса, составляют монашествующие.

¹ Петрухин И.Л. Личные тайны (человек и власть), 1998. с. 220.

² Энциклопедический словарь. Том XXIX.СПб., 1901, с.281.

³ Варьяс М.Ю. Краткий курс церковного права. М., 2001, с. 103 и далее.

Содержание тайны исповеди включает в себя все сведения, которые стали известны священнослужителю при совершении таинства. Тайна носит абсолютный характер, так как она не знает исключений и не может быть раскрыта ни суду, ни правоохранительным органам, никому вообще. Не подлежат разглашению как характер полученных сведений, так и сам факт (или отсутствие его) проведения таинства.

Возникает вопрос, а будут ли тайной сведения, сообщенные священнику в виде раскаяния с целью обрести душевный покой, но не во время совершения самого таинства. Теоретик церковного права профессор пражского университета Феринг еще на рубеже XX века утверждал: «Священник не может показывать и о том, что ему сказано хотя и вне исповеди, но в виде признания, сделанного духовному отцу»¹.

Меры ответственности, применяемые к священнослужителю, будут прежде всего основываться на правилах той или иной религиозной конфессии. В Русской Православной Церкви к лицам духовного звания применяются особые наказания:

1. Лишение священного сана.
2. Запрещение в священнослужении.
3. Лишение монашества.
4. Запрещение участвовать в богослужении.
5. Отстранение от должности и запрещение занимать церковно-административные должности².

Задача законодательного регулирования выступает в обеспечении тайны исповеди государственными мерами. Таковыми и является фиксация в различных нормативных документах запрет на сбор сведений, придание свидетельского иммунитета и так далее.

Одновременно следует обратить внимание, что тайна исповеди не провозглашается как субъективное право. Не существует нормативного акта, закрепившего: Каждый имеет право на тайну исповеди. Конструкция статьи Закона «О свободе совести и религиозных объединениях» выглядит следующим образом. Провозглашается принцип: «Тайна исповеди охраняется законом». Следующее предложение является гарантией соблюдения принципа - Священнослужитель не может быть привлечен к ответственности за отказ от дачи показаний по обстоятельствам, которые стали известны ему из исповеди. Оно указывает на то, что священнослужитель обладает имму-

¹ Энциклопедический словарь. Том XXIX. СПб. 1901, с.281.

² Варьяс М.Ю. Краткий курс церковного права. М., 2001, с. 120.

нитетом от привлечения к ответственности за отказ от разглашение тайны исповеди. Иными словами статья Закона «О свободе совести и религиозных объединениях» предназначена в первую очередь, для правоохранительных органов. Она к ним корреспондирует вводимое правило. Это означает, что законодательство не имеет направленности урегулировать отношения священнослужитель - прихожанин. Эти отношения урегулированы нормами церковного (канонического) права. Соответственно выглядит проблематичным привлечение к юридической ответственности представителя религиозного объединения, огласившего публично тайны, доверенные при покаянии, по иску гражданина. Хотя гражданин в данном случае может ссылаться на общие нормы гражданского законодательства, требуя защиты своего нарушенного нематериального блага.

Несмотря на это, некоторые законодательные акты не содержат гарантий сохранения тайны исповеди. Так, Закон «Об оперативно-розыскной деятельности» не содержит запрета на проведение оперативно-розыскных мероприятий в месте, где происходит обряд покаяния. Поэтому вполне возможна ситуация, при которой, например, в исповедальне перед великим постом (когда люди в большинстве своём приходят к покаянию) устанавливается аппаратура для прослушивания, что в принципе не противоречит действующему законодательству.

Существенным прогрессом можно признать установления правила в статье 17 закона «Об оперативно-розыскной деятельности», в соответствии с которым органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, запрещается использовать конфиденциальное содействие по контракту священнослужителей и полномочных представителей официально зарегистрированных религиозных объединений. Данное положение дублируется в статье 19 Федерального закона «Об органах федеральной службы безопасности в Российской Федерации».

Однако уголовно-процессуальное законодательство фактически «не знает» такой принцип как тайна исповеди. Статья 72 УПК РСФСР не включает священнослужителей в перечень лиц, обладающих правом отказа от дачи свидетельских показаний о том, что ему доверено в силу его духовного сана. Статья 308 Уголовного кодекса РФ «Отказ свидетеля или потерпевшего от дачи показаний» фиксирует только одно примечание: «Лицо не подлежит уголовной ответственности за

отказ от дачи показаний против себя самого, своего супруга или своих близких родственников».

Хотя указанные кодексы следует соотносить с нормами Закона «О свободе совести и религиозных объединениях», было бы более последовательным закрепление тайны исповеди в текущем уголовном и уголовно-процессуальном кодексах.

Заключение

Подводя итоги, обратим внимание на некоторые наиболее существенные моменты: человек как личность характеризуется не только многомерной включённостью в социальные связи, но и своей неповторимой индивидуальностью, позволяющей вносить в общественную жизнь момент субъективного творчества. С другой стороны, общество, охраняя индивидуальность личности, признаёт за ней определённый уровень свободы. Частная жизнь есть элемент свободы индивида, одновременно отражающий его общественную и индивидуальную природу. С этой точки зрения неприкосновенность частной жизни выступает социальной ценностью, в охране которой объективно заинтересованы как личность, так и общество. Отсюда и возникает проблема правовой охраны неприкосновенности частной жизни.

Проблема права на неприкосновенность частной жизни многопланова, поэтому её изучение будет полным только в результате совместных усилий юридической, философской, политической, культурологической и других общественных наук.

Само же содержание, которое вкладывается в понятие частной жизни, носит исторический характер и его трактовка зависит от многих факторов: обычаев, устоев, характерных для большинства населения, уровня культуры общества, национальных и религиозных особенностей развития. Можно отметить, что в международно-правовых документах нередко отражается особенность регулирования тех или иных отношений в государствах, для которых характерен общинный уклад. Причём его не следует путать с общинным строем, как видом общественно-экономических формаций. Общинность рассматривается как форма совместного проживания, когда частная жизнь каждого включена в жизнь социальной структуры (расширенной семьи, рода и так далее), охраняется совместно, как совместно и регулируется.

Исходным моментом в юридическом исследовании данного вопроса должны, на наш взгляд, являться теоретические аспекты понятия субъективного права и определение роли гражданских прав и свобод в системе законодательства России.

Конец XX века стал переломным моментом в развитии института прав человека в Российском обществе. Советская наука и практика при определении понятия субъективного права брали за основу дозволенность поведения со стороны государства и обусловленность его классовой волей. Подобный подход ставил личность в подчиненное отношение к государству, в зависимость от политической ситуации, от настроения масс и т.п. При этом основной уклон делается не на дозволение, а на соответствие классовой воли. Одновременно любой нормативный документ подчиняется ей и подлежит игнорированию (подправлению) со стороны правоприменителя. Революционная законность, правосознание становились основой такого права, когда государства не брало на себя обязательства соблюдать даже те нормы, которые устанавливались высшими органами государственной власти.

Однако человеческая практика выработала другой фундамент, который во главу угла ставит человека, а не усмотрение субъективного политика. Многие связывают это с развитием теории естественных прав. Но и данная теория имеет много слабых сторон. По-видимому, основная проблема состоит в узком законоцентристском понимании права. Право - это явление, которое трудно описать всего лишь тем материалом, который выходит из-под пера официального нормотворца. Это настолько глобальная проблема, на которой невозможно остановиться в двух строках.

Представляется, право на неприкосновенность частной жизни принадлежит человеку независимо от того, закреплён ли данный институт законодательством того ли иного государства. Та или иная степень юридического обеспечения данного права не умоляет его первозданности. Но, закрепляя данное право в официальном источнике, государство тем самым придаёт ему юридическое значение. Право на неприкосновенность частной жизни становится юридической категорией, а соответственно приобретает своё содержание, структуру, элементы. Данное право может быть ограничено, причём в соответствии с природой данного права, которая также должна быть определена юриспруденцией.

Применение классической системы содержания субъективного права и анализ права на неприкосновенность частной жизни позво-

ляет выявить особенность его юридической природы. Данное право сложно определить как меру дозволенного поведения (возможность действия, требования, пользования социальным благом). Оно, в первую очередь, барьер от произвольного вмешательства во внутренний мир человека, от навязывания определенного поведения, возможного ограничения повседневной свободы выбора, причем не столько на правоприменительном уровне, сколько на уровне правотворчества. Необходимость наличия внутреннего мира человека предопределена особыми свойствами человеческой психики.

Одновременно человек, живя в обществе, вынужден обращаться в публичные органы, где и возникает необходимость раскрытия определённых сторон частной жизни, без чего невозможна полезная деятельность этих органов. Сам общественный уклад ставит иногда статус гражданина в зависимость от меры раскрытия некоторых сторон частной жизни. Однако необходима защита сведений, доверенных клиентом, для предотвращения возникновения атмосферы недоверия в обществе.

Учитывая названные посылки, можно прийти к следующим выводам:

1. Право на неприкосновенность частной жизни - неотъемлемое право, принадлежащее человеку в силу его особой природы. Поэтому в социальной жизни оно выступает как индивидуальное притязание гражданина ко всем субъектам права. Обретая правовую форму, неприкосновенность частной жизни выступает и как конституционное право, попадающее в сферу публичного регулирования, а также как гражданское личное неимущественное право, «ощущающее» на себе особенности методов частного права. Одновременно в отраслевом законодательстве регулирование данного права в большей мере осуществляется административно-правовыми нормами. Именно за счет данного права от административного (публичного) вмешательства и посвящены основы правового регулирования указанного субъективного права.

2. Право на неприкосновенность частной жизни - фундаментальный принцип построения взаимоотношений между субъектами гражданского общества, взаимоотношений личности и государства.

3. Под правом на неприкосновенность частной жизни следует понимать неотъемлемое право человека на самостоятельное определение своего образа жизни, свободного от произвольных регламентации, вмешательства или посягательства со стороны и государства, и общества, и человека.

Это означает, что государство при публичном воздействии на неприкосновенность частной жизни не санкционирует те или иные степени свободы, а лишь может устанавливать те или иные ограничения-границы (в соответствии со строго установленной процедурой) реализации этого права.

5. Гарантими права на неприкосновенность частной жизни в отраслевом законодательстве выступают отдельные элементы, взятые им под особую охрану. Свое воплощение они находят в адвокатской, банковской, врачебной, нотариальной тайнах и т.п. При разработке механизма регулирования конкретного информационного запрета должны учитываться, по крайней мере, следующие требования:

а) субъектом тайны, обязанным ее хранить, должно выступать любое лицо, которое по долгу службы или в силу специфики своей работы получает доступ к подобным сведениям;

б) закон должен определять исчерпывающий перечень субъектов, имеющих доступ к сведениям, составляющим ту или иную тайну, а также основания и процедуру предъявления подобного требования;

в) должно быть законодательное закрепление возможности гражданина обжаловать в судебном порядке действия, направленные на ознакомление со сведениями, составляющими охраняемую законом тайну, если гражданин считает, что они необоснованны или незаконны. Причём гражданин должен ставиться в известность об использовании информации, субъектом которой он является, если иное не предусмотрено федеральным законом;

г) объём охраняемой законом тайны должен охватывать не только те сведения, которые гражданин самостоятельно передает в учреждение (кредитную организацию, нотариальную контору, юридическую консультацию и так далее), но и любую информацию, почерпнутую из общения с гражданином, а также сам факт обращения в подобные учреждения, либо отсутствие такого факта.

Анализ законодательства зарубежных стран, судебной практики позволил сделать вывод о том, что в настоящее время просматривается тенденция все более широкого понимания частной жизни. Чёткое же законодательное определение данного понятия - достаточно сложная задача в силу ограниченных возможностей формально-атрибутивных методов юридического оформления. Частная жизнь многогранна. Строгое очерчивание её границ практически не возможно. Граница между частной жизнью и жизнью, имеющей публичный характер, достаточно условна, и это налагает на законодателя и правоприменителя дополнительную ответственность.

Конституция РФ провозгласила право на неприкосновенность частной жизни, но наивно предполагать, что единственное провозглашение обеспечит ту самую неприкосновенность. Одновременно долгое время отношение к Конституции как к документу для «внешнего пользования» (в идеологической борьбе с загнивающим капиталистическим Западом) привело, что зачастую редко выводится конституционный аспект любого субъективного права в его отраслевом преломлении. Отсутствие Конституции «в крови» у многих практикующих юристов приводит к возрастающему недоверию к самой сути основных прав человека. К сожалению, такое отношение имеет благодатную почву: инертность самих граждан, не желающих защищать свои права, согласных решать свои проблемы любым иным способом, но только не правовым. Всё это обязывает уделять пристальное внимание юридической науки к проблемам содержания основных прав и свобод человека и гражданина.

Список рекомендуемых источников

1. Ария С. Об адвокатской тайне // Российская юстиция. 1997. № 2.
2. Ахидова И. Банковская тайна и аналогия закона // Хозяйство и право. 1999. № 10.
3. Басков В.И. Оперативно-розыскная деятельность. М., 1997.
4. Белая книга России. Франкфурт-на-Майне: Международное Общество Прав Человека, 1994.
5. Бережнов А.Г. Права личности: некоторые вопросы теории. М., 1991.
6. Благож Й. Формы правления и права человека в буржуазных государствах. М., 1985.
7. Блохин М.М. Деонтология в онкологии. М, 1977.
8. Варьяс М.Ю. Краткий курс церковного права. М., 2001.
9. Ведяхин В.М., Шубина Т.Б. Защита права как правовая категория // Правоведение. 1998. № 1.
10. Вечерний Э. Закон об оперативно-розыскной деятельности и права граждан // Законность. 1993. № 12.
11. Визер Б. Право человека на информацию в Австрии // Государство и право. 1992. № 4.
12. Витрук Н.В. Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. М, 1979.
13. Витрук Н.В. Правовой статус личности в СССР. М., 1985.
14. Власть и право: Из истории русской правовой мысли. Л., 1990.
15. Гвирцман М.В. Правовое регулирование банковской тайны // Деньги и кредит. 1992. № 6.
16. Головкин А.А. Человек, личность, гражданин. Минск, 1982.
17. Гомьен Д., Харрис Д., Зваак Л. Европейская конвенция о правах человека и Европейская социальная хартия: право и практика М., 1998.
18. Гражданско-правовая охрана интересов личности. М., 1969.
19. Григорян Л.А. Советское государство и личность. М., 1978.
20. Григорян Л.А. Неприкосновенность личности, жилища, тайны переписки и телефонных переговоров. М., 1980.
21. Гулиев В.Е. Рудинский Ф.М. Демократия и достоинство личности. М., 1983.
22. Гулиев В.Е. Рудинский Ф.М. Социалистическая демократия и личные права. М., 1984.
23. Данилюк С. Виноградов С. Щерба С. Как прослушать телефонный разговор // Социалистическая законность. 1991. № 2.

24. Дженис М., Кэй Р., Брэдли Э. Европейское право в области прав человека (Практика и комментарии). М., 1997.
25. Джинджер Энн Ф. Верховный суд и права человека в США. М., 1981.
26. Домрин А. Закон о службе безопасности Великобритании // Социалистическая законность. 1991. № 12.
27. Дюрягин И.Я. Гражданин и закон. М., 1991.
28. Европейский Суд по правам человека. Избранные решения: В 2т. М., 2000.
29. Ефимова Л. Банковская тайна: сравнительный аспект // Бизнес и банки. 1991. №46.
30. Иванский В.П. Правовая защита информации о частной жизни граждан. Опыт современного правового регулирования. М., 1999.
31. Карташкин В.А. Права человека в международном и внутригосударственном праве. М., 1995.
32. Карчевский С. Банковская тайна: проблемы правового регулирования // Хозяйство и право. 2000. № 1.
33. Козина С. Банковская тайна и прокурорский надзор // Законность. 2000. №9.
34. Козырев Г. Документирование прослушивания и звукозаписи телефонных и иных переговоров // Законность. 1993. № 4.
35. Козусев А. Законность прослушивания телефонных и иных переговоров // Законность. 1993. № 2.
36. Кон И.С. Сексуальная культура в России: клубничка на берёзке. М, 1997.
37. Красавчикова Л.О. Личная жизнь граждан под охраной закона. М., 1983.
38. Кучинский В.А. Личность, свобода, право. М, 1978.
39. Лукашева Е.А. Право, мораль, личность. М., 1986.
40. Люшер Ф. Конституционная защита прав и свобод личности. М., 1993.
41. Малеин Н.С. Гражданский закон и права личности в СССР. М., 1981.
42. Малеин Н.С. Охрана прав личности советским законодательством М., 1985.
43. Малеина М.Н. Защита личных неимущественных прав советских граждан. М., 1991.
44. Малеина М.Н. Человек и медицина в современном праве. М., 1995.
45. Малеина М.Н. Содержание и осуществление личных неимущественных прав граждан: проблемы теории и законодательства //

Государство и право. 2000. № 2.

46. Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. М., 2001.
47. Малько А.В. Субъективное право и законный интерес // Правоведение. 1998. № 4.
48. Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве // Правоведение. 1998. №3.
49. Матузов Н.И. Личность. Права. Демократия. Теоретические проблемы субъективного права. Саратов, 1972.
50. Матузов Н.И. Правовая система и личность. Саратов, 1987.
51. Медицина и права человека . М., 1992.
52. Мепарешвили Г.Д. О неприкосновенности личной документации граждан в уголовном процессе // Государство и право. 1996. № 1.
53. Мишин А.А. Власихин В.А. Конституция США: политико-правовой комментарий. М., 1985.
54. Мовчан А.П. Права человека и международные отношения. М., 1982.
55. Мюллерсон Р.А. Права человека: идеи, нормы, реальность. М., 1991.
56. Нечаева А.М. Дети-сироты в России (послеоктябрьский период) // Государство и право. 1993. № 1.
57. Никифоров А.С. США: Закон о контроле над насильственной преступностью // Государство и право. 1996. № 3.
58. Николайчик В.М. США: полицейский контроль над обществом. М., 1987.
59. Николайчик В.М. «Билль о правах» и полицейское расследование. М., 1973.
60. Николайчик В.М. Уголовное правосудие в США. М., 1995.
61. Общая теория прав человека. М., 1996.
62. Олейник О. Правовые проблемы банковской тайны // Хозяйство и право. 1997. № 6.
63. Орзих М.Ф. Личность и право. М., 1975.
64. Паршуткин В. Львова Е. Всегда ли оправданно сохранение тайны усыновления // Российская юстиция. 1999. №3.
65. Петрухин И.Л. Личная жизнь: пределы вмешательства. М., 1989.
66. Петрухин И.Л. Неприкосновенность личности и принуждение в уголовном процессе. М., 1989.
67. Петрухин И.Л. Вам нужен адвокат...: М., 1993.
68. Петрухин И.Л. Личные тайны (человек и власть). М., 1998.

69. Пешков М. Прослушивание и электронное наблюдение в уголовном процессе США // Российская юстиция. 1997. № 4.
70. Права человека в истории человечества и современном мире: Материалы конф., 1986 г./ Отв. ред. Лукашева Е.А. М., 1989.
71. Права человека: проблемы и перспективы / Отв. ред. Лукашева Е.А. М, 1990.
72. Права человека время трудных решений/ Отв. ред. Лукашева Е. А., Славин М.М.-М., 1991.
73. Права человека: новое российское законодательство и международные правовые нормы. М., 1992.
74. Право граждан на информацию и защита неприкосновенности частной жизни: Сборник научных трудов. В 2-х частях / Под ред. В.М.Баранова. Н.Новгород, 1999.
75. Сильнов М.А. Некоторые проблемы рассмотрения в порядке ст. 109 УПК материалов о преступлениях, совершённых в банковской сфере // Правоведение. 2000. № 1. С. 157-161.
76. США. Конституция и права граждан / Отв. ред. И.А. Геевский. М., 1987.
77. Тосунян Г. Защита банковской деятельности: уголовно-правовой аспект // Государство и право. 1995. № 3.
78. Хендрикс А., Хэйден Т., Новик Д.Д. Ваше право на неприкосновенность частной жизни. СПб., 1996.
79. Фабрициус Ф. Права человека и европейская политика. М., 1995.
80. Фатьянов А.А. Тайна как социальное и правовое явление. Её виды // Государство и право. 1998. № 6.
81. Филимонов Б.А. О правовом регулировании и практике прослушивания телефонных переговоров в уголовном процессе Германии // Вестник МГУ. Серия 11. Право. 1991. № 5.
82. Франковски С, Гольдман Р., Лентовска Э. Верховный Суд США о гражданских правах и свободах. Варшава, 1997.
83. Черниченко СВ. Личность и международное право. М., 1974.
84. Шайкенов Н. А. Правовое обеспечение интересов личности. Свердловск, 1990. Эбзеев Б.С. Конституционные основы свободы личности в СССР. Саратов, 1982.
85. Эбзеев Б.С. Советское государство и права человека: Конституц. вопросы. Саратов, 1986.
86. Энтин М.Л. Международные гарантии прав человека: опыт Совета Европы. М., 1997.
87. Янг Уильям Дж. США: суды и средства массовой информации // Российская юстиция. 1996. № 1.

ПРИЛОЖЕНИЯ

БАНКОВСКАЯ ТАЙНА

Федеральный закон «О банках и банковской деятельности» (Извлечение)

Статья 26. Банковская тайна

Кредитная организация, Банк России гарантируют тайну об операциях, о счетах и вкладах своих клиентов и корреспондентов. Все служащие кредитной организации обязаны хранить тайну об операциях, счетах и вкладах ее клиентов и корреспондентов, а также об иных сведениях, устанавливаемых кредитной организацией, если это не противоречит федеральному закону.

Справки по операциям и счетам юридических лиц и граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, выдаются кредитной организацией им самим, судам и арбитражным судам (судьям), Счетной палате Российской Федерации, органам государственной налоговой службы и налоговой полиции, таможенным органам Российской Федерации в случаях, предусмотренных законодательными актами об их деятельности, а при наличии согласия прокурора - органам предварительного следствия по делам, находящимся в их производстве.

Справки по счетам и вкладам физических лиц выдаются кредитной организацией им самим, судам, а при наличии согласия прокурора - органам предварительного следствия по делам, находящимся в их производстве.

Справки по счетам и вкладам в случае смерти их владельцев выдаются кредитной организацией лицам, указанным владельцем счета или вклада в сделанном кредитной организации завещательном распоряжении, нотариальным конторам по находящимся в их производстве наследственным делам о вкладах умерших вкладчиков, а в отношении счетов иностранных граждан - иностранным консульским учреждениям.

Банк России не вправе разглашать сведения о счетах, вкладах, а также сведения о конкретных сделках и об операциях из отчетов кредитных организаций, полученные им в результате исполнения лицензионных, надзорных и контрольных функций, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами.

Аудиторские организации не вправе раскрывать третьим лицам сведения об операциях / о счетах и вкладах кредитных организаций, их клиентов и корреспондентов, полученные в ходе проводимых ими проверок, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами.

За разглашение банковской тайны Банк России, кредитные, аудиторские и иные организации, а также их должностные лица и их работники несут ответственность, включая возмещение нанесенного ущерба, в порядке, установленном федеральным законом.

Банковский кодекс Республики Беларусь от 25 октября 2000 года

№ 441-З (Извлечение)

Статья 122. Банковская тайна

Сведения о счетах и вкладах, в том числе сведения о наличии счета в данном банке, его владельце, номере и других реквизитах счета, размере средств, находящихся на счетах и во вкладах, а равно сведения о конкретных сделках, об операциях по счетам и вкладам, а также имуществе, находящемся на хранении в банке, являются банковской тайной и не подлежат разглашению.

Национальный банк и банки гарантируют соблюдение банковской тайны своих клиентов и банков-корреспондентов.

Служащие Национального банка и банков обязаны хранить банковскую тайну, а также тайну об иных сведениях, устанавливаемых Национальным банком и банками, если это не противоречит законодательству Республики Беларусь

Сведения, составляющие банковскую тайну юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, представляются банком им самим, их представителям при наличии у них соответствующих полномочий, аудиторским организациям (аудиторам), осуществляющим их аудит, а также в случаях, предусмотренных законодательными актами Республики Беларусь:

судам (судьям) по находящимся в их производстве уголовным и гражданским делам;

прокурору,

с санкции прокурора - органам дознания и предварительного следствия по находящимся в их производстве уголовным делам;

органам Комитета государственного контроля Республики Беларусь;

налоговыми таможенными органами

Национальному банку.

Банки обязаны представлять Главному государственному казначейству Министерства финансов Республики Беларусь данные о состоянии счетов республиканских органов государственного управления, а также организаций, использующих средства республиканского и местных бюджетов и государственных целевых бюджетных и внебюджетных фондов.

Сведения, составляющие банковскую тайну физических лиц, за исключением индивидуальных предпринимателей, представляются банком им самим, их представителям при наличии у них соответствующих полномочий, а также в случаях, предусмотренных законодательными актами Республики Беларусь:

органам дознания и предварительного следствия и судам по находящимся в их производстве уголовным делам, по которым в соответствии с законом может быть применена конфискация имущества, а также судам по гражданским делам, вытекающим из уголовных дел;

судам по находящимся в их производстве гражданским делам о взыскании алиментов (при отсутствии заработка или иного имущества, на которое может быть обращено взыскание), либо о разделе имущества, находящегося в совместной собственности супругов, либо о взыскании сумм, полученных в виде займов, и по иным гражданским делам.

Справка по счету и вкладу в случае смерти их владельца выдается банком лицам, указанным владельцем счета или вклада в завещательном распоряжении, нотариальным конторам по находящимся в их производстве наследственным делам, а в отношении счетов иностранных граждан - иностранным консульским учреждениям.

Лица, указанные в настоящей статье, не вправе разглашать иным лицам сведения, составляющие банковскую тайну, если иное не предусмотрено законодательными актами Республики Беларусь.

За противоправное получение и разглашение банковской тайны физические лица, должностные лица и работники государственных органов, банков, аудиторских и иных организаций несут ответственность в порядке, установленном законодательством Республики Беларусь.

ВРАЧЕБНАЯ ТАЙНА

Основы законодательства Российской Федерации об охране здоровья граждан
(Извлечение)

Статья 61. Врачебная тайна

Информация о факте обращения за медицинской помощью, состоянии здоровья гражданина, диагнозе его заболевания и иные сведения, полученные при его обследовании и лечении, составляют врачебную тайну. Гражданину должна быть подтверждена гарантия конфиденциальности передаваемых им сведений.

Не допускается разглашение сведений, составляющих врачебную тайну лицами, которым они стали известны при обучении, исполнении профессиональных, служебных и иных обязанностей, кроме случаев, установленных частями третьей и четвертой настоящей статьи.

С согласия гражданина или его законного представителя допускается передача сведений, составляющих врачебную тайну, другим гражданам, в том числе должностным лицам, в интересах обследования и лечения пациента, для проведения научных исследований, публикации в научной литературе, использования этих сведений в учебном процессе и в иных целях.

Предоставление сведений, составляющих врачебную тайну, без согласия гражданина или его законного представителя допускается:

- 1) в целях обследования и лечения гражданина, не способного из-за своего состояния выразить свою волю;
- 2) при угрозе распространения инфекционных заболеваний, массовых отравлений и поражений;
- 3) по запросу органов дознания и следствия, прокурора и суда в связи с проведением расследования или судебным разбирательством;
- 4) в случае оказания помощи несовершеннолетнему в возрасте до 15 лет для информирования его родителей или законных представителей;
- 5) при наличии оснований, позволяющих полагать, что вред здоровью гражданина причинен в результате противоправных действий.

Лица, которым в установленном законом порядке переданы сведения, составляющие врачебную тайну, наравне с медицинскими и фармацевтическими работниками с учетом причиненного гражданину ущерба несут за разглашение врачебной тайны дисциплинарную, административную или уголовную ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации, республик в составе Российской Федерации.

Закон Республики Беларусь «О здравоохранении» от 18 июня 1993 г. № 2435-XII
(Извлечение)

Статья 56. Обязанность медицинских и фармацевтических работников сохранять профессиональную тайну

Медицинские и фармацевтические работники не имеют права разглашать ставшие им известными в силу исполнения профессиональных обязанностей сведения о болезнях, интимной и семейной жизни граждан.

Сведения о состоянии здоровья больного могут быть сообщены его родственникам, если это обусловлено необходимостью лечения и ухода за больным и не осуществляется против его воли.

Медицинские и фармацевтические работники обязаны сообщать о состоянии здоровья граждан:

органам здравоохранения, дознания и следствия, а также судам по их требованию;

правоохранительным органам при обнаружении, что смерть или телесные повреждения наступили в результате внешних воздействий на организм (имеют насильственный характер). Медицинские и фармацевтические работники не несут ответственности за сообщение сведений, составляющих профессиональную тайну, в процессе расследования и судебного разбирательства уголовных и гражданских дел по требованию дознавателя, следователя, прокурора или судьи (суда).

Закон Республики Татарстан от 18 июня 1998 года № 1659 « Об охране здоровья граждан » (Извлечение)

Статья 58. Врачебная тайна

Информация о факте обращения за медицинской помощью, состоянии здоровья гражданина, диагнозе его заболевания и иные сведения, полученные при его обследовании и лечении, составляют врачебную тайну. Гражданину должна быть подтверждена гарантия конфиденциальности передаваемых им сведений.

Не допускается разглашение сведений, составляющих врачебную тайну, лицами, которым они стали известны при обучении, исполнении профессиональных, служебных и иных обязанностей, кроме случаев, установленных частями третьей и четвертой настоящей статьи.

С согласия гражданина или его законного представителя допускается передача сведений, составляющих врачебную тайну, другим

гражданам, в том числе должностным лицам, в интересах обследования и лечения пациента,- для проведения научных исследований, публикаций в научной литературе, использования этих сведений в учебном процессе и в иных целях.

Предоставление сведений, составляющих врачебную тайну, без согласия гражданина или его законного представителя допускается:

- 1) в целях обследования и лечения гражданина, не способного из-за своего состояния выразить свою волю;
- 2) при угрозе распространения инфекционных заболеваний, массовых отравлений и поражений;
- 3) по запросу органов дознания и следствия, прокурора и суда в связи с проведением расследования или судебным разбирательством;
- 4) в случае оказания помощи несовершеннолетнему в возрасте до 15 лет для информирования его родителей или законных представителей;
- 5) при наличии оснований, позволяющих полагать, что вред здоровью гражданина причинен в результате противоправных действий.

Лица, которым в установленном законом порядке переданы сведения, составляющие врачебную тайну, наравне с медицинскими и фармацевтическими работниками с учетом причиненного гражданину вреда несут за разглашение врачебной тайны ответственность в соответствии с законом.

Закон Саратовской области «О правах пациента» от 14 апреля 1997 года № 21-ЗСО (Извлечение)

Статья 9. Право на конфиденциальность информации

Пациент имеет право на конфиденциальность информации, составляющей врачебную тайну.

С согласия пациента или его представителя сведения, составляющие врачебную тайну, могут быть переданы должностным и иным лицам для дальнейшего его обследования и лечения, а также проведения научных исследований, использования их в учебном процессе. Публикация сведений, составляющих врачебную тайну, использование их при статистическом учете и анализе осуществляется без идентификации личности пациента.

Предоставление сведений, составляющих врачебную тайну, без согласия пациента или его представителей допускается:

- при угрозе распространения инфекционных заболеваний, массовых отравлений и поражений;

- по запросу органов дознания, следствия, прокуратуры и суда в связи с проведением расследования или судебным разбирательством;
- при необходимости оказания экстренной медицинской помощи, если пациент по состоянию здоровья не способен выразить свою волю;
- для информирования родителей или других представителей не совершеннолетнего в возрасте до 15 лет при оказании ему неотложной медицинской помощи без предварительного согласия родителей или других представителей;
- в целях проведения экспертизы качества медицинской помощи, а также при осуществлении финансовых расчетов за оказанную медицинскую помощь в системе обязательного медицинского страхования;
- при оказании медицинской помощи пациенту, пострадавшему от противоправных действий.

Наряду с медицинскими работниками лица, разгласившие медицинскую тайну, несут дисциплинарную, административную или уголовную ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации.

ТАЙНА УСЫНОВЛЕНИЯ

Кодекс Республики Беларусь о браке и семье от 9 июля 1999 г.

№ 278-3 (Извлечения)

Статья 119. Понятие усыновления (удочерения)

Усыновление (удочерение) (далее - усыновление) - основанный на судебном решении юридический акт, в силу которого между усыновителем и усыновленным возникают такие же права и обязанности, как между родителями и детьми. Статья 121. Орган, устанавливающий усыновление

Усыновление производится судом по заявлению лиц (лица), желающих усыновить ребенка, по месту жительства (нахождения) ребенка или по месту жительства усыновителей.

Усыновление иностранными гражданами детей на территории Республики Беларусь производится по их заявлению областными судами по месту жительства (нахождения) усыновляемого ребенка, а в городе Минске - Минским городским судом. Статья 122. Порядок усыновления ребенка.

Рассмотрение дел об усыновлении ребенка производится судом в порядке особого производства по правилам, предусмотренным гражданским процессуальным законодательством Республики Беларусь.

Дела об усыновлении детей рассматриваются судом с обязательным участием самих усыновителей, органов опеки и попечительства, прокурора, а по делам о Международном усыновлении - также с участием Национального центра усыновления.

Для усыновления ребенка необходимо заключение органа опеки и попечительства об обоснованности усыновления и о его соответствии интересам усыновляемого ребенка с указанием сведений о факте личного общения усыновителей (усыновителя) с усыновляемым ребенком.

Порядок передачи детей на усыновление, а также порядок и сроки осуществления контроля за условиями жизни и воспитания детей в семьях усыновителей на территории Республики Беларусь определяются республиканским органом государственного управления, ведающим вопросами образования.

Усыновление считается установленным со дня вступления в законную силу решения суда об усыновлении.

Суд обязан в течение трех дней со дня вступления в законную силу решения суда об усыновлении ребенка направить выписку из этого решения суда в государственный орган, регистрирующий акты гражданского состояния, по месту вынесения решения, а также в орган опеки и попечительства по месту жительства усыновителей либо в Национальный центр усыновления.

Статья 123. Учет детей, подлежащих усыновлению, и лиц, желающих усыновить детей

Учет детей, подлежащих усыновлению, осуществляется в порядке, установленном частями третьей-шестой статьи 117 настоящего Кодекса.

Учет лиц, желающих усыновить детей, в том числе иностранных граждан и лиц без гражданства, осуществляется органами опеки и попечительства и Национальным центром усыновления. Статья 130. Согласие ребенка на усыновление

Для усыновления ребенка, достигшего десяти лет, необходимо его согласие.

Согласие ребенка на усыновление выявляется органом опеки и попечительства консульским учреждением Республики Беларусь или судом при вынесении судебного решения.

Если до подачи заявления об усыновлении ребенок проживал в семье усыновителя и считает его своим родителем, усыновление в виде исключения может быть произведено без получения согласия усыновляемого.

Статья 131. Согласие супруга усыновителя на усыновление ребенка

При усыновлении ребенка одним из супругов требуется согласие другого супруга на усыновление, если ребенок не усыновляется обоими супругами.

Статья 132. Фамилия, собственное имя, отчество усыновляемого ребенка, место и дата его рождения

За усыновленным ребенком сохраняются его собственное имя, отчество и фамилия.

По просьбе усыновителя усыновленному ребенку присваиваются фамилия усыновителя, а также указанное им собственное имя. Отчество усыновленного ребенка определяется по собственному имени усыновителя, если усыновитель мужчина, а при усыновлении ребенка женщиной - по собственному имени лица, указанного ею в качестве отца усыновленного ребенка, за исключением случаев, когда за отцом ребенка сохраняются его права и обязанности в отношении ребенка. Если фамилии супругов-усыновителей различные, по соглашению супругов-усыновителей усыновленному ребенку присваивается фамилия одного из них.

При усыновлении ребенка лицом, не состоящим в браке, по его просьбе фамилия, собственное имя и отчество матери (отца) усыновленного ребенка записываются в книге записей актов о рождении по указанию усыновителя.

Изменение фамилии, собственного имени и отчества усыновленного ребенка, достигшего десяти лет, может быть произведено только с его согласия, за исключением случаев, предусмотренных частью третьей статьи 130 настоящего Кодекса.

Для обеспечения тайны усыновления и в интересах ребенка по просьбе усыновителей могут быть изменены дата рождения усыновленного ребенка, но не более чем на один год, а также место его рождения в пределах Республики Беларусь.

Об изменении фамилии, собственного имени, отчества, даты и (или) места рождения усыновленного ребенка указывается в решении суда о его усыновлении.

Статья 133. Запись усыновителей в качестве родителей усыновленного ребенка

По просьбе усыновителей суд может, принять решение о записи усыновителей в книге записей актов о рождении в качестве родителей усыновленного ими ребенка.

Запись деда или бабушки при усыновлении ребенка в качестве родителя возможна только в случае, если их ребенок не записан в качестве другого родителя этого ребенка.

Для совершения такой записи в отношении усыновленного ребенка, достигшего возраста десяти лет, необходимо его согласие, за исключением случаев, предусмотренных частью третьей статьи 130 настоящего Кодекса.

О необходимости совершения такой записи указывается в решении суда об усыновлении ребенка. Статья 136. Тайна усыновления

Тайна усыновления ребенка охраняется законом.

Суд, вынесший решение об усыновлении ребенка, должностные лица, осуществившие государственную регистрацию усыновления, а также лица, иным образом осведомленные об усыновлении, обязаны сохранять тайну усыновления ребенка.

Сообщать какие-либо сведения, а также выдавать копии решения суда и выписки из книг регистрации актов гражданского состояния, из которых было бы видно, что усыновители не являются кровными родителями усыновленного, без согласия усыновителей, а в случае их смерти - без согласия органов опеки и попечительства запрещается,

Лица, указанные в части первой настоящей статьи, разгласившие тайну усыновления ребенка против воли его усыновителей, привлекаются к ответственности в порядке, установленном законодательством Республики Беларусь.

Усыновленный ребенок по достижении совершеннолетия вправе получить от органов, осуществляющих функции опеки и попечительства, а также от суда сведения, касающиеся его усыновления.

АДВОКАТСКАЯ ТАЙНА

Закон Республики Башкортостан от 29 февраля 1992 года № ВС-10/35 «Об адвокатуре» (Извлечение)

Статья 14. Предмет адвокатской тайны

Предметом адвокатской тайны является сам факт обращения клиента к помощи адвоката, вопросы, по которым клиент обратился за помощью, суть консультаций, советов и разъяснений, полученных клиентом и подзащитным от адвоката, и все иные сведения, касающиеся содержания бесед адвоката с клиентом.

Адвокат и его помощник, должностные лица и технические работники не имеют права разглашать сведения, составляющие предмет адвокатской тайны, и использовать эти сведения в интересах третьих лиц. Сведения, составляющие предмет адвокатской тайны, не могут быть использованы в качестве доказательств в гражданском и уголовном процессах.

Закон Республики Калмыкия - Хальмг Тангч от 30 марта 1993 года № 95-IX « Об адвокатуре»

Статья 20. Предмет адвокатской тайны

Предметом адвокатской тайны является сам факт обращения клиента к помощи адвоката, круг вопросов, по которым он обратился за помощью, консультации, советы, разъяснения, полученные им и подзащитным от адвоката, все иные сведения, полученные адвокатом в беседе с клиентом и подзащитным.

ПЕРСОНАЛЬНЫЕ ДАННЫЕ

1. Перечень сведений конфиденциального характера (Утвержден Указом Президента Российской Федерации от 6 марта 1997 г. №188)
2. Сведения о фактах, событиях и обстоятельствах частной жизни гражданина, позволяющие идентифицировать его личность (персональные данные), за исключением сведений, подлежащих распространению в средствах массовой информации в установленных федеральными законами случаях.
3. Сведения, составляющие тайну следствия и судопроизводства.
4. Служебные сведения, доступ к которым ограничен органами государственной власти в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации и федеральными законами (служебная тайна).
5. Сведения, связанные с профессиональной деятельностью, доступ к которым ограничен в соответствии с Конституцией Российской Федерации и федеральными законами (врачебная, нотариальная, адвокатская тайна, тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых отправлений, телеграфных или иных сообщений и так да лее).
6. Сведения, связанные с коммерческой деятельностью, доступ к которым ограничен в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации и федеральными законами (коммерческая тайна).

6. Сведения о сущности изобретения, полезной модели или промышленного образца до официальной публикации информации о них.

Проект Федерального закона «Об информации персонального характера» (Извлечения)

Статья 1. Задачи Федерального закона

Задачами настоящего Федерального закона являются:

регулирование отношений по защите прав и свобод личности в отношении ее персональных данных и по защите этих данных в процессе их использования;

определение условий законности работы с персональными данными;

установление порядка формирования массивов персональных данных федеральными органами государственной власти, органами государственной власти субъектов Российской Федерации, органами местного самоуправления, юридическими и физическими лицами;

определение прав и обязанностей субъектов персональных данных и держателей (обладателей) массивов персональных данных;

установление форм государственного регулирования и порядка работы с персональными данными, а также условий обеспечения их сохранности;

определение правового статуса Уполномоченного по правам субъектов персональных данных при Президенте Российской Федерации. Статья 3. Термины и их определения

Для целей настоящего Федерального закона применяются следующие основные термины и определения:

Персональные данные - зафиксированная на материальном носителе информация о конкретном человеке, отождествленная с конкретным человеком или которая может быть отождествлена с конкретным человеком, позволяющая идентифицировать этого человека прямо или косвенно, в частности посредством ссылки на идентификационный номер или на один или несколько факторов, специфичных для его физической, психологической, ментальной, экономической, культурной или социальной идентичности.

К персональным данным относятся: биографические и опознавательные данные, личные характеристики, сведения о семейном положении, социальном положении, образовании, навыках, профессии, служебном положении, финансовом положении, состоянии здоровья и прочее.

Перечень персональных данных - список категорий данных об одном субъекте, собираемых держателем (обладателем) массива персональных данных.

Массив персональных данных - упорядоченная и организационная совокупность персональных данных неопределенного числа субъектов персональных данных, независимо от вида материального носителя информации и используемых средств из обработки (архивы, картотеки, электронные базы данных и т.п.).

Режим конфиденциальности персональных данных - нормативно установленные правила, определяющие ограничения доступа, передачи и условия хранения персональных данных.

Материальный носитель - материальные объекты, в том числе физические поля, на которых или в которых отображаются персональные данные в виде символов, образов и сигналов.

Субъект персональных данных (субъект) - человек, к которому относятся соответствующие персональные данные.

Держатель (обладатель) массива персональных данных (держатель(обладатель)) - федеральные органы государственной власти, органы государственной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления юридические или физические лица, осуществляющие работу с массивами персональных данных на законных основаниях.

Работа держателя (обладателя) с персональными данными - любые действия, выполняемые с персональными данными: сбор, запись, организация, накопление, хранение, актуализация или изменение, извлечение, группировка, использование, передача, обезличивание и уничтожение персональных данных - стирание или разрушение и т.п.

Третье лицо - любое физическое или юридическое лицо, орган государственной власти или местного самоуправления кроме субъекта персональных данных, держателя (обладателя) массива персональных данных, Уполномоченного по правам субъектов персональных данных при Президенте Российской Федерации, и лиц, которые уполномочены обрабатывать данные с прямой санкции держателя (обладателя) массива персональных данных.

Получатель персональных данных (получатель) - физическое или юридическое лицо, орган государственной власти или местного самоуправления, которому раскрываются данные на основании заключаемого договора, являющееся или не являющееся третьей стороной.

Орган государственной власти, получающий персональные данные по служебному запросу в порядке служебного обмена данными, не должен считаться Получателем

Сбор персональных данных - документально оформленная процедура получения на законных основаниях персональных данных держателем (обладателем) массива персональных данных от субъектов этих данных либо из других источников в соответствии с действующим законодательством

Согласие субъекта данных - свободно данное конкретное и сознательное указание о своей воле, в том числе письменно подтвержденное, которым субъект данных оповещает о своем согласии на проведение работы с его персональными данными.

Передача персональных данных - предоставление держателем (обладателем) персональных данных третьим лицам в соответствии с принципами настоящего Федерального закона.

Трансграничная передача персональных данных - передача персональных данных держателем (обладателем) лицам, находящимся под юрисдикцией других государств.

Актуализация персональных данных - оперативное внесение изменений в персональные данные в соответствии с процедурами, установленными действующим законодательством.

Блокирование персональных данных - временное прекращение актуализации, передачи, использования и уничтожения персональных данных.

Уничтожение (стирание или разрушение) персональных данных - действия держателя (обладателя) персональных данных, не позволяющие восстановить содержание персональных данных.

Обезличивание персональных данных - изъятие из персональных данных той их части, которая позволяет отождествить их с конкретным человеком. Статья 4. Основные принципы работы с персональными данными

1. Персональные данные должны быть получены и обработаны добросовестным и законным образом.

2. Персональные данные должны собираться для точно определенных объявленных и законных целей, не использоваться в противоречии с этими целями и в дальнейшем не обрабатываться каким-либо образом, несовместимым с данными целями.

3. Персональные данные должны соответствовать целям, для которых они собираются и обрабатываются, и не быть избыточными в отношении этих целей.

4. Персональные данные должны быть точными, т.е. не допускать ошибок и искажений в сведениях о личности, и в случае необходимости обновляться.

5. Персональные данные должны храниться не дольше, чем этого требуют цели, для которых они накапливались, и подлежат уничтожению по достижении целей или минованию надобности в них.

Для персональных данных, сохраняемых более длительные сроки в исторических или иных целях, должны быть установлены необходимые гарантии обеспечения их защиты.

6. Не допускается объединение массивов персональных данных, собранных держателями (обладателями) в разных целях. Статья 8. Специальные категории персональных данных

1. Сбор, накопление, хранение и использование персональных данных, раскрывающих расовое или этническое происхождение, национальную принадлежность, политические взгляды, религиозные или философские убеждения, а также касающихся состояния здоровья и сексуальных наклонностей, исключительно в целях выявления этих факторов, не допускаются.

2. Часть 1 статьи не применяется в случаях:

если субъект персональных данных дал свое явное согласие на сообщение и обработку таких данных;

если обработка необходима для защиты жизненно важных интересов субъекта данных, иного лица или соответствующей группы лиц;

если обработка осуществляется с надлежащими гарантиями специальной некоммерческой организацией в ходе ее законной деятельности в политических, философских или религиозных целях и относится исключительно к членам соответствующей организации или лицам, имеющим регулярный контакт с нею в связи с ее целями, и при условии, что данные не раскрываются третьим лицам без согласия субъектов данных;

если обработка касается данных, которые явно сделаны общедоступными субъектом данных, или она необходима для осуществления действий в связи с судебными исками;

если обработка данных требуется в целях превентивной медицины, медицинского диагноза, а также, если данные необходимы лицу, профессионально занимающемуся медицинской либо иной соответствующей деятельностью и обязанному согласно действующему законодательству сохранять профессиональную тайну.

Статья 11. Предоставление персональных данных

1. Субъект персональных данных самостоятельно решает вопрос о предоставлении кому-либо любых своих персональных данных за исключением случаев, предусмотренных статьей 18 настоящего Федерального закона.

Персональные данные предоставляются субъектом лично либо через доверенное лицо.

2. В целях реализации своих прав и свобод субъект предоставляет данные в объеме, определяемом законодательством, а также сведения об их изменениях в соответствующие федеральные органы государственной власти, органы государственной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления, имеющие право на работу с персональными данными в пределах их компетенции.

3. Перед предоставлением своих персональных данных субъект должен быть ознакомлен держателем (обладателем) массива персональных данных с перечнем собираемых данных, основаниями и целями их сбора и использования, с возможной передачей персональных данных третьим лицам, а также информирован об ином возможном использовании персональных данных.

Статья 12. Доступ субъекта к своим персональным данным

1. Субъект персональных данных имеет право знать о наличии у держателя (обладателя) относящихся к себе персональных данных и иметь к ним доступ. Право на доступ может быть ограничено только в случаях, предусмотренных статьей 18 настоящего Федерального закона.

2. Информация о наличии и содержании персональных данных субъекта должна быть выдана ему держателем (обладателем) массива персональных данных в общедоступной документированной форме, четко и ясно выраженная и не должна содержать персональных данных, относящихся к другим субъектам.

3. Предоставление персональных данных их субъектам производится на основании письменного запроса субъекта и документа, удостоверяющего его личность, за плату, не превышающую затраты на поиск и выдачу информации.

Информация о наличии персональных данных и сами персональные данные предоставляются субъекту данных в срок, не превышающий недели с момента подачи заявления.

4. Субъект персональных данных имеет право также знакомиться с документами, содержащими сведения персонального характера о нем.

Статья 14. Блокирование и снятие блокирования персональных данных

В случае, если субъект персональных данных выявляет их недостоверность или оспаривает правомерность действий в отношении его персональных данных, он вправе потребовать от держателя (обладателя) заблокировать эти данные. Блокирование и снятие блокирования персональных данных осуществляется в соответствии со статьей 22 настоящего Федерального закона. Статья 25. Обезличивание персональных данных

Для проведения статистических, социологических, исторических, медицинских и других научных и практических исследований держатель (обладатель) массива персональных данных осуществляет обезличивание используемых данных, придавая им форму анонимных сведений. При этом режим конфиденциальности, установленный для персональных данных, снимается. Обезличивание должно исключать возможность идентификации субъекта персональных данных.

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие.....	3
1. Понятие права на неприкосновенность частной жизни	7
Нормативное закрепление права на неприкосновенность частной жизни	7
Неприкосновенность частной жизни как предмет правового регулирования	14
Право на личную и семейную тайну	34
Структура права на неприкосновенность частной жизни	42
Понятие частной жизни	58
Конституционные ограничения права на неприкосновенность частной жизни	81
Право на неприкосновенность частной жизни и право на жизнь	92
Право на неприкосновенность частной жизни лиц, состоящих на публичной службе и свобода слова	104
К вопросу о методологии изучения права на неприкосновенность частной жизни	117
2. Правовое регулирование общественных отношений при сборе и обработке информации частной жизни гражданина.....	128
Тайна переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, как объект правовой охраны в системе права на неприкосновенность частной жизни	128
Частная жизнь и право на получение информации.....	161
4. Юридический механизм реализации права на неприкосновенность частной жизни	184
Понятие и система гарантий права на неприкосновенность частной жизни	184
Банковская тайна	195
Врачебная тайна	212
Тайна нотариального действия	241
Адвокатская тайна	254
Тайна усыновления	268
Тайна исповеди	276
Заключение	283
Список рекомендуемых источников	288
Приложения	292