

РЕЗУЛЬТАТЫ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ НЕ МОГУТ СТАТЬ СОДЕРЖАНИЕМ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

© 2013 г. Евгений Афанасьевич Доля¹

Краткая аннотация: в статье рассматривается проблема использования в доказывании по уголовным делам результатов оперативно-розыскной деятельности (далее – результатов ОРД). На основе анализа господствующего в теории и на практике представления, в соответствии с которым результаты ОРД могут стать содержанием доказательств, показывается методологическая несостоятельность данного представления, ошибочность приводимых в его обоснование аргументов, обращается внимание на негативные последствия, к которым может привести реализация этого представления на практике. Обосновывается идея формирования доказательств на основе результатов ОРД.

Annotation: this article is examined the problem of usage in criminal cases provident the results of operative search activity (OSA). Based on analysis of the ruling in the theory and practice of representation, according to which the results of the OSA may be the content of the evidence shows the methodological inconsistency of this view, the fallacy driven by its base arguments, and draws attention the negative consequences that may result from the implementation of this view in practice. Also, the idea of forming the basis of the evidence in the OSA substantiates in this article.

Ключевые слова: результаты оперативно-розыскной деятельности, доказательства, доказывание, формирование доказательств на основе результатов ОРД.

Key word: the results of the OSA, evidence, proof, proving, forming of evidence based on the OSA results.

В теории и практике уголовного судопроизводства остается дискуссионной проблема использования в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности (ОРД). От ее решения зависит возможность признания или непризнания за указанными результатами доказательственного значения, надлежащая система гарантий обеспечения прав, свобод и законных интересов личности, общества и государства в уголовном судопроизводстве. Особую остроту рассматриваемой проблеме придает то обстоятельство, что законодатель сделал шаг в направлении признания за результатами ОРД значения доказательств², ступив тем самым на опасный путь создания особого, льготного режима их использования в доказывании, подмены доказательств указанными результатами, сращивания оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности³.

В настоящее время в теории уголовного процесса и оперативно-розыскной деятельности, на практике господствует представление, согласно которому результаты ОРД могут при определенных условиях стать содержанием уголовно-процессуальных доказательств. Именно оно лежит в основе целого ряда концепций, авторы которых исходят из возможности использования результатов ОРД в доказывании напрямую (признавая их в качестве доказательств) либо косвенным путем посредством их легализации, трансформации, преобразования, интерпретации, придания уголовно-процессуальной формы⁴.

Анализ данных концепций показывает, что независимо от того, как в них предлагается ис-

¹ Профессор Академии ФСБ России, кандидат юридических наук, доцент.

² Речь идет о дополнениях п. 1 ч. 1 ст. 15 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» от 12 августа 1995 г. Указанные дополнения внесены Федеральным законом от 26 декабря 2008 г.

³ На необходимость проведения четкой грани между процессуальной и непроцессуальной деятельностью обращалось внимание в пояснительной записке к Концепции судебной реформы в РСФСР (см.: Концепция судебной реформы в Российской Федерации / Сост. С.А. Пашин. М., 1992. С. 22).

⁴ См.: Бедняков Д.И. Непроцессуальная информация и расследование преступлений. М., 1991. С. 67; Шейфер С.А. Доказательственные аспекты закона об оперативно-розыскной деятельности // Гос. и право. 1994. № 1. С. 98; Зинкин В.К. Оперативно-розыскная деятельность как система добывания и собирания уголовно-процессуальных доказательств. Учебн. пос. Кемерово, 2000. С. 47; Поляков М.П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности / Под науч. ред. В.Т. Томина. Н. Новгород, 2001. С. 220, 224–226, 233–235; Черновол В. Использование результатов ОРД при расследовании нарушений авторских и смежных прав // Законность. 2001. № 3; Бозров В. Результатам оперативно-розыскной деятельности – статус доказательств в уголовном процессе // Росс. юстиция. 2004. № 4. С. 46–48; Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. СПб., 2006. С. 353, 354, 438.

пользовать результаты ОРД, их существо остается одним и тем же – признание за результатами ОРД доказательственного значения⁵. В итоге эти результаты отождествляются с доказательствами. Существует и иной взгляд на решение рассматриваемой проблемы. В соответствии с ним результаты ОРД могут послужить лишь основой для формирования доказательств в уголовном процессе, но сами по себе доказательствами не являются⁶.

Наличие различных точек зрения, дискуссии по данной проблеме следует рассматривать как этап на пути к ее правильному решению. Чтобы полемика была плодотворной, спорящие стороны должны быть последовательными в своих суждениях, анализировать доводы оппонентов, приводить аргументы, подтверждающие правильность их позиции и опровергающие доводы оппонентов, не подменять тезиса в споре. В противном случае дискуссия окажется малопродуктивной, не будет способствовать решению проблемы.

Одним из сторонников точки зрения, согласно которой результаты ОРД могут стать содержанием уголовно-процессуальных доказательств, является В.И. Зажицкий⁷. Изложенная в его статье позиция сама по себе не является оригинальной, в связи с чем на ней можно было бы и не останавливаться. Однако содержащаяся в статье аргументация и тяжесть тех негативных последствий, к которым может привести реализация в законе и практике судопроизводства разделяемой и отстаиваемой в ней идеи (оперативные данные могут при определенных условиях стать содержанием доказательств), не позволяет оставить ее без внимания. Необходимость продолжения дискуссии обусловлена и тем, что рассматриваемая проблема не только не утратила своей актуальности, но приобрела особую остроту, что значительная часть критических замечаний, содержащихся в указанной публикации, направлена на опровержение концепции формирования доказательств

на основе результатов ОРД, обоснованной автором настоящей статьи.

Продолжение дискуссии в таком ключе соответствует требованию объективности. Из него автор настоящей статьи исходил и в своих прежних работах. В связи с этим нельзя признать обоснованным замечание оппонента относительно научной необъективности автора настоящей статьи, поскольку “он критикует не автора, который первым высказал данное положение, а другого автора, который согласился с ним и использовал в своих научных работах”⁸. Его можно было бы и принять, если бы не ряд обстоятельств. Оппонент не только полностью согласился с самой идеей того, что оперативные данные при определенных условиях могут стать содержанием доказательств, не просто использовал ее в своих работах, но и попытался дать ей обоснование, развить ее. При этом изложение и аргументацию своей позиции он осуществлял в полемике с автором настоящей статьи⁹.

Согласно разделяемой и отстаиваемой оппонентом точке зрения сведения, полученные в ходе осуществления оперативно-розыскных мероприятий, “при определенных условиях... могут стать содержанием некоторых видов доказательств”¹⁰. В данном вопросе он исходит из положения, сформулированного в свое время В.Я. Дороховым. В качестве условий, при которых указанные сведения могут стать содержанием доказательств, В.Я. Дорохов называл: относимость сведений к уголовному делу; их допущение в уголовный процесс в установленной законом форме – получение только из законных источников; вступление в уголовный процесс в установленном законом порядке для каждого вида доказательств¹¹.

Признание В.И. Зажицким возможности того, что оперативные данные при определенных условиях могут стать содержанием доказательств,

⁸ См.: там же. С. 65.

⁹ См.: *Зажицкий В.И.* Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. С. 347, 348, 354–356.

¹⁰ См.: *Зажицкий В.И.* Об использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 65.

¹¹ См.: *Дорохов В.Я.* Общее понятие доказательства в советском уголовном процессе. М., 1981. С. 425, 426. Ссылаясь на В.Я. Дорохова, оппонент допускает неточность. В.Я. Дорохов не утверждал, что сведения, полученные оперативным путем, могут стать содержанием только некоторых видов доказательств. Этот вывод принадлежит В.И. Зажицкому. Показательно, что в его монографии, вышедшей в свет в 2006 г., такого ограничения при ссылке на В.Я. Дорохова не содержится (см.: *Зажицкий В.И.* Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве. Теория и практика. С. 358).

⁵ Подробнее об этом см.: *Доля Е.А.* Анализ наиболее распространенных концепций по проблеме использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам. Современная Россия: реалии и перспективы. Научные труды ИМПЭ им. А.С. Грибоедова. М., 2004. С. 147–161; *Его же.* Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности. М., 2009. С. 236–278.

⁶ См.: *Доля Е.А.* Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. М., 1996. С. 35, 36, 64, 90; *Его же.* Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности.

⁷ См.: *Зажицкий В.И.* Об использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности // *Гос. и право.* 2010. № 7. С. 61–71.

обусловлено его представлением о происхождении доказательств. Согласно этому представлению “при производстве следственных действий сведений никто не может порождать или создавать. Они существуют объективно, как результат взаимодействия преступления и связанных с ним обстоятельств с окружающим материальным миром”¹². Полагаем, что данное объяснение строится на ошибочной посылке объективного существования сведений, которые “никто не может порождать или создавать”.

Вопреки приведенному мнению результатом “взаимодействия преступления и связанных с ним обстоятельств с материальным миром” являются не сведения, а следы преступления. Поэтому именно следы, а не сведения о них существуют объективно, как результат взаимодействия преступления с окружающим миром. Исходить из объективного существования сведений значит приписывать действительности свойства, которыми она не обладает, а следовательно, и обрекать себя на неизбежные ошибки в последующих умозаключениях об этой действительности, ее законодательном регулировании и практических действиях по оперированию с ней¹³.

Предполагая объективное существование сведений, автор допускает методологическую ошибку, отождествляя сведения о следах преступления с самими следами преступления. Указанное отождествление прямо следует из его утверждения о том, что “в ходе следственных действий никакие сведения (следы преступления) никем не создаются и не формируются”¹⁴. А поскольку

сведения существуют объективно, то следовательно остается их лишь обнаружить, извлечь и зафиксировать в материалах уголовного дела. Именно таким образом оппонент объясняет происхождение доказательств, утверждая, что “в ходе следственных действий... сведения (следы преступления)... с помощью соответствующих процессуальных правил и способов обнаруживаются, извлекаются из материальных носителей и фиксируются”¹⁵.

Данное объяснение полностью соответствует логике В.И. Зажицкого, но в силу того, что ее автор, как представляется, исходит из ложной посылки, оно противоречит логике бытия и является ошибочным. При рассуждении таким механистическим образом¹⁶ из поля зрения ускользает важнейшее обстоятельство, согласно которому “обнаружить, извлечь” можно только то, что уже существует. Событие преступления не порождает доказательств. Они не существуют сами по себе в объективной действительности, поэтому “обнаружить и извлечь” их “из материальных носителей” невозможно. Преступление, отражаясь в окружающей действительности, порождает лишь соответствующие следы. На их основе в ходе производства следственных и судебных действий формируются доказательства (относимые к уголовному делу и допустимые сведения).

¹⁵ Там же. С. 352, 353. Следует отметить, что приведенное объяснение происхождения доказательств господствует в теории и практике и, как правило, не ставится под сомнение.

¹⁶ На неоправданное упрощение оппонентом происхождения доказательств обращал внимание С.А. Шейфер (см.: Шейфер С.А. Формирование доказательств по уголовному делу – реальность доказательственной деятельности или “научная фантазия”? // Росс. юстиция. 2009. № 4. С. 48).

При отстаивании занимаемой позиции по рассматриваемой проблеме оппонент ссылается на довольно простой и понятный, по его мнению, принцип Оккама (“Не умножай сущностей сверх необходимого!”) (см.: Зажицкий В.И. Трудности представления результатов оперативно-розыскной деятельности властным участникам уголовного судопроизводства остаются // Росс. юстиция. 2008. № 2. С. 52). Однако вся приводимая оппонентом аргументация не опровергает необходимости усложнения взгляда на процесс образования (формирования) доказательств. Усложнение в данном случае обусловлено фундаментальными причинами: учетом особенностей содержания и формы образов, формируемых и используемых в уголовно-процессуальной деятельности. Именно этот подход к пониманию происхождения доказательств и существу процесса доказывания позволяет выйти на более высокий уровень теоретического осмысления доказательства и всего процесса доказывания и их соответствующего правового регулирования, о котором в свое время писал В.Я. Дорохов (см.: Дорохов В.Я. Общее понятие доказательства в советском уголовном процессе. М., 1981. С. 10).

¹² Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. С. 351; *Его же*. Понятие использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам // Проблемы формирования уголовно-розыскного права (Актуальные вопросы обнаружения преступлений с помощью негласных возможностей). Вневедомственный сб. науч. работ / Под ред. А.Ю. Шумилова. Вып. 3. М., 2000. С. 62.

¹³ Наглядным примером подобного рода ошибки может служить реализуемая В.И. Зажицким попытка теоретического обоснования необходимости признания объективного существования “источников осведомленности”, введения понятия “источники осведомленности” в законодательство и практику доказывания по уголовным делам (см.: Зажицкий В.И. Источники осведомленности в уголовно-процессуальном доказывании // Сов. юстиция. 1983. № 8. С. 6–8). Критический анализ данного предложения см.: Доля Е.А. К вопросу об источниках осведомленности в уголовно-процессуальном доказывании (Мифы и реальность) // Росс. юстиция. 2009. № 4. С. 59–62.

¹⁴ См.: Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве. Теория и практика. С. 352.

Содержание реального процесса происхождения доказательств подтверждает правильность идеи их формирования и необходимость замены термина “собираение доказательств” термином “формирование доказательств”. Использование в теории, законодательстве и на практике термина “собираение доказательств” порождает иллюзию объективного существования доказательств и отчасти объясняет господствующее в уголовном судопроизводстве механистическое, искажающее реальный процесс образования доказательств представление о возможности их собирания. При пользовании термином “собираение доказательств” затеняется и упускается главное в образовании доказательств – идея движения, развития чувственного познания от незнания к знанию, перехода, “скачка” при производстве следственных и судебных действий от фактов и обстоятельств, свойств и состояний предметов к сведениям о них, т.е. к доказательствам.

Отождествление сведений о следах преступления со следами преступления (по сути, доказательств со следами) привело оппонента к искажению взглядов В.Я. Дорохова на понимание доказательства. Так, по мнению В.И. Жажицкого, В.Я. Дорохов при определении понятия доказательства исходил из сформулированного в теории отражения положения, согласно которому “под фактическими данными следует понимать идеальные и материальные следы, которые отразились в реальной действительности в результате совершения преступления”¹⁷. В теории отражения нет положения, согласно которому “под фактическими данными следует понимать идеальные и материальные следы”. Такого положения не придерживался В.Я. Дорохов, который был противником отождествления следов со сведениями об этих следах (фактическими данными). В отличие от В.И. Жажицкого под фактическими данными он понимал сведения о фактах, а не сами факты¹⁸.

Разделяемое оппонентом понимание происхождения доказательств дает о себе знать при попытке его применения к образованию таких видов доказательств, как показания обвиняемого и подозреваемого, показания свидетеля и потерпевшего. Только обладая незаурядной фантазией, можно представить, из каких “материальных носителей”, с помощью каких “процессуальных правил и спо-

собов обнаруживаются” и как “извлекаются” при производстве следственных и судебных действий сведения, образующие, например, содержание показаний обвиняемых и подозреваемых, показаний свидетелей и потерпевших. Возможно, именно поэтому оппонент и не конкретизировал данную трактовку происхождения доказательств применительно не только к указанным, но и к другим видам доказательств, ограничиваясь лишь общей ссылкой на их “обнаружение и извлечение из материальных носителей”.

Механистическое, искаженное представление о происхождении сведений, их отождествление со следами преступления проявляются и в объяснении оппонентом того, как оперативные данные могут стать содержанием доказательств. По мнению В.И. Жажицкого, “поскольку об объективном существовании определенных фактических данных как следов преступления становится известно в ходе осуществления оперативно-розыскной деятельности, вполне очевидно, что ее результаты при соответствующих условиях могут стать содержанием конкретных видов доказательств”¹⁹.

Полагаем, то, что очевидно для оппонента, в действительности очевидным не является. Автор в своих работах не отвечает на вопрос, каким образом оперативные данные, зафиксированные в материалах дела оперативного учета, известные оперативному работнику, становятся содержанием доказательств. На данный вопрос возможны только два варианта ответа. При первом – следователь, ознакомившись с оперативными данными, сосредоточенными в деле оперативного учета, отражает их в протоколе соответствующего следственного действия, в результате чего они становятся содержанием доказательств. При втором – оперативные данные могут стать содержанием доказательств, если, например, в ходе допроса свидетеля, ранее опрошенного оперативным работником, следователь будет выяснять у свидетеля не то, что ему известно о значимых для уголовного дела фактах и обстоятельствах, а то, какие сведения он сообщил оперативному работнику. Именно такую направленность допроса в качестве свидетеля лица, опрошенного ранее оперативным работником, признает оппонент, отмечая, что “в данном случае следователь... ориентируется на сведения, полученные этим должностным

¹⁷ Жажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве. Теория и практика. С. 325.

¹⁸ См.: Дорохов В.Я. Понятие доказательства // В кн. Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973. С. 198.

¹⁹ Жажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве. Теория и практика. С. 353. И в данном случае оппонент отождествляет сведения о преступлении (фактические данные) со следами преступления.

лицом в результате такого оперативно-розыскного мероприятия, как опрос”²⁰.

Указанные сведения могут учитываться следователем, но не в деятельности по осуществлению доказывания. Эти сведения не должны влиять на содержание процесса доказывания в целом и на содержание свидетельских показаний, исходящих на допросе от ранее опрошенного лица, в частности. Содержание показаний свидетеля должно формироваться только под воздействием требований уголовно-процессуального закона и исходя из сведений, сообщаемых свидетелем на допросе. Формируя свидетельские показания, следователь обязан опираться на сведения, полученные от допрашиваемого на допросе, а не ориентироваться на сведения, сообщенные ранее данным лицом оперативному работнику в ходе опроса. Ориентироваться на оперативные данные (результаты опроса) следователь может, но не в процессе доказывания (формирования показаний свидетеля, построения на их основе соответствующих выводов), а только за его пределами, например при использовании их в качестве оснований для вызова и допроса свидетеля, определении тактики его допроса, методики расследования.

Оба приведенных выше варианта объяснения того, как оперативные данные могут стать содержанием доказательств, не имеют ничего общего ни с действующим уголовно-процессуальным законодательством, регулирующим производство следственных действий, ни с тем, как в действительности происходит образование доказательств.

При производстве следственных действий следователь руководствуется не требованиями нормативных актов, которые обязательны для оперативного работника, осуществляющего оперативно-розыскные мероприятия, а соответствующими требованиями уголовно-процессуального закона. В частности, он исходит из диспозиции ст. УК РФ, по которой возбуждено уголовное дело, требований, предъявляемых к обстоятельствам, подлежащим доказыванию по уголовным делам, к доказательствам, соответствующим видам доказательств. Им принимаются во внимание и обстоятельства расследуемого уголовного дела, и совокупность доказательств, имеющих на момент производства того или иного следственного действия, и многие другие факторы, которые не учитывает и не может учесть оперативный работник, осуществляющий оперативно-розыскные

мероприятия чаще всего еще до возбуждения уголовного дела.

Оппонент не объясняет, каким образом при производстве следственных действий (и оперативно-розыскных мероприятий) происходит переход, “скачок” от значимых фактов и обстоятельств, свойств и состояний предметов, следов к сведениям о них. Данного перехода в трактовке происхождения доказательств (оперативных данных)²¹, в отстаиваемой им позиции нет в силу признания объективного существования сведений, которые при производстве следственных действий, по его мнению, никто не создает из-за их объективного существования.

Следователь на основе осуществленного им самим в рамках производства следственных действий непосредственного (например, при осмотре) или опосредствованного (при допросе) восприятия могущих иметь значение для уголовного дела фактов и обстоятельств формирует в своем сознании их мысленные образы, сведения о которых и образуют доказательства. Содержание доказательств составляют не сведения о мысленных образах, значимых для дела оперативного учета фактов и обстоятельств, образованных в сознании оперативного работника в ходе оперативно-розыскных мероприятий, а иные сведения – сведения о мысленных образах фактов и обстоятельств, значимых для уголовного дела, сформированных в сознании следователя при производстве следственных действий.

Данное положение в полной мере распространяется и на приводимые оппонентом случаи допроса следователем оперативного работника в качестве свидетеля относительно обстоятельств, воспринятых им в рамках проведенных оперативно-розыскных мероприятий²². Содержание свидетельских показаний вопреки мнению оппонента при этом образуют не сведения, зафиксированные оперативным работником в соответствующих оперативно-служебных документах, а сведения о тех мысленных образах (значимых для уголовного дела фактов и обстоятельств), которые сформировались в сознании следователя на основе сведений, сообщенных оперативным работником при его допросе в качестве свидетеля.

На наш взгляд, оппонент не различает мысленные образы, создаваемые в сознании опера-

²⁰ *Зажичкий В.И.* Об использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 66.

²¹ О происхождении оперативных данных (оперативной информации) см.: *Доля Е.* Оперативная информация: происхождение и соотношение с доказательствами // *Законность*. 2012. № 10. С. 46–51.

²² См.: *Зажичкий В.И.* Об использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 65, 66.

тивного работника при проведении оперативно-розыскных мероприятий, и мысленные образы, формируемые в сознании следователя в ходе допроса указанного оперативного работника в качестве свидетеля. Несмотря на то что и в первом, и во втором случаях в основе мысленных образов лежит непосредственное восприятие оперативным работником в рамках проведенного оперативно-розыскного мероприятия одних и тех же фактов и обстоятельств, это разные мысленные образы. Они формируются в сознании разных субъектов познания (соответственно, оперативного работника и следователя) в условиях действия различных пространственно-временных и правовых факторов. Поэтому оперативные данные отражают содержание мысленных образов, сформированных в сознании оперативного работника в рамках проведенных оперативно-розыскных мероприятий. Доказательства отражают содержание мысленных образов, сформированных в сознании следователя в рамках следственных действий. В связи с этим и в настоящее время представляется крайне актуальным не только для уголовно-процессуальной, но и для всех видов правовой деятельности вывод В.Я. Дорохова, согласно которому “глубиной познания и учета особенностей содержания и формы образов, используемых в уголовно-процессуальной деятельности, определяется уровень правового регулирования понятия доказательства и всего процесса доказывания (познания)”²³.

Оперативно-розыскное содержание (мысленные образы оперативного работника и отражающие их оперативные данные) формируется под воздействием оперативно-розыскной формы. Уголовно-процессуальное содержание (мысленные образы следователя, сведения о которых и являются доказательствами) формируются в рамках уголовно-процессуальной формы. Каждому содержанию соответствует своя форма и наоборот. Это методологическое положение распространяется на все виды и результаты человеческой деятельности. По этой фундаментальной причине вопреки мнению В.И. Зажицкого и авторов, позицию которых он разделяет, оперативно-розыскное содержание (оперативные данные) ни при каких условиях не может стать содержанием уголовно-процессуальных доказательств.

Сторонники идеи, согласно которой оперативные данные могут стать содержанием доказательств, не учитывают еще одно крайне важное обстоятельство, касающееся субъектов познания

и содержания формируемых ими в процессе познания образов познаваемого. Содержание создаваемых субъективных образов, познаваемых оперативным работником и следователем, фактов и обстоятельств (и, соответственно, сведений о них) определяется не только отражаемыми объектами (фактами, обстоятельствами), но и установкой, которой руководствуются познающие субъекты, их активностью в процессе отражения познаваемого. В результате характер и содержание формируемой информации (соответственно, оперативных данных и доказательств) в существенной мере определяются установкой и активностью соответствующего субъекта познания, ибо от их конкретного проявления зависит, какие именно стороны, свойства, отношения, связи и зависимости познаваемых объектов, с какой степенью глубины и основательности вычлениваются, отображаются познающим субъектом²⁴.

С учетом изложенного развиваемая автором настоящей статьи идея формирования доказательств связана с действительностью (уголовно-процессуальным законодательством и соответствующей практической деятельностью), согласуется с положениями теории познания, теорией образов, диалектикой таких парных философских категорий, как содержание и форма, и в силу этого вопреки замечанию оппонента связана с действительностью и не представляет “собой полную абстракцию”²⁵.

Отстаиваемый оппонентом взгляд по данному вопросу не находит подтверждения и в позиции Конституционного Суда РФ, выраженной в его определении от 4 февраля 1999 г. по жалобам граждан М.Б. Никольской и М.И. Сапронова на нарушение их конституционных прав отдельными положениями Федерального закона “Об оперативно-розыскной деятельности”. Ссылка на указанное определение представляется некорректной²⁶.

В данном определении отмечается: “Результаты оперативно-розыскных мероприятий являются не доказательствами, а лишь сведениями об источниках тех фактов, которые... могут стать доказательствами после закрепления их надлежащим процессуальным путем, а именно на основе соответствующих норм уголовно-процессуального

²³ Дорохов В.Я. Общее понятие доказательства в советском уголовном процессе. С. 10.

²⁴ См.: Дубровский Д.И. Природа идеального // В кн.: Диалектика процесса познания / Под ред. М.Н. Алексеева, А.М. Коршунова. М., 1985. С. 44.

²⁵ Зажицкий В.И. Об использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 65.

²⁶ См.: там же.

закона...”²⁷. Из этого текста следует, что Конституционный Суд РФ вопреки мнению оппонента рассматривает результаты оперативно-розыскных мероприятий (результаты ОРД) не как содержание доказательств, а лишь в качестве сведений “об источниках тех фактов”, сведения о которых “могут стать доказательствами после закрепления их надлежащим процессуальным путем”.

Думается, что не усиливает, а лишь ослабляет аргументацию оппонента и его утверждение, согласно которому “идею формирования доказательств полностью и безоговорочно принял и попытался развить только” автор настоящей статьи²⁸. Оно не соответствует реальному положению дел. Об этом свидетельствует поддержка данной идеи рядом процессуалистов²⁹. Концепция формирования доказательств на основе результатов ОРД послужила методологической основой для разработки соответствующего межведомственного нормативного акта³⁰. Прямое признание

ее плодотворности подтверждается и решением международной конференции³¹.

Не добавляет аргументов в пользу позиции оппонента и его обращение к мнению П.А. Лупинской, возражавшей против замены термина “собрание доказательств” на “формирование доказательств” по причине того, что “в этом случае следователь как бы становится создателем доказательства, что противоречит природе доказательства”³². Данный аргумент автором настоящей статьи был рассмотрен в опубликованной в 2009 г. монографии. В ней на основе анализа было показано, что термин “формирование доказательств” ни в коей мере не противоречит ни онтологической, ни гносеологической, ни правовой природе как самих доказательств, так и той части процесса доказывания, которую он выражает. Наоборот, он вытекает из них и согласуется с ними³³. Однако оппонент обошел молчанием данную аргументацию, свидетельствующую об абстрактном характере и несостоятельности доводов П.А. Лупинской. К использованию приема умолчания в рассматриваемой статье В.И. Зажицкий прибегает неоднократно. Можно предположить, что в таких случаях имеет место уход от полемики ввиду отсутствия с его стороны соответствующих аргументов.

Несмотря на то что значительная часть из приведенных выше аргументов нами излагалась и ранее при анализе взглядов нашего оппонента³⁴, в анализируемой статье он не только умолчал о них, но и кардинальным образом изменил свою прежнюю позицию во взгляде на происхождение доказательств, не сделав требуемой в таких случаях оговорки.

Так, ранее в монографии оппонент утверждал, что “при производстве следственных действий сведения никто не может порождать или создавать. Они существуют объективно, как результат взаимодействия преступления... с материальным

²⁷ Вестник Конституционного Суда РФ. 1999. № 3. С. 44, 45.

²⁸ См.: *Зажицкий В.И.* Об использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 63.

²⁹ См., например: *Корневский Ю.В.* Доказывание в уголовном процессе (Закон, теория, практика) // В кн.: Доказывание в уголовном процессе: традиции и современность / Под ред. В.А. Власихина. М., 2000. С. 41, 60, 61; *Бишманов Б.М.* Эксперт и специалист в уголовном судопроизводстве. М., 2003. С. 8; *Соколов Ю.Н.* Информационные технологии в уголовном судопроизводстве. Екатеринбург, 2010. С. 54, 93; *Савинский А.В.* Актуальные проблемы юридической регламентации оперативно-розыскной деятельности. Архангельск, 2010. С. 303–309.

Идею формирования доказательств (хотя и в принципиально отличной от автора настоящей статьи интерпретации) в своих работах обосновывает С.А. Шейфер (см.: *Шейфер С.А.* Сущность и способы собирания доказательств в советском уголовном процессе. М., 1972. С. 7, 8; *Его же.* Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. М., 2008. С. 32–36, 63–65, 68, 71, 72).

³⁰ Инструкция о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд (см.: Приложение к Приказу ФСНП России, ФСБ России, МВД России, ФСО России, ФПС России, ГТК России, СВР России от 13 мая 1998 г., согласованному с Генеральным прокурором России 25 декабря 1997 г.) зарегистрирована 3 сентября 1998 г. в Министерстве юстиции РФ за № 1603.

Новая редакция данного нормативного акта сохранила основные положения предыдущей Инструкции (см.: Инструкция о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд. Утверждена приказом МВД России, ФСБ России, ФСО России, ФТС России, СВР России, ФСИН России, ФСНК России, МО России от 17 апреля 2007 г. № 368/185/164/481/32/184/97/147. Зарегистрирована в Минюсте РФ 7 мая 2007 г. Регистрационный № 9407).

³¹ См.: Материалы международной науч.-практ. конференции. Сб. “Уголовно-процессуальное законодательство в современных условиях: проблемы теории и практики”. М., 2011. С. 168.

³² *Зажицкий В.И.* Об использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 64.

³³ См.: *Доля Е.А.* Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 92–100. В этой же работе в ходе исследования с приведением соответствующих аргументов было показано, что широко используемый в настоящее время термин “собрание доказательств” не соответствует онтологическим, гносеологическим и правовым основам доказывания.

³⁴ См.: *Доля Е.А.* Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 95–100, 102–113, 188, 189, 224, 225, 249–254, 265, 311, 317, 318.

миром”³⁵. Однако в рассматриваемой публикации В.И. Зажицкий меняет данное представление на противоположное и пишет уже об общепризнанности условности термина “собрание доказательств”, поскольку “доказательств в готовом виде нет, объективно существуют лишь следы, оставленные в окружающем мире событием преступления”³⁶. При этом оппонент почти дословно, но в виде уже своей мысли (без соответствующей ссылки) воспроизводит аргумент, приведенный нами ранее в обоснование несостоятельности его прежней позиции относительно объективного существования доказательств³⁷.

Аналогичным образом В.И. Зажицкий поступает и по отношению к нашему критическому замечанию, касающемуся происхождения сведений, которые, по его мнению, “существуют объективно как результат взаимодействия преступления и связанных с ним обстоятельств с материальным миром”. В анализируемой публикации оппонент в точном соответствии со сделанным нами замечанием относительно неполноты его представления о происхождении сведений как результате “взаимодействия преступления... с материальным миром”, поскольку при таком подходе за пределами указанного взаимодействия оказываются идеальный мир (сознание людей)³⁸, вносит уточнение в свое прежнее представление. При этом В.И. Зажицкий, не сделав соответствующей оговорки, оперирует уже не термином “материальный мир”, который использовал ранее, а более широким термином “окружающий мир”, т.е. тем термином, с помощью которого автор настоящей статьи указал на допущенную им ранее ошибку.

Отказавшись от идеи объективного существования сведений (доказательств), В.И. Зажицкий совершенно по-иному стал излагать и

сам процесс возникновения доказательств. Так, ранее (в 2000 г.) он исходил из того, что “в ходе следственных действий фактические данные не формируются, никем не создаются, а с помощью соответствующих процессуальных правил обнаруживаются, извлекаются из материальных носителей и фиксируются в материалах уголовного дела”³⁹. Аналогичный взгляд на происхождение доказательств оппонентом был изложен и в вышедшей в 2006 г. монографии, в которой отмечалось: “Таким образом, в ходе следственных действий никакие сведения (следы преступления) никем не создаются и не формируются, а с помощью соответствующих процессуальных правил и способов обнаруживаются, извлекаются из материальных носителей и фиксируются в материалах уголовного дела”⁴⁰.

Однако в анализируемой статье, опубликованной в 2010 г., оппонент без необходимых в таких случаях объяснений излагает уже принципиально иную трактовку происхождения доказательств. Он отмечает: “В ходе производства следственных действий путем реализации их процессуальной формы и применения соответствующих познавательных приемов... следы выявляются, отображаются в сознании субъектов доказывания, а затем фиксируются в процессуальных документах, в результате чего возникают сведения образующие объективную основу доказательства”⁴¹.

Вопреки своей прежней позиции применительно к образованию доказательств автор пи-

³⁹ Зажицкий В.И. Понятие использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам. С. 62.

⁴⁰ Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве. Теория и практика. С. 352, 353.

⁴¹ Зажицкий В.И. Понятие использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам. С. 62. В процитированном тексте его автор допускает две ошибки. Первая касается утверждения о том, что возникновение при производстве следственных действий сведений обусловлено реализацией “процессуальной формы и применения соответствующих познавательных приемов”. Применяемые в ходе следственных действий наиболее общие приемы познания регулируются уголовно-процессуальной формой, становясь ее неотъемлемой частью. Поэтому вынесение приемов познания за пределы реализуемой уголовно-процессуальной формы представляется необоснованным. Вторая ошибка связана с выводом о том, что сведения о следах преступления образуют объективную основу доказательств. Она обусловлена отождествлением автором сведений (доказательств) со следами преступления. Объективную (существующую независимо от следователя) основу доказательств образуют не сведения, а значимые для уголовного дела факты и обстоятельства, сведения о которых образуют содержание доказательств.

³⁵ Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве. Теория и практика. С. 351–353. Идею формирования доказательств данный автор отрицал и ранее (см.: Зажицкий В.И. Понятие использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам. С. 62).

³⁶ См.: Зажицкий В.И. Об использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 66.

³⁷ Критикуя точку зрения В.И. Зажицкого относительно объективного существования доказательств, автор настоящей статьи, в частности, отмечал: «В действительности результатом “взаимодействия преступления и связанных с ним обстоятельств с материальным миром” являются не сведения, а следы преступления. Поэтому именно они, а не сведения о них объективно существуют как результат взаимодействия преступления с материальным миром» (см.: Доля Е.А. Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 95).

³⁸ См.: там же.

шет уже не о простом “обнаружении, извлечении сведений (следов) из материальных носителей”, а о “закономерном отражательном процессе” выявления с помощью процессуальной формы только следов преступления и отображении уже их в сознании субъектов доказывания, фиксации в процессуальных документах, в результате чего возникают сведения (доказательства)⁴². Поразительно, но при этом В.И. Зажицкого совершенно не смущает то обстоятельство, что в такой интерпретации происхождения доказательств он фактически соглашается с той трактовкой их образования, которая лежит в основе критикуемой им концепции формирования доказательств.

Если указанные выше изменения во взглядах оппонента на происхождение доказательств вызваны нашей критикой, то с ней необходимо согласиться, оговорив это соответствующим образом. Если же эти изменения обусловлены иными причинами⁴³, то и тогда, соблюдая последовательность и объективность, на них также следует сослаться, объяснив изменение своей позиции. В противном случае при ведении полемики способом, использованным В.И. Зажицким, можно незаметно для себя прийти не только к выводу относительно общепризнанности условности термина “собрание доказательств”, невозможности существования доказательств в готовом виде, но и к тому, что доказательства в действительности формируются. Именно это и происходит с нашим оппонентом. Фактически согласившись в анализируемой публикации с существом обоснованной автором настоящей статьи концепцией формирования доказательств, он, невзирая на это, в этой же публикации продолжает ее критиковать, вступая в противоречие с признанным им взглядом на формирование доказательств.

По принципиальным соображениям нельзя принять и замечание оппонента относительно того, что “сложную структуру доказывания со всеми ее атрибутами, существующими в уголовном судопроизводстве, Е.А. Доля пытается механически перенести на оперативно-розыскную деятельность”⁴⁴.

Об отсутствии механического перенесения на оперативно-розыскную деятельность структуры доказывания свидетельствуют содержащийся в критикуемой В.И. Зажицким работе анализ процесса познания как основы оперативно-розыскной деятельности, выделение особенностей, присущих процессу познания, реализуемому в оперативно-розыскной деятельности, и отличающих его от познания, осуществляемого в форме доказывания⁴⁵.

Необоснованность данного замечания подтверждается и уточнением, которое в монографии предпослано рассмотрению вопроса о процессе познания как основе оперативно-розыскной деятельности⁴⁶. Оппонент обошел его молчанием. Между тем это уточнение является существенным для понимания излагаемой в нашей работе позиции. Оно объясняет условный характер используемых терминов (“оперативное доказывание”, “оперативное доказательство”, “собрание, проверка и оценка оперативных доказательств”). С учетом этого вопреки мнению нашего оппонента оперативные работники смогут понять и найти ответы на поставленные В.И. Зажицким вопросы о том, что “следует понимать под оперативными доказательствами, в чем суть их формирования”.

Не может служить аргументом в пользу более предпочтительного использования применительно к оперативно-розыскной деятельности понятий “добывание информации”, “собрание сведений” перед понятием “формирование оперативных доказательств” и ссылка оппонента на то обстоятельство, “что оперативно-розыскное законодательство не предусматривает определенной формы, в которую облекались бы оперативные сведения в ходе их формирования”⁴⁷.

⁴² См.: *Зажицкий В.И.* Об использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 62.

⁴³ Возможно, они произошли и под воздействием критики, содержащейся в статье С.А. Шейфера (см.: *Шейфер С.А.* Формирование доказательств по уголовному делу – реальность доказательственной деятельности или “научная фантазия”? // *Росс. юстиция.* 2009. № 4. С. 46–48).

⁴⁴ *Зажицкий В.И.* Об использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 63.

⁴⁵ См.: *Доля Е.А.* Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 11–27.

⁴⁶ В уточнении отмечается: “Термин “оперативное доказывание” избран в качестве рабочего. Законодательное регулирование оперативно-розыскной деятельности, теория, изучающая закономерности данной деятельности, находятся в стадии становления. Активно развивается и совершенствуется понятийный аппарат, отражающий основные категории и институты оперативно-розыскной деятельности. ... Эти процессы не могли не сказаться на понятийном аппарате, используемом в настоящей работе, именно они придают термину “оперативное доказывание” условный характер. Данная характеристика в полной мере распространяется и на такие понятия как “оперативное доказательство”, “собрание”, “проверка и оценка оперативных доказательств”, которые также широко применяются в работе” (см.: *Доля Е.А.* Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 11, 12).

⁴⁷ *Зажицкий В.И.* Об использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 63.

В этом аргументе хотя и в неявном виде, но необоснованно сужается и тем самым искажается роль оперативно-розыскной формы. Она сводится лишь к “определенной форме, в которую” облакаются “оперативные сведения в ходе их формирования”. В действительности же с помощью данной формы происходит не облечение указанных сведений в определенную форму, а именно их создание – формирование.

В рассматриваемом аргументе его автором не учитывается еще одно важное обстоятельство. Закрепленная в законе в общем виде оперативно-розыскная форма, используемая для формирования оперативных сведений (ст. 3, ч. 2 ст. 10, ч. 4 ст. 12, п. 1 ч. 1 ст. 15 Закона об ОРД), конкретизируется в многочисленных ведомственных подзаконных нормативных актах, которыми руководствуются оперативные работники при проведении оперативно-розыскных мероприятий. Содержащиеся в данных актах требования к условиям и порядку проведения и оформления оперативно-розыскных мероприятий, в процессе реализации которых и происходит формирование оперативных данных (“оперативных доказательств”), осмысленно соблюдаются оперативными работниками. Как представляется, по этой причине опасения оппонента в части существенных затруднений, которые могут возникнуть у них в вопросах “о том, что следует понимать под оперативными доказательствами, в чем суть их формирования”⁴⁸, на наш взгляд, нельзя признать обоснованными. Они обусловлены отмеченным выше неточным и ограниченным представлением об оперативно-розыскной форме, согласно которому она служит лишь для облечения данных в соответствующую форму, которая устанавливается только требованиями закона и не включает требования подзаконных нормативных актов.

Каких-либо других аргументов, опровергающих вывод о том, что основу оперативно-розыскной деятельности образует процесс познания, в ходе которого происходит формирование оперативных доказательств (оперативных данных), оппонент в обоснование своей критики не привел.

Относительно содержащегося в рассматриваемой публикации замечания в части того, что автор идеи формирования доказательств по непонятным причинам не распространяет ее “на другие виды процессуальной деятельности”⁴⁹, считаем, что оно безосновательно. Данное замечание не возникло, если бы оппонент учел предмет критикуемой им

работы. Он ограничен пределами оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности. Но даже если абстрагироваться от предмета работы, то и тогда, при непредвзятом прочтении в ней без особого труда можно обнаружить прямое указание на то, что ее автор распространяет идею формирования сведений и на другие виды соответствующей человеческой деятельности. Именно об этом идет речь в работе, когда отмечается: “Чувственное познание в оперативно-розыскной деятельности, **как и в других видах познавательной деятельности** (выделено мною. – Е.Д.), находит выражение в таких формах, как ощущение, восприятие и представление. Они формируются в сознании оперативного работника, когда он в процессе, например.., наблюдения... сам воспринимает обстоятельства и факты, создает в своем сознании их мысленные образы, выделяет из них те, которые имеют значение для оперативно-розыскной деятельности, и сведения о них отражает в оперативно-служебном документе”⁵⁰.

⁵⁰ См.: Доля Е.А. Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 16, 17. В связи с изложенной трактовкой формирования оперативных данных (оперативных доказательств) нельзя согласиться с утверждением В.И. Зажицкого о том, что при обосновании данного положения автор настоящей статьи “использовал аргумент, приведенный С.А. Шейфером в пользу идеи формирования доказательств в уголовном судопроизводстве” (см.: *Зажицкий В.И.* Об использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 63). Понимание формирования доказательств в уголовном процессе, которого придерживается автор настоящей статьи (доказательства от начала и до конца формируются следователем), существенным образом отличается от взгляда С.А. Шейфера (доказательства от начала и до конца не создаются следователем). Подробнее об этом см.: Доля Е.А. Относимость и допустимость доказательств в уголовном судопроизводстве // Доказывание и принятие решений в современном уголовном судопроизводстве. Материалы международной науч.-практ. конференции, посвященной памяти П.А. Лупинской. Сб. науч. трудов. М., 2011. С. 163, 170; *Его же*. Источники доказательств в уголовном судопроизводстве // Законность. 2011. № 12. С. 5, 6.

Утверждение В.И. Зажицкого о том, что первым словосочетание “формирование доказательств” стал использовать С.А. Шейфер, является неточным (см.: *Зажицкий В.И.* Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве. Теория и практика. С. 348; *Его же*. Об использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 62). Одним из первых в теории термин “формирование судебных доказательств” при характеристике процесса познания по уголовному делу использовал В.Я. Дорохов (см.: *Дорохов В.Я.* Понятие доказательства в советском уголовном процессе // Сов. гос. и право. 1964. № 9. С. 113). Ранее данным термином применительно к показаниям потерпевшего оперировал Ц.М. Каз (см.: *Каз Ц.М.* Доказательства в советском уголовном процессе. Саратов, 1960. С. 78).

⁴⁸ Там же.

⁴⁹ Там же. С. 64.

Необходимо отметить, что сторонники анализируемой точки зрения, согласно которой результаты ОРД могут стать содержанием доказательств, лишь на словах признают роль уголовно-процессуальной формы в происхождении доказательств. Несмотря на то что среди условий, при соблюдении которых, по их мнению, оперативные данные становятся содержанием доказательств, ими прямо указывается на получение этих данных из законных источников и в установленном законом порядке, т.е. при соблюдении требований уголовно-процессуальной формы, на деле они отрицают роль данной формы в образовании доказательств.

Так, согласно выводу М.П. Полякова “все теоретические попытки развести доказательства и результаты ОРД по информационной линии вряд ли могут быть признаны состоятельными. Процессуальная процедура не придает оперативно-розыскным данным чего-либо нового в информационном плане, кроме констатации достоверности (как следствие доверия к процессуальному методу)”⁵¹. Аналогичной позиции по отношению к уголовно-процессуальной форме придерживается В. Бозров⁵². Указанную роль уголовно-процессуальной формы полностью разделяет В.И. Зажицкий. Для него, как и для М.П. Полякова и В. Бозрова, смысл процессуальной процедуры сводится лишь к констатации достоверности результатов ОРД⁵³. Рассматриваемое отношение к уголовно-процессуальной форме не поддается объяснению ни с позиции философских категорий формы и содержания, ни с точки зрения трактовки роли и значения уголовно-процессуальной формы в теории уголовного процесса.

Существо взаимосвязи между содержанием и формой заключается в диалектическом переходе

формы в содержание и содержания в форму. “*Содержание*, — отмечал по этому поводу Г.В.Ф. Гегель, — есть не что иное, как *переход формы* в содержание, а *форма* — *переход содержания* в форму. Этот переход есть одно из важнейших определений”⁵⁴. Приведенная трактовка взаимосвязи и взаимозависимости между содержанием и формой в полной мере распространяется и на уголовно-процессуальную деятельность. Обстоятельство того, что уголовно-процессуальная форма оказывает непосредственное влияние на содержание уголовного судопроизводства, что в уголовно-процессуальной форме находит выражение содержание уголовного процесса, не оспаривается в теории уголовного процесса⁵⁵.

Только забвением диалектики взаимосвязи и взаимозависимости уголовно-процессуального содержания и уголовно-процессуальной формы можно объяснить позицию оппонента, основанную на полном отрицании значения уголовно-процессуальной формы для формируемого под ее воздействием в рамках проводимых следственных (судебных) действий содержания доказательств.

Вывод о том, что “процессуальная процедура не придает оперативно-розыскным данным чего-либо нового в информационном плане, кроме констатации достоверности (как следствие доверия к процессуальному методу)”, создает теоретическую базу для отождествления оперативных данных и доказательств, последующей подмены оперативными данными доказательств. Следование такому выводу приведет к разрушению единого понятия доказательства, системы гарантий доброкачественности формируемых доказательств, надлежащего обеспечения прав, свобод и законных интересов личности, общества и государства в уголовном судопроизводстве. В конечном итоге это обернется не только смешением оперативно-розыскного содержания и соответствующей ему оперативно-розыскной формы с уголовно-процессуальным содержанием и соответствующей ему уголовно-процессуальной формой, но и сращиванием указанных видов деятельности.

В этом выводе не учитывается, что формирование оперативно-розыскного содержания может

⁵¹ Поляков М.П. Использование результатов ОРД в доказывании // Материалы международной конференции “Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: год правоприменения и преподавания”. М., 2004. С. 182.

⁵² См.: Бозров В. Указ. соч. С. 47.

⁵³ См.: Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве. Теория и практика. С. 354. Показательно, что в анализируемой статье В.И. Зажицкий уже не использует аргумент М.П. Полякова относительно роли уголовно-процессуальной формы по отношению к оперативно-розыскным данным. Не упоминает он и о той критике, которая была высказана автором настоящей статьи в отношении его позиции, позиции М.П. Полякова и В. Бозрова по рассматриваемому вопросу (см.: Доля Е.А. Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 253–263; Его же. Результатам оперативно-розыскной деятельности нельзя придавать статус доказательств в уголовном процессе // Росс. юстиция. 2007. № 6. С. 40).

⁵⁴ Гегель. Феноменология духа. СПб., 1912. С. 298. На превращение формы в содержание обращал внимание К. Маркс (см.: Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 11. С. 374).

⁵⁵ См.: Якуб М.Л. Процессуальная форма в советском уголовном судопроизводстве. М., 1981. С. 9–11. Обстоятельство того, что в самой уголовно-процессуальной форме “проявляется неразрывность формы и содержания”, подчеркивал Н.Н. Полянский (см.: Полянский Н.Н. Вопросы системности в советском уголовном процессе // Сов. гос. и право. 1939. № 3).

иметь место только в оперативно-розыскной системе под воздействием присущей ей оперативно-розыскной формы. Точно так же и формирование уголовно-процессуального содержания возможно только в рамках уголовно-процессуальной системы, в ходе реализации присущей ей уголовно-процессуальной формы. Назначение уголовно-процессуальной формы состоит в получении именно уголовно-процессуального содержания (в рассматриваемом случае – в формировании содержания доказательств), но отнюдь не в констатации достоверности оперативно-розыскных данных. Достоверность последних устанавливается в рамках оперативно-розыскной системы с помощью присущих ей правовых форм.

Игнорирование диалектики существа взаимосвязи и взаимозависимости между содержанием и формой, на наш взгляд, не могло не привести В.И. Жажицкого, М.П. Полякова и В. Бозрова к ошибочным выводам, согласно которым оперативные данные могут стать содержанием доказательств в уголовном процессе, а уголовно-процессуальная форма предназначена не для формирования уголовно-процессуального содержания (содержания доказательств), а является лишь средством констатации достоверности оперативно-розыскных данных.

Указанное понимание уголовно-процессуальной формы, отождествление доказательств со следами преступления пронизывают практически все работы нашего оппонента по данной проблеме. Оно дает о себе знать и в его выводах о том, что результаты ОРД можно использовать в качестве содержания показаний свидетеля, содержания вещественных доказательств, содержания иных документов⁵⁶.

Рассматриваемая трактовка значения уголовно-процессуальной формы при использовании результатов ОРД в доказывании по уголовным делам превращает ее в пустую формальность, предназначенную констатировать их достоверность. Следуя предложенной логике, сторонники такого понимания роли уголовно-процессуальной формы (“процессуальная процедура не придает оперативно-розыскным данным чего-либо нового в информационном плане кроме констатации достоверности”) должны признать, что следователь при использовании в доказывании результатов ОРД оперирует не сведениями (доказательствами), которые он сформировал в ходе производства

следственного действия, но сведениями, полученными ранее оперативным работником. Другими словами, в своих выводах по уголовному делу при использовании в доказывании результатов ОРД он должен опираться не на результаты чувственного познания, осуществленного не им самим в рамках уголовного процесса, а на результаты познания, реализованного оперативным работником за пределами уголовного процесса.

Если согласиться с таким подходом, то, соблюдая последовательность, по аналогии необходимо будет признать, что содержанием доказательств, полученных в ходе судебного следствия из тех же источников, что и на предварительном расследовании, становятся сведения (доказательства) сформированные ранее органами расследования. Понятно, что такой подход не будет отражать действительной роли и значения уголовно-процессуальной формы в происхождении доказательств. Он низведет не только следователя, но и суд до уровня покорных писарей, оформителей содержания тех оперативных данных, которые на предварительном расследовании, а потом и в суде согласно логике оппонента стали содержанием доказательств, полученных органами предварительного расследования с использованием результатов ОРД⁵⁷.

Не опровергает вывод о том, что при использовании результатов ОРД в доказывании следователем формируются иные по своей правовой природе и предназначенности сведения, чем те, которые были получены в ходе осуществленных ранее оперативно-розыскных мероприятий, и апелляция нашего оппонента к аргументу о не-исчезновении материи. По его мнению, при таком подходе “результаты оперативно-розыскной деятельности каким-то таинственным образом” исчезают “и никакой роли уже не играют”⁵⁸.

По нашему мнению, ссылка на таинственность не усиливает позицию оппонента, является неуместной и надуманной. В критикуемой им концепции формирования доказательств на основе результатов ОРД нет и намека на исчезновение результатов ОРД. Приведенный аргумент вопреки мнению оппонента свидетельствует не об исчезновении результатов ОРД, а об отсутствии в данном случае собирания следователем доказа-

⁵⁶ См.: Жажицкий В. И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве. Теория и практика. С. 364 – 415.

⁵⁷ О данной опасности предупреждал А.М. Ларин (см.: Ларин А.М. О принципах уголовного процесса и гарантиях прав личности в проекте УПК // Росс. юстиция. 1997. № 9. С. 11).

⁵⁸ Жажицкий В.И. Об использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 66, 67.

тельств. Этот вывод подтверждает и сам оппонент последующими умозаключениями.

В частности, применительно к допросу свидетеля, ранее опрошенного оперативным работником, В.И. Зажицкий отмечает, что “задача следователя состоит не только в придании сведениям, полученным оперативным сотрудником, уголовно-процессуальной формы путем допроса, но и в использовании ее для существенной корректировки таких сведений”⁵⁹, что, по мнению оппонента, имеет место и “при осмотре и прослушивании магнитной записи, представленной следователю оперативным подразделением”⁶⁰. В итоге в результате производства следственных действий происходит не собирание (формирование) доказательств, а придание следователем ранее полученным оперативным данным уголовно-процессуальной формы и существенная корректировка оперативных данных с помощью указанной формы⁶¹.

Об ошибочности представления, согласно которому результаты ОРД могут стать содержанием доказательств, свидетельствует и внутренняя противоречивость его позиции в данном вопросе⁶². Так, признав возможность “существенной корректировки” при производстве следственных

действий сведений, полученных оперативным работником, автор вступил в противоречие со своим же ранее сделанным в рассматриваемой публикации выводом. Отвечая на свой вопрос о том, “какие другие сведения может сообщить, например, оперативный сотрудник, которого следователь допрашивает в качестве свидетеля по уголовному делу об обстоятельствах, воспринятых им при выполнении своих служебных обязанностей”, он в категоричной форме замечает: “В ходе такого допроса следователь не может сформировать, создать какие-то другие сведения, их можно только сфальсифицировать. Сказанное относится и к допросу в качестве свидетеля лица, ранее опрошенного оперативным сотрудником”⁶³. Следование предложенной логике приводит к тому, что, подвергнув в ходе допроса свидетеля существенной корректировке сведения, полученные ранее при опросе данного лица, следователь становится фальсификатором.

Внутренняя противоречивость позиции оппонента в анализируемой статье проявляется и в его отношении к оперативно-розыскным мероприятиям и их результатам. Так, от утверждения, “что оперативно-розыскные мероприятия не являются способами собирания доказательств. Следовательно, и письменные материалы, в которых фиксируются полученные сведения, не могут иметь доказательственного значения”⁶⁴, (спустя несколько абзацев на этой же странице) он приходит к прямо противоположному выводу. Данный вывод касается дополнений, внесенных в п. 1 ч. 1 ст. 15 Закона об ОРД. В соответствии с ними в случае изъятия документов, предметов, материалов при проведении гласных оперативно-розыскных мероприятий должен составляться протокол согласно требованиям уголовно-процессуального законодательства РФ. Комментируя указанные дополнения, оппонент вопреки своему прежнему утверждению делает вывод: “С точки зрения доказательственного права оперативно-розыскное мероприятие, приведшее к такому результату, следует рассматривать как специфический способ собирания доказательств, которые могут быть использованы в доказывании по уголовному делу”⁶⁵.

В доказательственном праве нет положения, согласно которому оперативно-розыскные мероприятия являются специфическими способами

⁵⁹ Там же. С. 67. И в данном случае оппонент умалчивает о своей убежденности в том, что “Процессуальная процедура не придает оперативно-розыскным данным чего-либо нового в информационном плане, кроме констатации достоверности”, не объясняет причин изменения своей позиции.

⁶⁰ Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. С. 353.

⁶¹ Допуская возможность существенной корректировки оперативных данных с помощью уголовно-процессуальной формы, оппонент не учитывает, что содержащиеся в деле оперативного учета оперативные данные никоим образом изменить, скорректировать невозможно.

⁶² На эту особенность позиции оппонента обращалось внимание в монографической литературе (см., например: Савинский А.В. Актуальные проблемы юридической регламентации оперативно-розыскной деятельности. Архангельск, 2010. С. 297; Соколов Ю.Н. Указ. соч. С. 92).

Следует обратить внимание Ю.Н. Соколова на содержащиеся в его работе элементы компиляции. Содержание указанной работы в целом ряде случаев представляет собой фрагменты текстов, полностью позаимствованных (без необходимых в таких случаях ссылок) из монографии, опубликованной автором настоящей статьи в 1996 г. (см.: Соколов Ю.Н. Указ. соч. С. 93, 94, 96 – 100). Для того чтобы убедиться в обоснованности данного замечания, достаточно сопоставить фрагменты текстов, содержащихся на указанных страницах работы Ю.Н. Соколова и на С. 69–71, 75–77, 102 монографии автора настоящей статьи (см.: Доля Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности).

⁶³ Зажицкий В.И. Об использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 65, 66.

⁶⁴ Зажицкий В.И. Об использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 70.

⁶⁵ Там же.

собираения доказательств⁶⁶. Несмотря на отмеченную противоречивость суждений оппонента, с ним следует согласиться в том, что “Другое суждение, по существу, означало бы, что соответствующие должностные лица получают доказательства оперативно-розыскным путем до возбуждения уголовного дела”⁶⁷.

Приведенными примерами не ограничивается перечень противоречий, содержащихся в рассматриваемой статье. Однако и они позволяют судить об уровне аргументации, используемой оппонентом в дискуссии по рассматриваемой проблеме.

О слабости отстаиваемой оппонентом позиции свидетельствует и подмена тезиса, которую он неоднократно допускает в анализируемой публикации в процессе ведения полемики. Достаточно зримо она проявляется в примере с вещественными доказательствами. Вместо подтверждения своего основного тезиса, согласно которому содержанием доказательств становятся сведения, полученные оперативным путем, оппонент приводит аргумент, подтверждающий иной тезис – о неизменности свойств и состояний предметов, полученных в ходе оперативно-розыскной деятельности и признанных впоследствии следователем вещественными доказательствами⁶⁸.

Аналогичного рода подмена налицо и в другом случае, когда вместо подтверждения отстаиваемого тезиса (результаты ОРД при соответствующих условиях могут стать содержанием доказательств) оппонент приводит аргументы, относящиеся к основаниям производства следственных действий⁶⁹. При этом не учитывается, что использование результатов ОРД в качестве оснований для производства следственных действий находится за пределами доказывания (собираения доказательств). Поэтому данное обстоятельство не может рассматриваться в качестве аргумента, под-

тверждающего тезис о том, что результаты ОРД могут стать содержанием доказательств.

Таким же образом В.И. Зажицкий поступает и в примере с показаниями свидетеля. В подтверждение тезиса, что “основой для получения следователем **показаний свидетеля** служат сведения, выявленные оперативным сотрудником в результате проведения такого оперативно-розыскного мероприятия, как опрос, и зафиксированные в оперативно-служебном документе...”⁷⁰, он приводит аргумент об использовании указанных сведений “**в качестве основания для вызова и допроса... лица в качестве свидетеля**”⁷¹.

О несостоятельности идеи, согласно которой оперативные данные могут стать содержанием отдельных видов доказательств, свидетельствует и ряд ошибочных выводов, к которым приходит оппонент в анализируемой статье, развивая и отстаивая указанную идею. По нашему мнению, эти выводы противоречат положениям учения о видах доказательств и действующему закону. Следование им в практической деятельности приведет к существенным нарушениям закона, обернется следственными и судебными ошибками.

Так, в теоретическом плане нельзя признать обоснованным вывод автора, в соответствии с которым “могут стать вещественными доказательствами... технические средства, которые применялись при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий и послужили средствами обнаружения и фиксации выявленных при этом сведений...”⁷². Указанные технические средства своими характеристиками (свойствами и состояниями) не порождены преступлением. Они лишь используются для обнаружения и отражения в материалах уголовного дела с помощью фотографирования, киносъемки, аудио- и видеозаписи фактов и обстоятельств, сведения о которых и образуют содержание вещественных доказательств. Поэтому вещественными доказательствами в данном случае становятся не технические средства,

⁶⁶ Анализ внесенных в п. 1 ч. 1 ст. 15 Закона об ОРД дополнений свидетельствует о смещении в данной норме оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности. Стремление законодателя таким способом придать доказательственное значение результатам, полученным в ходе проведения гласных оперативно-розыскных мероприятий, противоречит положениям теории доказательств, создает опасность сращивания оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности (Подробнее об этом см.: Доля Е. Правовое значение результатов гласных оперативно-розыскных мероприятий для уголовного дела и реформы уголовного процесса // Законность. 2011. № 4. С. 16–22).

⁶⁷ Зажицкий В.И. Об использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 70.

⁶⁸ См.: там же. С. 66.

⁶⁹ См.: там же. С. 66, 67.

⁷⁰ Зажицкий В.И. Об использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 67. И в данном случае, следуя своему ошибочному представлению о том, что результаты ОРД могут стать содержанием доказательств, оппонент подменяет объективную, существующую независимо от следователя (равно как и оперативного работника) основу доказательств в виде соответствующих фактов, обстоятельств, предметов, следов мнимой основой – сведениями о них, полученными “оперативным сотрудником в результате проведения такого оперативно-розыскного мероприятия, как опрос”, и зафиксированными “в оперативно-служебном документе...”.

⁷¹ Там же.

⁷² Там же. С. 68.

примененные для получения соответствующих фотографий, киноплёнки, аудио- и видеозаписей, а результаты их применения (фотографии, киноплёнка, аудио- и видеозапись, на которых запечатлены значимые для уголовного дела факты и обстоятельства)⁷³.

Рекомендация, согласно которой “нормам доказательственного права не противоречит использование в качестве вещественных доказательств технических средств, применяемых при проведении оперативно-розыскных мероприятий, вследствие чего на них отражаются отдельные обстоятельства (действия, фрагменты) преступлений”⁷⁴, вопреки мнению ее автора не основана на действующем законе и находится в прямом противоречии с ним. Данная рекомендация может быть объяснена только поверхностным прочтением закона и как следствие его неверным толкованием.

В соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 81 УПК РФ вещественными доказательствами признаются только те предметы, которые могут служить средствами для обнаружения преступления и установления обстоятельств уголовного дела. В рассматриваемом случае таковыми выступают не технические средства, применяемые при проведении оперативно-розыскных мероприятий, а результаты применения указанных технических средств. Поэтому именно они, а не технические средства должны признаваться вещественными доказательствами и приобщаться в качестве таковых к уголовному делу⁷⁵. По этому пути идет следственная и судебная практика.

Только как революционный переворот в теории доказательств можно охарактеризовать и расцениваемый автором анализируемой публика-

ции как вытекающий “из научно обоснованного представления об иных документах как доказательствах по уголовному делу” его вывод о том, “что их содержанием не могут быть сведения об обстоятельствах совершения преступления и виновности лица в его совершении”⁷⁶. Если бы содержанием иных документов не были сведения, так или иначе указывающие на преступление и виновность лица в его совершении, то они не отвечали бы требованию относимости и не могли бы использоваться в качестве доказательств.

Рассматриваемое “научно обоснованное представление” в научном отношении, по нашему мнению, не обоснованно, содержит элементарную ошибку, связанную с отрицанием оппонентом правового требования относимости, которому должно соответствовать любое доказательство⁷⁷. Следование ему на практике приведет к исключению из числа доказательств иных документов. Последние не порождаются преступлением⁷⁸, однако данное обстоятельство не может служить основанием для отрицания их относимости.

Не согласуется с положениями теории доказательств и вывод оппонента, согласно которому такой вид доказательств, как иные документы, “не могут создавать... должностные лица, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность”⁷⁹. Вопреки данному выводу указанные должностные лица могут быть авторами иных документов в тех случаях, когда в них содержатся сведения о значимых для уголовного дела фактах, имеющих юридическое значение, удостоверение которых входит в компетенцию органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность⁸⁰. Иным документом, например, будет являться письменное сообщение органа, уполномоченного применять оперативно-технические средства, содержащее сведения о времени, длительности, содержании

⁷³ Даже тогда, когда носитель физической информации, например жесткий диск в цифровом фотоаппарате, невозможно отделить от самого фотоаппарата как технического средства, с помощью которого производилась фотосъемка, данное техническое средство (фотоаппарат) нельзя считать вещественным доказательством. В этом случае вещественным доказательством должна признаваться соответствующая фотография, а не техническое средство (фотоаппарат), с помощью которого фотография была получена.

⁷⁴ Там же. Вопреки мнению оппонента на технических средствах не “отражаются отдельные обстоятельства (действия, фрагменты) преступлений”. С помощью технических средств обстоятельства преступления могут выявляться и фиксироваться на соответствующих носителях.

⁷⁵ Следование предлагаемой рекомендации на практике приведет к тому, что в качестве вещественных доказательств необходимо будет признавать все технические средства, используемые не только при проведении оперативно-розыскных мероприятий, но и применяемые в ходе производства следственных и судебных действий для обнаружения, фиксации и изъятия следов преступления и соответствующих предметов (ч. 6 ст. 164, ч. 5 ст. 259 УПК РФ).

⁷⁶ *Зажичкий В.И.* Об использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 70.

⁷⁷ Действительно научно обоснованным в данном вопросе является суждение В.Я. Дорохова, согласно которому “Любое доказательство должно быть связано с событием преступления прямо или косвенно, непосредственно или опосредованно. В противном случае оно утрачивает значение судебного доказательства. Документ также связан с преступлением, но он не порождается им в отличие от документа-вещественного доказательства” (см.: *Дорохов В.Я.* Уголовно-процессуальная природа видов доказательств. М., 1982. С. 227).

⁷⁸ В противном случае они должны признаваться вещественными доказательствами (ч. 4 ст. 84 УПК РФ).

⁷⁹ *Зажичкий В.И.* Об использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 70.

⁸⁰ См.: *Дорохов В.Я.* Уголовно-процессуальная природа видов доказательств. С. 198, 199.

радиопереговоров лиц, осуществивших захват заложников, частоте, аппаратуре, на которой они велись, – сведения, полученные в результате проведения оперативно-розыскного мероприятия с использованием соответствующих технических средств.

Завершая полемику и основываясь на проведенном анализе, автор настоящей статьи считает для себя некорректными постановку и ответ на вопрос о том, являются ли суждения и выводы В.И. Зажицкого по рассматриваемой проблеме наукой или схоластикой⁸¹. Полагаю, что это – пре-

рогativa читателей. Но более важным представляется другое обстоятельство.

Следование предлагаемым оппонентом решениям и выводам по рассматриваемой проблеме может, на наш взгляд, привести к тяжелейшим последствиям. Привлечение граждан к уголовной ответственности станет возможным на основе результатов ОРД, поскольку при производстве по уголовным делам доказательства будут подменяться оперативными данными. Смешение уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности обернется нарушением прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве⁸². Реальность угрозы наступления таких последствий усиливается в связи с попытками обоснования в теории возможности признания доказательственного значения результатов не только гласных, но и негласных оперативно-розыскных мероприятий⁸³.

Практика “включения” оперативно-розыскной деятельности в содержание процесса доказывания, в ходе которой оперативные данные становились содержанием доказательств, уже имела место в отечественной истории уголовного судопроизводства. Ее трагические последствия известны. Возвращение к ней в условиях построения в России демократического и правового государства, в котором человек, его права и свободы представляют высшую ценность, а их признание, соблюдение и защита являются обязанностью государства и его органов, недопустимо в принципе.

⁸¹ Именно этот вопрос по отношению к ранее высказанным суждениям и выводам автора настоящей статьи при обосновании идеи формирования доказательств (сведений) был поставлен оппонентом (см.: *Зажицкий В.И.* Об использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. С. 66).

О несоответствии принятому в научном сообществе способу ведения дискуссии свидетельствует и суждение В.И. Зажицкого, в котором он, сравнивая своих оппонентов с папой Карло: “Следовательно, сведения носят объективный характер и поэтому никто, уподобившись папе Карло, который из полена выстрогал Буратино, не может сформировать (сделать, создать) такие сведения” (см.: *Зажицкий В.И.* Трудности представления результатов оперативно-розыскной деятельности властным участникам уголовного судопроизводства остаются // *Росс. юстиция.* 2008. № 2. С. 52). Рассуждая таким образом, оппонент признает, что папа Карло в данном случае не “обнаружил и не извлек” существующего объективно Буратино из полена, а именно сделал, создал его в процессе обработки полена, руководствуясь сформированным в его сознании мысленным образом деревянного человечка. Однако следователям и судьям в создании ими при производстве следственных и судебных действий мысленных образов, значимых для уголовного дела фактов и обстоятельств, сведения о которых и образуют содержание доказательств, В.И. Зажицкий отказывает, полагая, что они (сведения) существуют объективно и поэтому обнаруживаются и извлекаются. При таком подходе деятельность следователей и судей действительно нельзя сравнивать с работой папы Карло, поскольку процесс собирания доказательств становится не отличимым от деятельности по рубке леса при заготовке дров.

⁸² Возможность наступления указанных последствий в своих работах ни В.И. Зажицкий, ни авторы, позицию которых он по рассматриваемой проблеме разделяет и отстаивает, даже не рассматривают.

⁸³ См.: *Баранов А.М.* Использование результатов негласных способов собирания доказательств в уголовном судопроизводстве // *Гос. и право.* 2007. № 8. С. 62 – 66.