

ВОПРОСЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА

*С.А. Шейфер**

О возможности использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовному делу

Острой и в высшей степени актуальной проблеме использования в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности посвящено в последние годы большое число книг и статей. Не ставя перед собой задачи подвергнуть анализу и оценке различные суждения исследователей по этому вопросу, попытаемся, опираясь на положения теории доказательств и нормативные источники, окинуть проблему «общим взглядом», сформулировать свои суждения по наиболее важным ее аспектам.

Наряду с доказыванием, т.е. с познавательной деятельностью управомоченных государственных органов, регламентированной уголовно-процессуальным законом и осуществляемой в строгой правовой форме, в нашей стране издавна применялось познание иного рода — оперативно-розыскная деятельность (ОРД), нацеленная на предотвращение

* © Шейфер С.А., 2005.

и раскрытие преступлений. Она осуществлялась путем получения информации с помощью оперативно-розыскных мероприятий (ОРМ), свободных от процессуальной формы и применяемых по большей части негласно. Оперативно-розыскная деятельность всегда была эффективным средством борьбы с преступностью, представляя следователю ценный, хотя и добытый разведывательными, непроцессуальными методами материал о лицах, совершивших преступление, их намерениях, местах хранения похищенного и т.д. Но возможность использования ее в целях доказывания наталкивалась на существенную трудность — отсутствие нормативно-признанных правил преобразования результатов ОРД в доказательства в процессуальном смысле. Поэтому в практике ОРД в прошлые годы использовались приемы решения этой проблемы, далекие от требований закона (например, направление органу расследования перехваченной записки, содержащей инструкции одного соучастника преступления другому, с анонимным письмом легендированного содержания). С принятием Закона об оперативно-розыскной деятельности РФ от 13 марта 1992 г. и затем в новой редакции от 12 августа 1995 г., придавших ей легитимность и определивших ее задачи и методы осуществления, открылась возможность решить эту проблему на основе закона. Согласно ст. 11 Закона об ОРД, результаты ОРД могут представляться в орган дознания, следователю и в суд, в производстве которых находится уголовное дело, а также использоваться в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств.

Главная трудность при этом состоит в том, что результаты ОРД, взятые сами по себе, доказательствами не являются, ибо не соответствуют нормативному определению доказательства, и в своем изначальном виде не могут быть включены в материалы дела в качестве доказательств. Они по своему содержанию могут обладать относимостью, т.е. содержать сведения, имеющие отношение к предмету доказывания, но не обладают вторым необходимым свойством доказательства — допустимостью.

Требование допустимости настолько важно, что оно закреплено в Конституции РФ (ч. 2 ст. 50). В УПК РФ оно выражено в виде запрета использовать недопустимые доказательства (ст. 75 УПК РФ). Данное требование имеет своей целью обеспечить надежность, достоверность используемых в процессе установления обстоятельств дела доказательств, исключить применение фактических данных, полученных с нарушени-

ем процессуальной формы и поэтому порождающих неустранимые сомнения в своей достоверности. Следовательно, допустимость доказательств — это существенная гарантия установления истины. В принципе возможно, что недопустимое по форме доказательство объективно будет содержать достоверные сведения. Однако сомнения в их достоверности, обусловленные отступлениями от процессуальной формы, всегда сохраняются, что приводит к непригодности такого доказательства для целей установления истины.

Оперативно-розыскная информация не соответствует ни одному из требований, определяющих допустимость доказательств (надлежащий источник, уполномоченный субъект, законный способ получения и закрепления сведений). Это объясняется способами ее получения, свободными от формы, накладываемой уголовно-процессуальным законом на познавательную деятельность следователя. Вследствие этого результаты ОРД всегда являются менее надежными, чем полученные процессуальным путем.

Поэтому введение в уголовный процесс оперативно-розыскной информации в качестве доказательства возможно лишь при условии неуклонного соблюдения основных постулатов доказательственного права и теории доказательств. Отказ от их соблюдения исключает возможность преобразования (или, как иногда говорят, «нереформирования») данных ОРД в доказательства. Ст. 89 УПК РФ подчеркивает эту мысль, указывая, что в процессе доказывания запрещается использование результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам Уголовно-процессуальным кодексом. В этой норме характер требований, однако, не определен.

Одним из таких требований является требование проверяемости доказательств. Оно означает, что органы расследования, прокурор и суд должны иметь возможность проследить весь путь формирования доказательства, с тем, чтобы убедиться в надежности источника и в том, что в этом процессе не произошло искажения сведений, составляющих содержание доказательств. Установления источников доказательства (т.е. носителей доказательственной информации) при их проверке требует и ст. 87 УПК РФ. В четкой форме это требование выражено в Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд (утверждена совместным приказом ряда «силовых» ведомств 13 мая 1998 г.).

В п. 7 Инструкции подчеркивается, что результаты ОРД, представляемые для использования в доказывании, должны содержать указания на источники получения предполагаемого доказательства или предмета, который может стать доказательством.

Еще более конкретные указания содержатся в п. 18: «Представляемые материалы должна сопровождать информация о времени, месте, обстоятельствах изъятия в ходе оперативно-розыскной деятельности предметов и документов, получения видео- и аудиозаписей, кино- и фотоматериалов, копий и слепков...». Из положений ст. 87 УПК и ряда других норм (п. 2 ч. 2 ст. 75, ч. 7 ст. 141) вытекает общее правило: сведения неизвестного происхождения ни при каких условиях не могут стать доказательствами.

При разрешении проблемы преобразования в доказательства сведений, полученных посредством оперативно-розыскных мероприятий, это правило является особенно важным. Последние в значительной своей части являются негласными и осуществляются на строго конфиденциальной основе. Многие из полученных сведений в соответствии со ст. 12 Закона об ОРД составляют государственную тайну, причем их рассекречивание возможно лишь на основании постановления руководителя органа, осуществляющего ОРД. Кроме того, на рассекречивание требуется согласие лиц, внедренных в организованные преступные группы, штатных негласных сотрудников органов, осуществляющих ОРД, а также лиц, осуществлявших им конфиденциальное содействие. Поэтому в случае невозможности рассекречивания сведения при всей их значимости не могут быть преобразованы в доказательства (п. 26 Инструкции). Следовательно, дознавателю придется искать другие пути установления интересующих его обстоятельств.

С учетом требований допустимости важным является положение о том, что доказательства должны иметь форму, предписанную уголовно-процессуальным законом, т.е. относиться к одному из закрепленных законом видов доказательств (ч. 2 ст. 74 УПК РФ).

Какими же доказательствами могут стать результаты проведения ОРД? В известной мере об этом говорит сам характер проводимых с этой целью оперативно-розыскных мероприятий (ОРМ) (ст. 6 Закона об ОРД). Так, опрос граждан и наведение справок могут выявить свидетелей по делу, и тогда они могут быть допрошены. Сбор образцов для сравнительного исследования обычно используется для внутренних целей - оперативного исследования специалистом предметов и документов с целью установления их тождества или других обстоятельств. Результат

исследования может быть представлен следователю в качестве иного документа (ст. 84 УПК). Проверочная закупка (производимая для установления фальсификации товара или иных преступлений в сфере финансовой, торговой деятельности) может сопровождаться письменной фиксацией акта закупки, а также аудио- и видеозаписью. Результаты этого ОРМ могут быть представлены следователю также в качестве иных документов. Наблюдение, т.е. фиксация поведения и действий лица, подозреваемого в преступной деятельности, его связей, образа жизни, может быть отражено в каком-либо оперативно-служебном документе, а также с помощью кино съемки, видеозаписи и средств электронного наблюдения. И в этом случае речь может идти о представлении иных документов. Отождествление личности (т.е. идентификация лица и трупа, похищенных вещей, орудий преступления и т.д.), учитывая его конспиративный характер, нельзя считать предъявлением для опознания (ст. 193 УПК). Отождествление чаще всего не документируется, и единственной формой реализации его результатов в доказывании станет допрос лица, отождествившего объект¹. Обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств предполагает негласное проникновение внутрь этих объектов и осмотр их изнутри. При этом могут быть обнаружены следы преступления, орудия совершения преступления, иные предметы, имеющие отношение к делу. Учитывая характер этого ОРМ, следователю могут быть представлены его вещественные результаты (предметы, документы, слепки). В результате осуществления с разрешения суда контроля почтовых отправлений (т.е. конспиративного их просмотра) оперативный работник может представить следователю изъятый документ — почтовое отправление, содержащее информацию, имеющую значение для дела, либо изготовленную его копию, а также оперативно-служебный документ, в котором зафиксирован факт просмотра. В аналогичной форме может быть представлен следователю результат прослушивания с разрешения суда телефонных переговоров (фонограмма) и соответствующий оперативно-служебный документ. Такое, одно из сложных ОРМ, как снятие информации с каналов связи (т.е. съем с разрешения суда специальными техническими средствами данных, возникающих при передаче информации по сетям электрической связи, в работе компьютерных сетей и телекоммуникационных систем), также может быть реализовано путем представления аудиозаписей и соответствующего оперативно-служебного документа. Весьма сложны по структуре и организации и трудно реализуемы такие ОРМ, как оперативное внедрение (конспиративный ввод с раз-

решения суда в преступную среду оперативного работника или агента с целью добывания информации о преступной деятельности), контролируемая поставка (допущение вывоза, провоза, ввоза вызывающих подозрение партий груза с ведома и под надзором оперативных органов с целью раскрытия преступления). Особой сложностью отличается оперативный эксперимент. В науке не сложилось четкого определения этого ОРМ. Наиболее распространенным является представление о нем как об опытном действии, направленном на проверку данных о намерении лица совершить тяжкое преступление и о легендированных шагах на встречу его желанию (например, получить взятку) с тем, чтобы осуществить захват с поличным, непосредственно при совершении преступления². Результатом этого ОРМ может быть изъятие предметов (например, меченых купюр). Таким образом, превратить результаты оперативного эксперимента в доказательство можно путем представления следователю изъятых предметов, аудиозаписей переговоров оперативника, агента, иного лица с потенциальным преступником, других документальных материалов. Кроме того, возможен допрос участников оперативного эксперимента об обстоятельствах его проведения.

С учетом сказанного выше оперативно-розыскная информация может быть непосредственно введена в дело не в виде любого доказательства, а только в виде вещественных доказательств и иных документов. Это объясняется тем, что только предметы и документы вводятся в уголовный процесс (при соблюдении требований, о которых будет сказано ниже) с сохранением своей первоначальной формы, между тем как любая другая информация, содержащаяся в следах события, в ходе процессуальной деятельности всегда преобразуется, принимает иную форму. Например, образы памяти лица, наблюдавшего событие, преобразуются в описание этого события, информация, сохранившаяся на месте происшествия, трансформируется в словесную форму, в форму фото-, киноизображения и т.п. Не случайно закон (п. 3 ч. 2 ст. 86, ч. 7 ст. 234, ч. 1 ст. 271, ст. 286 УПК) говорит об истребовании не доказательств, а именно предметов и документов. По логике вещей оперативно-розыскная информация не может быть непосредственно трансформирована в показания свидетеля, заключение эксперта и протокол следственного действия, ибо все виды доказательств формируются на основе непосредственного или опосредованного восприятия следов события, обнаруженных «официальным» (не оперативно-розыскным) путем.

Наконец, важнейшим условием преобразования оперативно-розыскной информации в доказательства определенного вида является применение предусмотренного законом способа получения доказательств.

Этот момент специально подчеркивается в ст. 11 Закона об ОРД, где сказано, что результаты ОРД могут использоваться в доказывании в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств. Поскольку проверке и оценке подвергается уже полученное доказательство, акцент в этой формуле следует сделать именно на собирании доказательств, ибо проверять и оценивать можно уже полученные доказательства. Этот элемент доказывания точнее именовать формированием доказательств, ибо показания, заключения экспертов и т.д., т.е. виды доказательств (ч. 2 ст. 74 УПК), изначально в природе не существуют, а появляются в результате проведения следственных действий, истребования и принятия предметов и документов. Вопрос о способах преобразования оперативно-розыскной информации в доказательства в уголовно-процессуальном смысле заслуживает более подробного освещения.

Решение этого вопроса зависит от того, на какой стадии уголовного процесса в поле зрения органа расследования появляется значимая оперативно-розыскная информация.

В стадии возбуждения уголовного дела органы расследования и прокурор рассматривают поступающие к ним сообщения и определяют, содержатся ли в них достаточные данные, указывающие на признаки преступления, т.е. на основания возбуждения уголовного дела. Ст. 11 Закона об ОРД устанавливает, что результаты ОРД могут служить поводом и основанием возбуждения уголовного дела.

Можно считать, что деятельность оперативных органов, обнаруживших признаки преступления в процессе ОРД, представляет собой такой повод к возбуждению уголовного дела, как непосредственное обнаружение уполномоченным органом признаков преступления или, как об этом сказано в ст. 140 УПК РФ, — «сообщение о совершенном или готовящемся преступлении, полученное из иных источников». В этом случае, в соответствии со ст. 143 УПК, лицо, получившее данное сообщение, составляет «рапорт об обнаружении признаков преступления». Большинство оперативных органов являются и органами дознания, что обязывает их обнаруживать и раскрывать преступления. Инструкция от 13 мая 1998 г. указывает, что результаты ОРД, представленные для решения вопроса о возбуждении уголовного дела, должны содержать достаточные данные, указывающие на признаки преступления, а именно: сведения о том, где, когда, какие признаки и какого именно преступления обнаружены, при каких обстоятельствах, сведения о лице (лицах), его совершившем (если оно известно), очевидцах преступления, мес-

тонахождении следов, документов и предметов, которые могут стать вещественными доказательствами и т.п. При этом, однако, в Инструкции не указывается, как следует оформлять принятие этих материалов.

Непосредственно обнаруженные оперативными органами признаки преступления должны быть удостоверены, отражены в оперативно-служебных документах, каковыми являются рапорты, справки, отчеты, объяснения граждан и др. К ним могут быть приобщены ксерокопии первичных документов, сообщений, содержащихся в почтово-телеграфных отправлениях, акты негласного наблюдения за поведением определенного лица, результаты негласной видеосъемки, фонограммы телефонных переговоров и другие материалы, полученные до возбуждения уголовного дела. Обычно представление их следователю, дознавателю и прокурору оформляется рапортом сотрудника органа дознания. Более предпочтительным представляется направление этих материалов с постановлением руководителя органа дознания, добывшего эти данные. Такой порядок в большей мере соответствует традиционному способу передачи материалов по подследственности от одного органа расследования другому. Естественно, что когда оперативное подразделение органа МВД (например отделение уголовного розыска РУВД) передает подобный материал «своему» подразделению дознания, вынесение постановления будет излишним. Однако ни наличие рапорта, ни наличие постановления не исключают необходимости в удостоверении следователем, прокурором самого факта представления материалов и главное — того, что они получены с соблюдением положений Закона об ОРД, содержат информацию, указывающую на признаки преступления и на источник ее получения. В этих целях уполномоченные лица должны, как представляется, составить протокол принятия материалов от оперативного подразделения, в котором отражаются все указанные обстоятельства, в т.ч. содержание документов, аудио- и видеозаписей, фонограмм телефонных переговоров и другие сведения, определенные для этой ситуации Инструкцией от 13 мая 1998 г. Необходимость составления протокола о принятии материалов объясняется тем, что решение о признании их поводом и основанием возбуждения уголовного дела принимает не оперативный орган, а следователь или прокурор.

Схожим, но существенно более сложным является порядок принятия оперативно-розыскных данных в стадии предварительного расследования, когда уже возбуждено уголовное дело, ведется деятельность, регулируемая УПК, а доказывание осуществляется в процессуальной

форме. В нее предстоит облечь и результаты ОРД, если будет признано, что они имеют доказательственную ценность. В этой ситуации речь идет не об установлении оснований возбуждения уголовного дела, к которому не предъявляются жесткие процессуальные требования, а о пополнении круга доказательств, собираемых следователем. Инструкция от 13 мая 1998 г. в этом случае предъявляет к результатам ОРД более серьезные требования. Согласно п. 7 Инструкции, «результаты ОРД, представляемые для использования в доказывании по уголовным делам, должны позволять формировать доказательства, удовлетворяющие требованиям уголовно-процессуального законодательства, предъявляемые к доказательствам в целом, к соответствующим видам доказательств, и содержать сведения, имеющие значение для установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу, указания на источник получения предполагаемого доказательства или предмета, который может стать доказательством, а также данные, позволяющие проверить в условиях судопроизводства доказательства, сформированные на их основе».

Как и в первом случае при этом происходит получение извне сведений, имеющих процессуальное значение. Это может быть осуществлено только представлением данных ОРД органу расследования с соблюдением условий, позволяющих преобразовать эти данные в доказательства в уголовно-процессуальном смысле. Следует, однако, отметить, что представление оперативным органом доказательственных материалов, полученных в ходе ОРД, имеет иной смысл, нежели представление предметов и документов обвиняемым, потерпевшим, другими участниками процесса (ч. 2 ст. 86 УПК). Если эти лица, представляя предметы и документы, реализуют свое право на участие в доказывании и защищают таким путем свои законные интересы, то органы, ведущие оперативно-розыскную деятельность, обязаны представлять органам расследования ее результаты, имеющие доказательственную ценность (разумеется, при условии, что не будут нарушены требования конспирации и не возникнет опасности для конфиденентов — носителей тайн). Такая обязанность вытекает из задач, стоящих перед государственными оперативно-розыскными органами (ст. 2 Закона об ОРД), действующими в целях защиты жизни и здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств (ст. 1 Закона об ОРД). Следует отметить, что возможность представления результатов ОРД органам расследования и прокурору предусмотрена Законом об ОРД (ст. 11), но о ней ничего не говорится в действующем УПК, что, на наш взгляд, является пробелом закона,

т.к. ограничивает возможности всестороннего и полного исследования обстоятельств дела. Но не должно вызывать сомнения право органов расследования принимать, исследовать и оценивать доказательственные материалы, поступившие от оперативно-розыскных органов, подобное их праву принимать доказательства, представленные участниками процесса (ст. 86 УПК).

С учетом сказанного выше правила представления результатов ОРД оперативными органами и принятия их органами расследования, прокурором представляют собой некий нормативный комплекс, охватывающий как предписания Закона об ОРД, так и нормы УПК РФ и вытекающие из них положения. Этот комплекс должен содержать следующие требования:

1. Предметы и документы должны быть получены оперативным органом с соблюдением норм Закона об ОРД (в частности, там, где необходимо, с разрешения суда).

2. Факт их получения оперативным органом должен быть удостоверен соответствующим оперативно-служебным документом.

3. Предметы и документы направляются органу расследования или прокурору (при личной явке оперативного работника или по почте) с соответствующим документом оперативного органа, в котором обосновывается доказательственное значение представляемого объекта³.

4. Представляемый предмет или документ должен быть осмотрен дознавателем, следователем, прокурором, фонограмма прослушана, кинофильм или видеोगрамма просмотрены. Эти действия должны быть отражены в протоколе представления предметов и документов, составленным органом расследования, прокурором. В нем должно быть отражено и происхождение представленных объектов, их отличительные признаки.

5. Признав результат ОРД относимым и удовлетворяющим требованиям допустимости, следователь, дознаватель, прокурор выносят постановление о приобщении его к делу, а в противном случае — отказывают в этом. Решению может предшествовать проведение следственных действий, направленных на проверку допустимости объекта (например, проведение фоноскопической экспертизы фонограммы). В такой ситуации момент принятия материала и момент приобщения его к делу могут и не совпадать.

Сохраняют ли представленные оперативным органам и принятые органом расследования предметы и документы свое первоначальное качество? Можно считать, что материалы, передающие значимую для дела

и выраженную в физических признаках (предметы, слепки со следов, документы, сохранившие на себе следы преступления и пр.) информацию и приобщенные в качестве вещественного доказательства в процессе последующего доказывания, сохраняют свое первоначальное качество, т.е. останутся вещественными доказательствами.

Это относится и к обычным документам (оперативно-служебные документы, документы и их копии, изъятые на предприятиях, в учреждениях), а также к звуко- и видеодокументам (аудио- и видеозаписи, результаты оперативной фото- и киносъемки). Принятые и приобщенные к делу в качестве «иных документов», они остаются таковыми в процессе последующего доказывания. Возможно, однако, что при исследовании «иных документов» будут выявлены признаки, присущие вещественным доказательствам, и тогда они изменят свое первоначальное качество.

Что же касается сведений о фактах, имеющих значение для дела и установленных в ходе ОРД, они, будучи представленными органам расследования в качестве ориентирующей информации, доказательствами не станут. Использование этих результатов в целях доказывания может осуществляться только путем допроса в качестве свидетелей лиц, наблюдавших эти факты (при согласии оперативного органа на рассекречивание источника информации).

Закон об ОРД предусматривает и представление органам расследования и прокурору сообщений, которые могут быть использованы для подготовки и осуществления следственных действий (ч. 1 ст. 11 Закона). Такие сведения могут существенно способствовать успеху расследования. Помимо сведений о потенциальных свидетелях, сообщения могут касаться лиц, совершивших преступление, места его совершения, хранения похищенных ценностей и других обстоятельств, которые могут быть установлены путем проведения следственных действий: допроса, осмотра, освидетельствования, обыска, выемки. При этом оперативно-розыскные данные могут стать составной частью фактических оснований проведения следственного действия, дополняя имеющиеся в деле доказательства, но отнюдь не компенсируя их отсутствие.

Примечания

¹ В этом случае процессуальное предъявление для опознания объекта лицу, ранее его опознавшему, становится невозможным, т.к. мысленная идентификация уже произошла. Но этот объект может быть предъявлен для опознания другим лицам (потерпевшему, свидетелю и т.д.).

² Оперативный эксперимент не должен превращаться в провокацию преступления. УК РФ предусматривает уголовную ответственность за провокацию взятки либо коммерческого подкупа (ст. 304 УК РФ).

³ Инструкция от 13 мая 1998 г. (п. 8) устанавливает, что представление результатов ОРД органам расследования, прокурору и в суд осуществляется на основании постановления руководителя оперативно-розыскного органа. В постановлении указывается, в результате какого ОРМ получены материалы и какие именно, для каких целей они представляются, когда и кем санкционировалось конкретное ОРМ (п. 14). Эти сведения имеют важное значение для определения допустимости представляемого материала. Однако постановление составляется в одном экземпляре и приобщается к делу оперативного учета или соответствующего номенклатурного дела (п. 17), т.е. органу расследования не направляется. Вместо постановления направляется обобщенное официальное сообщение (справка — меморандум) или подлинники соответствующих оперативно-служебных документов. Такой способ представления материалов является не вполне удовлетворительным.

*В.А. Лазарева**

Роль адвокатуры в повышении качества и эффективности уголовного судопроизводства и некоторые гарантии ее реализации

Новый Уголовно-процессуальный кодекс РФ открывает для участвующих в уголовном судопроизводстве адвокатов такие возможности, о которых еще вчера можно было только мечтать. Признание существования сторон, состязания перед лицом беспристрастного и независимого суда, провозглашение равенства стороны защиты со стороной обвинения, предоставление защите права собирать доказательства, ликвидация института дополнительного расследования и, как следствие, возможность завершения судебного разбирательства оправдательным приговором, связанность границ судебного разбирательства объемом обвинения, осуществляемого органом уголовного преследования, — все

* © Лазарева В.А., 2005.