

УКРЕПЛЕНИЕ ЗАКОННОСТИ И БОРЬБА С ПРЕСТУПНОСТЬЮ

ОБ ИСПОЛЬЗОВАНИИ В ДОКАЗЫВАНИИ РЕЗУЛЬТАТОВ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

© 2010 г. В.И. Зажицкий¹

Эффективное доказывание по уголовным делам о тяжких и особо тяжких неочевидных преступлениях, число которых, к сожалению, не уменьшается, невозможно без использования результатов оперативно-розыскной деятельности. Несмотря на это, до сих пор отсутствуют правовые нормы и научные положения, которые служили бы надежными ориентирами для разрешения данного вопроса в оперативно-розыскной деятельности и уголовном судопроизводстве. **Восполнение этих пробелов остается важнейшей задачей науки уголовного процесса и законодательства.**

Согласно ч. 2 ст. 11 Федерального закона “Об оперативно-розыскной деятельности”² ее результаты могут использоваться в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства РФ, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств (ч. 2 ст. 11 ФЗ об ОРД).

С данным предписанием корреспондирует ст. 89 УПК РФ, озаглавленная “Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности”, следующего содержания: “В процессе доказывания запрещается использование результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам настоящим Кодексом”.

К сожалению, приведенное предписание ФЗ об ОРД, а также цитируемая норма УПК не дают представления о том, каким образом результаты оперативно-розыскной деятельности могут быть эффективно использованы в доказывании по уголовным делам. Кроме того, содержание ст. 89 УПК РФ противоречит ее названию, поскольку по существу запрещает использование этих результатов в указанном направлении и допускает такую возможность при условии, если они будут отвечать требованиям, предъявляемым к доказательствам уголовно-процессуальным законом.

Однако важно учитывать, что означенное условие может быть обеспечено только в рамках возбужденного уголовного дела на основе норм доказательственного права, но не в ходе оперативно-розыскной деятельности³.

В юридической литературе высказаны различные мнения относительно того, как характеризовать использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам. Одни авторы говорят о легализации оперативно-розыскной информации⁴, другие – о трансформации формы полученной оперативно-розыскным путем информации⁵, третьи – о переходе результатов оперативно-розыскной деятельности в форму процессуальных доказательств и о введении в уголовный процесс и использовании в качестве доказательств результатов оперативно-розыскной деятельности⁶, четвертые – о переводе результатов оперативно-розыскной деятельности в доказательства⁷, пятые – о преобразовании сведений оперативного характера в доказательства по уголовным делам⁸ и, шестые – о привлечении оперативно-розыскной информации в уголовный процесс⁹.

³ Ввиду явной пробельности данного правового предписания общепризнанным является мнение научных и практических работников о том, что никакой практической пользы оно не приносит.

⁴ См.: Мешков В.М., Попов В.Л. Оперативно-розыскная тактика легализации полученной информации в ходе предварительного следствия. М., 1999. С. 45–51.

⁵ См.: Поляков М.П. Использование результатов ОРД в доказывании // Материалы международной научно-практической конференции “Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: год правоприменения и преподавания”. М., 2004. С. 184.

⁶ См.: Зинкин В.К. Оперативно-розыскная деятельность как система добывания и собирания уголовно-процессуальных доказательств. Учебное пособие. Кемерово, 2000. С. 69, 102.

⁷ См.: Котухов М.П. Перевод результатов оперативно-розыскной деятельности в доказательства. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 9.

⁸ См.: Басков В.И. Оперативно-розыскная деятельность. Учебно-методическое пособие. М., 1997. С. 128–129.

⁹ См.: Макарова Т.А. Использование в ходе предварительного следствия материалов аудио- и видеозаписи. Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Ижевск, 2004. С. 7, 12–13.

¹ Доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ.

² Собрание законодательства РФ. 2008. № 52. Ст. 6248. Далее – ФЗ об ОРД (с изм. от 26 декабря 2008 г.).

Общеизвестно, что формулируемые научные положения должны способствовать успешному решению правоохранительными органами сложных практических задач. Демонстрируемое же обилие мнений по рассматриваемому вопросу не способствует достижению этой цели. Поскольку речь идет о доказывании, то возникшую сложность можно устранить, лишь исходя из правильного понимания данного правового явления.

Доказывание по уголовным делам представляет собой специфическую разновидность познания такого социального явления, как преступление. Оно подчинено общим закономерностям, сформулированным теорией познания – гносеологией, урегулировано нормами доказательственного права, осуществляется властными участниками уголовно-процессуальной деятельности с участием других субъектов этой деятельности, направлено на установление объективной истины и предполагает принятие соответствующих процессуальных решений.

Согласно нормам доказательственного права процесс доказывания по уголовному делу включает в себя собирание, проверку и оценку доказательств (ст. 17, 85–88 УПК РФ). Однако **в реальной правоприменительной практике результаты оперативно-розыскной деятельности могут быть использованы только при собирании доказательств.** При необходимости параллельно с доказыванием по уголовному делу могут проводиться соответствующие оперативно-розыскные мероприятия, однако выводы следователя об относимости и достоверности доказательств должны основываться только на совокупности доказательств. В нее нельзя включать сведения, полученные оперативно-розыскным путем. Для субъектов доказывания такие сведения могут быть только ориентиром.

Общепризнано, что термин “собрание доказательств” весьма условный, поскольку доказательств в готовом виде нет, объективно существуют лишь следы, оставленные в окружающем мире событием преступления. В ходе производства следственных действий путем реализации их процессуальной формы и применения соответствующих познавательных приемов эти следы выявляются, отображаются в сознании субъектов доказывания, а затем фиксируются в процессуальных документах, в результате чего возникают сведения, образующие объективную основу доказательства. Таким образом, в процессе доказывания отражаемому придается предусмотренная законом процессуальная форма. Этот закономерный отражательный процесс С.А. Шейфер пер-

вым в юридической литературе предложил называть **формированием доказательств**, и данный взгляд последовательно отстаивает в своих научных работах¹⁰.

Термин “формировать” означает: “1. Придавать определенную форму, законченность, порождать. 2. Создавать, составлять, организовывать”¹¹. Термины “формировать” и “создавать” являются синонимами¹². С учетом этого, а также сложной структуры доказательств по уголовному делу как единства сведений (объективной основы доказательств) и процессуальной формы (ст. 74 УПК РФ) у автора не могло не возникнуть сомнений относительно продуктивности использования словосочетания “формирование доказательств”. Поэтому он уточняет, что производство следственных действий по формированию доказательств “не означает, что доказательства от начала до конца “создаются” следователем в ходе следственного действия. Следы изучаемого события возникают независимо от сознания следователя и являются объективной основой доказательств”¹³. Вместе с тем С.А. Шейфер предупреждает, что под формированием доказательств следует понимать не их произвольную фабрикацию, а придание им надлежащей процессуальной формы¹⁴. В примечании же к сказанному он, по существу, отрицает продуктивность использования понятия “формирование доказательств” и предпочтение отдает термину “собрание доказательств”, о чем свидетельствуют следующие его рассуждения: “В дальнейшем изложении для обозначения процесса получения доказательств мы будем употреблять термин “собрание доказательств”, прочно утвердившийся в юридической лексике и используемый законодателем (ст. 86 УПК), понимая при этом, что речь идет о преобразовании информации, заключенной в следах, в доказательства в уголовно-процессуальном смысле”¹⁵.

А.Р. Белкин предпринял попытку уточнить понятие “формирование доказательств”. Он пишет о формировании следователем не доказательств,

¹⁰ См.: Шейфер С.А. Следственные действия. Система и процессуальная форма. М., 1981; *Его же*. Следственные действия. Основания, процессуальный порядок и доказательственное значение. Самара, 2004. С. 5; *Его же*. Формирование доказательств по уголовному делу – реальность доказательственной деятельности или “научная фантазия”? // Росс. юстиция. 2009. № 4. С. 46–47.

¹¹ Ожегов С.И. Словарь русского языка. М., 1987. С. 699.

¹² См.: Словарь синонимов. Л., 1975. С. 539.

¹³ Шейфер С.А. Указ. соч. С. 5.

¹⁴ См.: Шейфер С.А. Следственные действия. Основания, процессуальный порядок и доказательственное значение. С. 8.

¹⁵ Там же.

а их источников, понимая под ними процессуальную форму, в которую облакаются фактические данные. “Формирование в данном контексте равноценно созданию, поэтому представляется правомерным говорить о создании источников доказательств, содержание которых – фактические данные – не создаются, а лишь отображаются”¹⁶. Однако ясность в данный вопрос этим не вносится, поскольку процессуальная форма как условия и порядок производства следственных действий никем не создается, она предусмотрена уголовно-процессуальным законом.

Следует отметить, что понятие “формирование доказательств” не получило широкого применения ни в науке, ни на практике. Оно используется лишь отдельными авторами¹⁷.

Идею формирования доказательств полностью и безоговорочно принял и попытался развить только Е.А. Доля. Более того, он распространяет ее и на познание, осуществляемое в сфере оперативно-розыскной деятельности. Такое познание он называет оперативным доказыванием, а фактические данные, обнаруженные при производстве оперативно-розыскных мероприятий – оперативными доказательствами¹⁸. По его мнению, “первоначальную часть оперативного доказывания более точно именовать не собиранием, а формированием оперативных доказательств. Именно этот термин отражает и выражает существо происходящего при этом процесса познания – формирования знания в ходе чувственного познания”¹⁹. Данное положение обосновывается тем, что оперативные доказательства, как и образующие их содержание сведения, не существуют в готовом виде²⁰, т.е. по существу автор использует аргумент, приведенный С.А. Шейфером в пользу идеи о формировании доказательств в уголовном судопроизводстве. Другие аргументы в пользу сформулированного положения не приводятся.

¹⁶ Белкин А.Р. Теория доказывания. М., 1999. С. 49.

¹⁷ См.: Ларин А.М. Расследование по уголовному делу: процессуальные функции. М., 1986. С. 22–23; Сибилева Н.В. Допустимость доказательств в советском уголовном процессе. Киев, 1990. С. 23–24; Зинатуллин З.З. Уголовно-процессуальное доказывание. Ижевск, 1993. С. 49.

¹⁸ Идея оперативного доказывания и оперативных доказательств была высказана другим автором в 70-х годах XX в. в одной из закрытых работ в то время Высшей школы КГБ СССР им. Ф.Э. Дзержинского. Однако она не была поддержана научным сообществом и практическими работниками.

¹⁹ Доля Е.А. Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности. М., 2009. С. 16–17.

²⁰ См.: там же. С. 17.

Как видим, сложную структуру доказывания со всеми ее атрибутами, существующими в уголовном судопроизводстве, Е.А. Доля пытается механически перенести на оперативно-розыскную деятельность. Такой подход представляется непродуктивным. Его суждения не убеждают в том, что если осуществляемое познание оперативные сотрудники будут называть оперативным доказыванием, а получаемые сведения (информацию) – доказательствами, то их деятельность будет более эффективной. Напротив, у них возникнут существенные затруднения в виде вопросов о том, что следует понимать под оперативными доказательствами, в чем суть их формирования и др. Ответы на эти вопросы они не получают ни в оперативно-розыском законодательстве, ни в теории оперативно-розыскной деятельности. Следует также учитывать, что оперативно-розыскное законодательство не предусматривает определенной формы, в которую облакались бы оперативные сведения в ходе их формирования. Поэтому применительно к оперативно-розыскной деятельности с ее специфическими характеристиками более предпочтительными являются понятия “добывание информации” (п. 3 ст. 2 ФЗ об ОРД) и “собираание сведений” (ч. 2 ст. 10 ФЗ об ОРД).

Широко используемый в уголовно-процессуальном законодательстве и на практике термин “собираание доказательств” Е.А. Доля не принимает органически. По его мнению, названный термин не согласуется с правовой стороной доказывания, не охватывает и не выражает многообразия урегулированных законом условий и порядка производства следственных действий, содержащийся в данном термине смысл ориентирует правоприменителя на собирание как бы уже существующих сведений, отвлекает его внимание от указанных условий и порядка, затрудняет понимание обусловленности ими относимости, допустимости и доброкачественности формируемых доказательств. Тем самым, продолжает Е.А. Доля, затеняется роль уголовно-процессуальной формы и, наконец, употребление термина “собираание доказательств” создает предпосылки для использования на практике в качестве доказательств сведений, полученных за пределами предназначенной для этого уголовно-процессуальной формы²¹. В итоге выражено убеждение в том, что использование термина “формирование доказательств” “будет способствовать правильному пониманию, толкованию и применению уголовно-процессуального закона на практике,

²¹ См.: там же. С. 94.

а следовательно, и повышению эффективности всей уголовно-процессуальной деятельности”²².

Чтобы обеспечить получение таких “благ”, Е.А. Доля предлагает в доказательственном праве вместо собирания доказательств как в досудебном, так и в судебном производстве, а также в ФЗ об ОРД предусмотреть их формирование²³. При более дискурсивных суждениях формулируемые идеи могли бы быть распространены и на другие виды процессуальной деятельности, основными орудиями которых являются доказательства (гражданский, арбитражный и административный процесс), однако по неизвестным причинам Е.А. Доля этого не делает.

В приведенных суждениях **надежда возлагается только на чудодейственную силу термина “формирование доказательств”, поскольку в случае реализации этого предложения та реальность, которая обозначается данным термином, останется неизменной.** Как и во многих других случаях, он прибегает к абстрактным и неоднократно повторяющимся суждениям о том, что “предлагаемый подход затрагивает глубинные основы судопроизводства, влечет существенные последствия для деятельности не только по собиранию доказательств, но и для доказывания в целом”²⁴. Так и хочется спросить: как же до сих пор еще действуют эти основы?

По существу, Е.А. Доля ведет полемику по поводу употребляемых терминов. На продуктивность введения термина “формирование доказательств” для обозначения процедуры получения доказательств указывает также С.А. Шейфер. Он полагает, что именно этот термин “раскрывает сложный путь появления доказательств в уголовном деле и факторы, влияющие на его допустимость”²⁵. Но использование термина “собираание доказательств”, который логически вписывается в терминологическую систему доказательственного права, не может ни в коей мере привести к искажению сложного пути появления доказательств в уголовном деле. Вряд ли кто будет спорить с тем, что получение объективных и доброкачественных доказательств зависит только от неукоснительного соблюдения предписаний уголовно-процессуального закона. Мудрый Конфуций говорил, что “все начинается с того, что нужно дать правильное название всему. Название рождает правиль-

ные действия”. Однако термин “формирование доказательств”, т.е. их создание, делание, вряд ли способен обеспечивать правильные действия в процессе доказывания по уголовному делу. **Не следует усложнять и без того сложное доказательственное право и производство по уголовным делам введением новых загадочных терминов и словосочетаний.** Следует согласиться с П.А. Лупинской в том, что, “отмечая некоторую условность термина “собираание”, нельзя согласиться с предложением заменить его на “формирование следователем доказательств”, так как в этом случае следователь как бы становится создателем доказательства, что противоречит природе доказательства”²⁶.

Термин “формирование доказательств” использовался лишь в ранее действовавшей межведомственной Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд от 13 мая 1998 г. В ней было указано, что результаты ОРД могут служить основой для формирования всех видов доказательств, создавать условия и предпосылки для их установления (п. 4). Это общее положение конкретизировалось следующим образом: “Результаты ОРД, представляемые для использования в доказывании по уголовным делам, должны позволять формировать доказательства, удовлетворяющие требованиям уголовно-процессуального законодательства, предъявляемым к доказательствам в целом, к соответствующим видам доказательств”. Содержание данного предписания полностью воспроизведено в п. 21 новой редакции межведомственной Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд от 17 апреля 2007 г. Правда, исключено положение о том, что результаты ОРД могут служить основой для формирования всех видов доказательств. И сделано это вполне обоснованно, поскольку такие результаты не могут иметь никакого отношения к собиранию большинства видов доказательств.

Отношение ученых и практических работников к понятию “формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности” неоднозначно. Несмотря на это, ни в прежней, ни в новой межведомственной Инструкции не предпринималась попытка раскрыть его содержание. Нет ответа на этот вопрос ни в одной работе, посвященной формированию

²² Там же. С. 113.

²³ См.: там же. С. 113–118, 345–353.

²⁴ Там же. С. 119.

²⁵ Шейфер С.А. Формирование доказательств по уголовному делу – реальность доказательственной деятельности или “научная фантазия”? С. 47.

²⁶ Уголовно-процессуальное право Российской Федерации / Отв. ред. П.А. Лупинская. М., 2009. С. 356.

доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности.

Успешно разрешить проблему использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам можно только на основе действующего доказательственного права, а не на основе отвлеченных и абстрактных представлений. Убедительными и достаточно продуктивными являются следующие суждения по данному вопросу.

В ходе осуществления оперативно-розыскных мероприятий оперативные сотрудники также могут получать сведения об обстоятельствах совершения преступления. Сами по себе такие сведения не являются доказательствами по уголовному делу, поскольку не отвечают требованиям, предъявляемым к ним уголовно-процессуальным законом (ст. 74 УПК РФ). **Однако при определенных условиях они могут стать содержанием некоторых видов доказательств.** Эти условия следующие: 1) сведения оперативно-розыскного характера должны иметь отношение к уголовному делу и устанавливать наличие или отсутствие события преступления, виновность обвиняемого и иные обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения уголовного дела; 2) относящиеся к уголовному делу сведения должны быть допущены в уголовный процесс в установленной законом форме. Такие сведения могут быть получены только из законных источников (ч. 2 ст. 74 УПК РФ), перечень которых является исчерпывающим; 3) вступление в уголовный процесс относящихся к уголовному делу сведений должно осуществляться в установленном законом порядке для каждого вида доказательств²⁷.

Данному положению корреспондирует позиция Конституционного Суда РФ, в определении которого от 4 февраля 1999 г. по жалобе граждан М.Б. Никольской и М.И. Сапронова на нарушение их конституционных прав отдельными положениями Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» сказано следующее: «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 закона, т.е. так, как это предписывается статьями 49 (часть 1) и 50 (часть 2) Конституции Российской Федерации».

Именно таким образом следует понимать предписание ФЗ об ОРД, предусматривающее использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам (ч. 2 ст. 11). Соблюдение указанных выше условий обеспечивает именно собирание на основе результатов оперативно-розыскной деятельности доказательств, отвечающих всем требованиям уголовно-процессуального закона. Поэтому данное обстоятельство должны учитывать оперативные сотрудники, представляющие результаты оперативно-розыскной деятельности следователю, а также следователи, использующие их для получения доказательств по уголовному делу. И нет никакой необходимости вместо этого говорить о трансформации, превращении, переводе и т.п. результатов оперативно-розыскной деятельности в доказательства.

Положение о том, что сведения, полученные оперативно-розыскным путем, при соблюдении соответствующих правил могут стать содержанием некоторых видов доказательств, полностью отрицает Е.А. Доля. При этом в ущерб объективности научного исследования он критикует не автора, который первым высказал данное положение, а другого автора, который согласился с ним и использовал в своих научных работах²⁸. Основной его аргумент состоит в том, что сведения, выявленные оперативно-розыскным путем, и сведения в доказательствах, сформированных на основе результатов оперативно-розыскной деятельности, – это сведения различные. Данное положение как весьма значительное он ставит себе в заслугу. В частности, автор пишет: «Лицо, ставшее в рамках оперативно-розыскной деятельности носителем сведений о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, в дальнейшем в качестве свидетеля на допросе сообщает не эти же сведения (полученные в ходе оперативно-розыскных мероприятий), а иные сведения – сведения, сформированные в рамках его допроса в качестве свидетеля»²⁹.

Такой подход не связан с реальной действительностью и представляет собой полную абстракцию. Какие другие сведения может сообщить, например, оперативный сотрудник, которого следователь допрашивает в качестве свидетеля по

²⁷ Это научное положение в условиях действия УПК РСФСР было сформулировано В.Я. Дороховым (см.: *Дорохов В.Я.* Общее понятие доказательства в советском уголовном процессе. М., 1981. С. 425-426). Оно признавалось другими авторами, служило надежным ориентиром при расследовании уголовных дел и способно выполнять такую же роль в современной оперативно-следственной практике.

²⁸ См.: *Доля Е.А.* Указ. соч. С. 252–254.

²⁹ Там же. С. 78.

уголовному делу об обстоятельствах, воспринятых им при выполнении своих служебных обязанностей? 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. В данном случае следователь также ориентируется на сведения, полученные этим должностным лицом в результате такого оперативно-розыскного мероприятия, как опрос (п. 1 ч. 1 ст. 6 ФЗ об ОРД).

В ходе оперативно-розыскной деятельности могут обнаруживаться предметы, признаки, свойства и состояния которых свидетельствуют об их связях с совершенным преступлением. Следователь в результате названных предметов осмотра выявляет и фиксирует в протоколе эти же свойства, признаки и состояния. Наконец, аналогичный подход применяется в случае получения следователем на основе результатов оперативно-розыскной деятельности протоколов некоторых следственных действий (обыска, выемки и др.). Утверждение о том, что в перечисленных случаях следователем формируются какие-то принципиально иные сведения, а не те, которые стали известны в ходе осуществления оперативно-розыскных мероприятий, по существу означает, что результаты оперативно-розыскной деятельности каким-то таинственным образом исчезли и никакой роли уже не играют. Однако, как известно, материя не исчезает.

Анализ этих, а также многих других подобных суждений и выводов Е.А. Доли, оторванных от реальной действительности, побуждает поставить вопрос: наука это или схоластика?

Вполне логичное и убедительное положение о том, что при соответствующих условиях результаты оперативно-розыскной деятельности могут стать содержанием отдельных видов доказательств, в досудебном производстве реализуется путем собирания доказательств, единственным способом которого является производство следственных действий (ст. 176-207 УПК РФ). Производство каждого из них связано с вторжением в сферу охраняемых законом прав, свобод и интересов граждан. **Поэтому каждое следственное действие должно быть обоснованным.** Выполнение данного требования во многом обеспечивает режим законности при производстве по уголовным делам. Данное требование уголовно-процессуальный закон выражает недостаточно определенно. К сожалению, оно не предусмотрено и в общих правилах производства следственных действий (ст. 164 УПК РФ).

Под основаниями производства следственных действий следует понимать сведения, свидетельствующие о том, что в ходе намечаемого следственного действия будет получено соответствующее доказательство. Такие сведения могут иметь достоверный или вероятный характер и должны лежать в основе решения о производстве каждого следственного действия.

В ходе расследования уголовного дела основания для производства следственных действий могут выявляться как уголовно-процессуальными способами, так и оперативно-розыскным путем. Правомерность использования результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве оснований для производства следственных действий основана на правовых предписаниях.

Так, согласно ч. 1 ст. 11 ФЗ об ОРД результаты оперативно-розыскной деятельности могут быть использованы для подготовки и осуществления следственных действий. Но прежде чем использовать такие результаты в указанном направлении, необходимо решить вопрос об обоснованности каждого из них.

Более определенно этот вопрос разрешает новая межведомственная Инструкция от 17 апреля 2007 г., согласно которой результаты оперативно-розыскной деятельности, представляемые для решения вопроса о возбуждении уголовного дела, должны содержать сведения об очевидцах преступления; о местонахождении предметов и документов, которые могут стать вещественными доказательствами (п. 19). Далее уточняется, что результаты оперативно-розыскной деятельности, представляемые для подготовки и осуществления следственных действий, должны содержать сведения о возможных источниках доказательств; о местонахождении предметов, перечисленных в ч. 1 ст. 81 УПК РФ (п. 20). Сведения, о которых в данном случае идет речь, и будут служить основаниями для производства следственных действий.

Предпосылки использования результатов ОРД в качестве оснований для производства следственных действий содержатся также в уголовно-процессуальном законе.

Так, при наличии предусмотренных в законе оснований предварительное следствие может быть приостановлено (ч. 1 ст. 208 УПК РФ). Оно может быть возобновлено следователем в случае, когда возникла необходимость производства следственных действий, т.е. когда появились основания для их производства (п. 2 ч. 1 ст. 211 УПК РФ). Такими основаниями могут служить только сведения, полученные должностными ли-

цами, осуществлявшими оперативно-розыскную деятельность по приостановленному уголовному делу. Процессуальным путем необходимые сведения получены быть не могут, поскольку закон запрещает производство следственных действий по приостановленному уголовному делу (ч. 3 ст. 209 УПК РФ).

Следует отметить, что на основании сведений, полученных оперативно-розыскным путем, могут производиться не все следственные действия, предусмотренные уголовно-процессуальным законом, а лишь те, первоочередное назначение которых состоит в обнаружении и закреплении доказательств. К ним относятся: осмотр (ст. 178, 180 УПК РФ); допрос свидетеля и потерпевшего (ст. 155, 161 УПК РФ); выемка (ст. 167 УПК РФ); обыск (ст. 168 УПК РФ); освидетельствование (ст. 181 УПК РФ); наложение ареста на почтово-телеграфные отправления, их осмотр и выемка (ст. 185); контроль и запись переговоров (ст. 186 УПК РФ). Оперативно-служебные материалы, содержащие сведения, которые могут служить основаниями для производства перечисленных следственных действий, должны быть представлены следователю в установленном порядке и находиться в материалах уголовного дела.

Все другие следственные действия, цель которых состоит главным образом в проверке собранных доказательств, могут быть проведены только на основе сведений, полученных процессуальными способами (очная ставка, предъявление для опознания, следственный эксперимент и др.).

Результаты ОРД могут использоваться не только в качестве оснований для производства следственных действий, но и для их подготовки и эффективного осуществления.

Так, для успешного производства обыска в жилище во многих случаях необходимы сведения, характеризующие его: количество жилых и вспомогательных помещений, проживающих в нем лиц, наличие охраны и т.п. На основании таких сведений могут быть успешно решены вопросы о времени производства обыска, его участниках, подборе соответствующих технических средств и т.п., а также определены наиболее целесообразные тактические приемы проведения данного следственного действия.

С учетом общего понятия доказательств по уголовному делу, а также требований уголовно-процессуального закона, предъявляемых к каждому из них, в результате использования сведений оперативно-розыскного характера и производства соответствующих следственных действий могут

быть получены следующие виды доказательств: показания свидетеля; вещественные доказательства, протоколы следственных действий и иные документы.

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 (п. 1 ст. 6 ФЗ об ОРД). Следователь анализирует эти сведения с точки зрения относимости их к уголовному делу и в положительном случае **использует их в качестве основания для вызова и допроса того или иного лица в качестве свидетеля.**

При этом следует учитывать, что опрос как оперативно-розыскное мероприятие не регламентируется определенными правилами. Его проведение обуславливается только практической целесообразностью и ограничивается нормами этики и морали. Опрос проводится оперативным сотрудником в специфических условиях и порядке. Так, он может осуществляться как при непосредственном зрительном восприятии опрашиваемого лица, так и без него (например, посредством телефонной связи). Субъектом опроса может быть не только оперативный сотрудник, но по его поручению и другое лицо. Опрашиваемым может быть любое лицо независимо от возраста, пола, физического или психического состояния. Опрос несовершеннолетнего производится без педагога. Четко не определяются также время и место опроса. Они обусловлены только конкретными обстоятельствами.

Указанные реалии не всегда обеспечивают получение в результате опроса достаточно полных и объективных сведений. Поэтому задача следователя состоит не только в придании сведениям, полученным оперативным сотрудником, уголовно-процессуальной формы путем допроса свидетеля, но и в использовании ее для существенной корректировки таких сведений.

При допросе свидетеля следователь исходит из задач уголовного судопроизводства, которые шире задач оперативно-розыскной деятельности. Он руководствуется правовыми предписаниями и теоретическими положениями, позволяющими более правильно определить относимость сведений к уголовному делу. Существенное значение имеют также знания следователем обстоятельств уголовного дела и возможность оперировать при допросе свидетеля доказательствами и другими материалами уголовного дела. Вследствие сказанного содержание показаний свидетеля не всегда

в полной мере совпадает со сведениями, которые были получены оперативным сотрудником в результате проведения опроса. Однако этим не отрицается сформулированное ранее положение.

В результате осуществления своих полномочий оперативные сотрудники нередко сами становятся очевидцами преступления или отдельных связанных с ним обстоятельств. Поэтому в случаях необходимости они также могут быть допрошены в качестве свидетеля. Допрос данной категории лиц в качестве свидетеля нередко возникает в связи с проверкой вещественных доказательств. Однако с учетом ряда факторов к таким допросам следует прибегать лишь в исключительных случаях, когда без них действительно невозможно успешно расследовать уголовное дело. При этом должны строго соблюдаться все условия и правила производства допроса свидетеля, в том числе требование закона устанавливать источник его осведомленности (п. 2 ч. 2 ст. 74 УПК РФ). Недопустимо использовать в качестве доказательства сведения, полученные при допросе оперативного сотрудника, если по каким-либо причинам он не может назвать такой источник.

Сведения об обстоятельствах совершения преступления могут располагать также лица, внедренные в организованные преступные группы, штатные негласные сотрудники органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а также лица, оказывающие или оказывавшие им содействие на конфиденциальной основе. Сведения об этих лицах составляют охраняемую законодательством РФ государственную тайну (ч. 3 ст. 9, ст. 12, 18, 21; Законом РФ "О государственной тайне" от 21 июля 1993 г. (в ред. 1997 г.)³⁰; Уголовным кодексом РФ (ст. 283–284). Поэтому по общему правилу указанные лица не допрашиваются в качестве свидетеля по уголовным делам. Такой допрос возможен лишь в случаях их согласия в письменной форме (ч. 2 ст. 12 ФЗ об ОРД).

В ходе оперативно-розыскной деятельности нередко обнаруживаются предметы, которые могут стать **вещественными доказательствами** (ст. 81 УПК РФ). Условно их можно разделить на две группы: 1) предметы, имеющие признаки, которые предусмотрены ст. 81 УПК РФ и 2) технические средства, которые применялись при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий и послужили средствами обнаружения и фиксации выявленных при этом сведений (фото- и киносъемка, аудио- и видеозапись).

Предметы, входящие в первую группу, могут быть получены оперативными сотрудниками в результате досмотра, поиска, преследования, задержания и разоружения, облавы, засады, пресечения, "разборок" между преступными группировками и т.п.

Если в этих предметах обнаруживаются свойства, признаки и состояния, указывающие на их объективную связь с обстоятельствами совершения преступления, то они должны быть представлены следователю. Он обязан последовательно выполнить все требования уголовно-процессуального закона, с которыми связано получение вещественных доказательств. В результате этого свойства, признаки и состояния предметов, выявленные в ходе их осмотра и свидетельствующие об их объективных связях с обстоятельствами совершенного преступления, станут содержанием вещественных доказательств.

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) преступлений³¹.

Предмет, полученный оперативно-розыскным путем и претендующий на роль вещественного доказательства, также должен войти в уголовный процесс законным способом и осмотрен в присутствии понятых в целях обнаружения и фиксации сведений, т.е. свойств, признаков и состояний предмета, образующих содержание данного вида доказательства. Результаты осмотра отражаются в протоколе, после чего выносится постановление о признании предмета вещественным доказательством и приобщении к уголовному делу (ст. 81 УПК РФ).

Отдельно стоит вопрос об использовании в качестве вещественных доказательств предметов и материалов, полученных при проведении гласно или негласно оперативно-розыскных мероприятий. Такое изъятие допускается лишь в случае возникновения непосредственной угрозы жизни

³⁰ Росс. газ. 1993. 21 сент.

³¹ Нельзя согласиться с мнением о том, что материалы видео- и аудиозаписи, кино- и фотосъемки, полученные при проведении оперативно-розыскных мероприятий, представляют собой документы, а не вещественные доказательства (см.: Демидов И.Ф. Значение оперативно-розыскной деятельности для уголовно-процессуального производства // Судебная реформа и проблемы уголовного судопроизводства. Сборник научных трудов. М., 1995. С. 97). Такие предметы не имеют признаков документов в их правовом значении.

и здоровью лица, а также угрозы государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации (ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД). Тем самым отдается предпочтение уголовно-процессуальным способам изъятия соответствующих предметов. Поэтому и при наличии указанного в законе условия изымать предметы при проведении оперативно-розыскных мероприятий нецелесообразно в тех случаях, когда можно обеспечить изъятие их в рамках возбужденного уголовного дела путем производства обыска или выемки. Иначе говоря, в ходе оперативно-розыскной деятельности следует создавать реальные условия и предпосылки для решения данного вопроса именно таким путем.

Использование предметов, полученных оперативно-розыскным путем, в качестве вещественных доказательств по уголовному делу сопряжено с существенными сложностями, которые обусловлены следующими обстоятельствами. Уголовно-процессуальный закон требует проверять доказательства (ст. 87 УПК РФ). Не должно быть исключений и для вещественных доказательств, полученных на основе результатов оперативно-розыскной деятельности. Выполнение данного требования закона предполагает допрос оперативных сотрудников в качестве свидетеля об источниках, способе и других обстоятельствах получения того или иного предмета. Такой допрос служит важной гарантией установления относимости и достоверности вещественных доказательств. Без него вещественные доказательства оставались бы для следователя и суда анонимными. Допускать этого нельзя ни в коем случае.

Однако допрос оперативного сотрудника в качестве свидетеля об обстоятельствах получения предмета может быть сопряжен с разглашением той стороны оперативно-розыскной деятельности, которая составляет государственную тайну. Реальная угроза этого остается в случаях, когда соответствующие предметы получены при содействии негласных источников (конфидентов), лиц, внедренных в организованные преступные группы, или штатных негласных сотрудников органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность. Поэтому допрос таких лиц по общему правилу признается недопустимым.

Высказано мнение, что критерием допустимости предметов и документов, полученных в ходе оперативно-розыскной деятельности и представленных следователю, является не допрос лиц, их получивших, а проверяемость вещественных доказательств с помощью других процессуаль-

ных действий³². Однако субъектам доказывания не может быть рекомендован какой-то обязательный критерий определения способов проверки (исследования) доказательств. Такие способы дознаватель, следователь и суд определяют самостоятельно. Ходатайство о проверке вещественного доказательства путем допроса оперативного сотрудника в качестве свидетеля могут заявить также обвиняемый (подсудимый) или его защитник.

Таким образом, возможна коллизия между интересами оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности. Представляется, что если реально обеспечить интересы обеих видов деятельности невозможно, то должны быть обеспечены те из них, которые социально более значимы. В частности, это может быть достигнуто путем рассекречивания соответствующих сведений на основании постановления руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность (разд. VI Закона РФ «О государственной тайне» от 21 июля 1993 г., ст. 12 ФЗ об ОРД).

Наряду с показаниями свидетеля и вещественными доказательствами на основе сведений оперативно-розыскного характера может быть получен такой вид доказательства, как **протоколы следственных действий**.

Известно, что сведения оперативно-розыскного характера о местах нахождения предметов, которые могут служить средствами для обнаружения преступления и установления обстоятельств уголовного дела, используются в качестве оснований для производства осмотра, обыска (личного обыска) и выемки. Согласно закону о производстве каждого следственного действия составляется протокол (ст. 166, 180, 182–183 УПК РФ), который имеет самостоятельное доказательственное значение (ст. 83 УПК РФ). Если, например, в ходе обыска будут обнаружены предметы, могущие служить вещественными доказательствами, то **содержанием протокола данного следственного действия станут те же сведения, которые были получены оперативно-розыскным путем**.

Факты проведения оперативно-розыскных мероприятий и выявленные при этом сведения фиксируются в многочисленных письменных материалах, которые называют справками, рапортами, протоколами, актами и т.п. Их нельзя приравнивать к протоколам следственных действий

³² См.: Бедняков Д.И. Непроцессуальная информация и расследование преступлений. М., 1991. С. 119–121.

(ст. 83 УПК РФ) и признавать доказательствами по уголовному делу. Это объясняется тем, что оперативно-розыскные мероприятия не являются способами собирания доказательств. Следовательно, и письменные материалы, в которых фиксируются полученные сведения, не могут иметь доказательственного значения.

Оперативно-служебные материалы, полученные в ходе осуществления оперативно-розыскной деятельности, неправоммерно признавать также таким видом доказательств, как иные документы (ст. 84 УПК РФ). Другое суждение, по существу, означало бы, что соответствующие должностные лица получают доказательства оперативно-розыскным путем до возбуждения уголовного дела.

В уголовно-процессуальном законе дано определение доказательств по уголовному делу (ч. 1 ст. 74 УПК РФ). Следовательно, пока нет уголовного дела, не может быть и уголовно-процессуальных средств доказывания. Все то, что правоохранительные органы получают до возбуждения уголовного дела оперативно-розыскным путем, следует именовать оперативно-розыскными или оперативно-служебными материалами.

Признание оперативно-служебных материалов доказательствами в уголовном судопроизводстве противоречит нормам доказательственного права. Из научно обоснованного представления об иных документах как доказательствах по уголовному делу вытекает, что их содержанием не могут быть сведения об обстоятельствах совершения преступления и виновности лица в его совершении. Рассматриваемый вид доказательства не могут создавать не только должностные лица, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, но и следователи и дознаватели³³.

Механическое отнесение письменных оперативно-служебных материалов к таким видам доказательств, как иные документы, не только следователей сделало бы “покорными писарями,

оформителями результатов ОРД”, от чего обоснованно предупреждал профессор А.М. Ларин³⁴. По существу, ненужным стало бы само предварительное расследование, поскольку отсутствовали бы реальные условия для реализации предписаний доказательственного права.

Поэтому правомерен вывод о том, что оперативно-служебные материалы, полученные в ходе осуществления оперативно-розыскной деятельности, но не имеющие статуса соответствующих видов доказательств, могут служить только поводом и основанием для возбуждения уголовного дела и использоваться в качестве оснований для производства следственных действий, их подготовки и осуществления.

Вместе с тем в ходе оперативно-розыскной деятельности могут быть получены и представлены следователю документы, которые имеют необходимые признаки иных документов как доказательств по уголовному делу. Следовательно, убедившись в том, что изложенные в них сведения отражают обстоятельства, имеющих значение для уголовного дела, вправе использовать их в доказывании по уголовному делу.

И последнее. Федеральным законом от 26 декабря 2008 г., вступившим в законную силу 10 января 2009 г., ч. 1 ст. 15 ФЗ об ОРД дополнена предписанием, согласно которому в случае изъятия документов, предметов, материалов при проведении гласных оперативно-розыскных мероприятий должностное лицо, осуществившее изъятие, составляет протокол в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации. 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.

Следуя общим правилам, протокол гласного оперативно-розыскного мероприятия и изъятые материалы могут быть представлены властным участникам уголовного судопроизводства и использованы в качестве повода и основания для возбуждения уголовного дела, в качестве оснований для производства следственных действий, а также в доказывании по уголовным делам. В последнем случае доказательственное значение будет иметь протокол, в котором изла-

³³ Несмотря на это, некоторые авторы все же полагают, что нет никаких юридических препятствий для использования протоколов изъятия, рапортов, актов обследования и иных документов, полученных сотрудниками правоохранительных органов законным путем до возбуждения уголовного дела в доказывании по уголовным делам в процессуальном режиме такого вида доказательств, как иные документы (см.: *Белкин А.Р.* Теория доказывания в уголовном судопроизводстве. М., 2005. С. 228; *Маевский В.* Допустимость доказательств, полученных органами дознания до возбуждения уголовного дела // *Росс. юстиция.* 2000. № 6. С. 37–39; *Основы оперативно-розыскной деятельности.* Учебник / Под ред. С.В. Степашина. СПб., 1999. С. 113).

³⁴ См.: *Ларин А.М.* О принципах уголовного процесса и гарантиях прав личности в проекте УПК // *Росс. юстиция.* 1997. № 9. С. 11.

гаются ход и результаты гласного оперативно-розыскного мероприятия, а также, документы, предметы и другие материалы, если им будет придан статус соответствующих видов доказательств. Однако следует уточнить, что протокол данного оперативно-розыскного мероприятия нельзя относить к такому виду доказательств, как протоколы следственных действий, поскольку рассматриваемый способ собирания

доказательств реализуется не следователем, а должностным лицом, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, и вне рамок возбужденного уголовного дела.

Представляется, что рассматриваемые предписания оперативно-розыскного законодательства должны быть сформулированы в УПК РФ и приведены в полное соответствие с нормами доказательственного права.