

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ РЕЗУЛЬТАТОВ «НЕВЕРБАЛЬНЫХ» ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫХ МЕРОПРИЯТИЙ В ДОКАЗЫВАНИИ ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ – ОБЪЕКТИВНАЯ НЕОБХОДИМОСТЬ

В настоящей статье в очередной раз поднимается вопрос о возможности использования в уголовном судопроизводстве результатов оперативно-розыскной деятельности. Анализируя нормы действующего законодательства, научные позиции по данной проблеме, а также современную правоприменительную практику, автор приходит к выводу об объективной необходимости непосредственного использования в процессе доказывания результатов «невербальных» оперативно-розыскных мероприятий без придания им некой мнимой процессуальной формы. В этой связи предлагается внесение ряда изменений в уголовно-процессуальное законодательство и намечаются тенденции, направленные на реформу законодательства об оперативно-розыскной деятельности.

Ключевые слова: доказательства; доказывание; оперативно-розыскные мероприятия; результаты оперативно-розыскной деятельности; собрание доказательств; уголовное судопроизводство.

«При любой возможности постарайтесь заключить мир с врагом и найдите способ привлечь его к себе на службу».

Роберт Грин. «48 законов власти»

Одной из самых острых проблем теории и практики доказывания остается проблема возможности использования в уголовном судопроизводстве результатов оперативно-розыскной деятельности. Большинство ученых-процессуалистов, занимающихся данными вопросами, сходятся во мнении, что на сегодняшний день использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности имеет весьма важное значение [3, с. 21 ; 14, с. 7 ; 19, с. 156 ; 202, с. 94 ; 35, с. 322]. Вместе с тем современные законодательные подходы к механизмам доказывания по уголовному делу не позволяют расценивать подобные результаты в качестве

полноценных доказательств. Они не являются доказательствами в «чистом виде» [36, с. 10]. В частности, согласно ч. 2 ст. 11 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»¹ такие результаты могут использоваться в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства РФ, регламентирующими собрание, проверку и оценку доказательств. Тогда как ч. 1 ст. 86 УПК РФ прямо указывает, что органы предварительного расследования и суд

¹ Федеральный закон от 12 августа 1995 г. № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» с последующими изменениями и дополнениями.

вправе собирать доказательства лишь посредством проведения следственных действий и иных процессуальных мероприятий, предусмотренных самим Кодексом. А статья 89 УПК РФ, в свою очередь, запрещает использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности, не отвечающих требованиям, предъявляемым к доказательствам. Комплексный анализ указанных правовых норм позволяют констатировать наличие весьма существенной юридической коллизии, обуславливающей существенные затруднения как теоретического, так и практического характера. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» и изданная в соответствии с ним Инструкция «О порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд»² фактически предполагают использование соответствующих материалов в качестве доказательств по уголовному делу в случае их получения в установленном УПК РФ правовом режиме, то есть при соблюдении процессуальной формы. Однако вполне очевидно, что оперативно-розыскная деятельность в принципе не может быть обличена в такую форму и, следовательно, соответствовать требованиям УПК РФ. Любое оперативно-розыскное мероприятие имеет по сравнению со следственными, судебными или иными процессуальными действиями совершенно иную правовую природу и нормативную основу. Как указывал И. Л. Петрухин, при получении оперативно-розыскных данных не соблюдаются предусмотренные законом необходимые процессуальные гарантии [26, с. 90]. Следовательно, результаты оперативно-розыскной деятельности в момент их передачи в орган дознания, следователю

или в суд принципиально не могут соответствовать требованиям допустимости доказательств, на что неоднократно обращалось внимание в специальной литературе [21, с. 50–51 ; 35, с. 322].

В этой связи в уголовно-процессуальной науке предпринимаются постоянные попытки выработать некий правовой механизм, направленный на легализацию результатов оперативно-розыскных мероприятий для возможности их использования в доказывании по уголовному делу. Причем большинство авторов, посвятивших свои исследования данной проблематике, сходятся в одном постулате, заключающемся в том, что сведения, полученные в результате оперативно-розыскной деятельности, не могут использоваться в доказывании напрямую, непосредственно, а должны быть преобразованы в доказательства в соответствии с процессуальным законом [5, с. 171–172 ; 20, с. 353–354 ; 23, с. 221 ; 27, с. 35–36 ; 38, с. 111–112]. Эти сведения обычно позиционируются в качестве некой информационной основы, на которой могут быть сформированы доказательства [4, с. 24 ; 14, с. 240 ; 34, с. 774]. Указанный тезис находит подтверждение и в практике Конституционного Суда РФ, отметившего в ряде своих решений, что результаты оперативно-розыскных мероприятий являются не доказательствами, а лишь сведениями об источниках тех фактов, которые, будучи полученными с соблюдением требований Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», могут стать доказательствами только после закрепления их надлежащим процессуальным путем, а именно на основе соответствующих норм Уголовно-процессуального закона³. Поэтому В. С. Балакшин, опираясь на указанные позиции Конституционного Суда РФ, пишет, что в принципе использование материалов, полученных в ходе оперативно-розыскной деятельности, в

² Совместный приказ МВД России № 776, Минобороны России № 703, ФСБ России № 509, ФСО России № 507, ФТС России № 1820, СВР России № 42, ФСИН России № 535, ФСКН России № 398, СК России № 68 от 27 сентября 2013 г. «Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд».

³ Определения Конституционного Суда РФ от 4 февраля 1999 г. № 18-О; от 24 сентября 2013 г. № 1505-О и т.д.

доказывании по уголовным делам не противоречит Конституции РФ [6, с. 73].

Вместе с тем сам по себе УПК РФ не дает ни единого намека на возможность приобщения представленных материалов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств, то есть придания им некоего подобия процессуальной формы. В УПК РФ нет ни одного правового положения, которое хоть как-то корреспондировалось бы со ст. 11 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» и Инструкцией «О порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд». Е.В. Ежова совершенно справедливо отмечает, что законодательство об оперативно-розыскной деятельности разрешает использование ее результатов в уголовном процессе, а сам УПК РФ такой процедуры не содержит [18, с. 148]. Законодатель как бы не запрещает органу дознания, следователю или суду получать в свое распоряжение определенные материалы, фиксирующие ход и результаты оперативно-розыскных мероприятий. Однако с формальной точки зрения они реально не имеют ни малейшей правовой возможности ввести такие материалы в уголовный процесс посредством каких-либо следственных или иных процессуальных действий; подобных действий УПК РФ просто не предусматривает. Поэтому нам представляется ошибочной позиция ученых, полагающих, что в Уголовно-процессуальном законе все-таки есть указание на возможность предоставления доказательств правоохранными органами, уполномоченными на производство оперативно-розыскных мероприятий [37, с. 342–356]. Само по себе представление можно условно считать процессуальным действием, но лишь в части взаимодействия органов предварительного расследования и суда с участниками уголовного судопроизводства: подозреваемым, обвиняемым, защитником, потерпевшим и т.д., поскольку со-

ответствующие нормы Уголовно-процессуального закона прямо предоставляют право этих лиц на представление доказательств. В.А. Семенцов, рассматривая представление в таком контексте, указывает на невозможность его применения к процедурам легализации результатов оперативно-розыскной деятельности, поскольку осуществляющие ее субъекты не являются участниками уголовного судопроизводства [32, с. 102–103]. Таким образом, в контексте буквального толкования ч. 1 ст. 86, ст. 89 УПК РФ и ч. 2 ст. 11 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» правовая возможность использования в доказывании сведений, полученных в результате оперативно-розыскной деятельности, в какой бы то ни было форме отсутствует.

Вместе с тем, несмотря на вышеуказанные правовые пробелы, практика использования в доказывании по уголовным делам сведений, полученных в результате оперативно-розыскной деятельности, ввиду своего большого значения имеет повсеместное применение. А сотрудники правоохранительных органов относятся к ней как к само собой разумеющейся. Причем выработанные на сегодняшний день практические механизмы формирования доказательств на основе этих результатов фактически сводятся все к тому же простому представлению соответствующих материалов для приобщения к уголовному делу исключительно на основании норм оперативно-розыскного права (вышеуказанных положений Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» и Инструкции «О порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд»). Ни о какой трансформации указанных результатов в доказательства, о чем пишут в своих работах уже упомянутые нами Ю.В. Астафьев, Е.А. Доля, С.А. Шейфер и многие другие авторы, в данном случае не может идти и речи ввиду отсутствия соответствующих уголовно-процессуальных процедур. В своих

правоприменительных решениях дознаватели, следователи и судьи прямо ссылаются на материалы оперативно-розыскной деятельности как на полноценные доказательства⁴. Так, например, в одном из приговоров судья Московского городского суда указал, что вина подсудимого в совершении преступления, предусмотренного ч. 4 ст. 290 УК РФ помимо всего прочего подтверждается материалами оперативно-розыскного мероприятия «оперативный эксперимент», полученными с соблюдением требований УПК РФ⁵. В свою очередь, в одном из апелляционных определений судьи Московского областного суда оставили приговор суда 1-й инстанции по ч. 3 ст. 30, п. «г» ч. 4 ст. 228.1 УК без изменения. Свое решение они мотивировали тем, что вина подсудимого в совершении инкриминируемого ему преступления доказана в полном объеме и помимо всего прочего подтверждается материалами оперативно-розыскного мероприятия «проверочная закупка», также полученными с соблюдением требований УПК РФ⁶.

Приведенные формулировки судебных решений неизбежно наводят нас на

вопрос: какие именно требования Уголовно-процессуального закона обуславливают получение материалов оперативно-розыскных мероприятий, в частности проверочной закупки или оперативного эксперимента? Очевидно, что данный вопрос не может иметь позитивного ответа, но, тем не менее, факты прямого оперирования результатами оперативно-розыскной деятельности как доказательствами по уголовному делу – это объективные реалии современной судебной и следственной практики. Впрочем, подобные формулировки имеют вполне логичное объяснение: они четко согласуются с положениями ст. 89 УПК РФ. Позиционируя «на бумаге» результаты оперативно-розыскной деятельности как соответствующие требованиям уголовно-процессуального законодательства правоприменитель, таким образом, создает некую правовую иллюзию, некую видимость их допустимости и, следовательно, законности выносимого юрисдикционного решения.

На самом деле ни ст. 89 УПК РФ, ни какие-либо иные положения Уголовно-процессуального закона не позволяют оценить допустимость указанных доказательств, поскольку их формирование происходит, как уже отмечалось выше, в принципиально иной правовой плоскости, в сфере, регулируемой оперативно-розыскным правом. Поэтому в реальности процессуальную доброкачественность этих материалов органы предварительного расследования и суды связывают с соблюдением требований законодательства об оперативно-розыскной деятельности. Для наглядности приведем несколько примеров. Так, в ходе апелляционного рассмотрения уголовного дела по ч. 3 ст. 30, ч. 4 ст. 159 УК РФ коллегия судей Московского областного суда признала недопустимым результаты оперативного эксперимента, проведенного сотрудниками ОБЭП по Пушкинскому муниципальному району Московской области, ввиду отсутствия в материалах

⁴ Возможность прямого использования результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств по уголовным делам фактически подтверждает и Пленум Верховного Суда РФ. В одном из своих постановлений он разъяснил, что результаты оперативно-розыскных мероприятий, связанных с ограничением конституционного права граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, а также с проникновением в жилище против воли проживающих в нем лиц (кроме случаев, установленных федеральным законом), могут быть использованы в качестве доказательств по делам, лишь когда они получены по разрешению суда на проведение таких мероприятий и проверены следственными органами в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством. См. постановление Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» с последующими изменениями и дополнениями.

⁵ Пример взят из ресурсов интернет-портала государственной автоматизированной системы РФ «Правосудие» за 2012 г. // URL: <http://sudrf.ru>

⁶ См.: Апелляционное определение Московского областного суда от 23 сентября 2014 г. по делу № 22-5038/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

дела постановления о проведении данного мероприятия, то есть в связи с нарушением положений ст. 8 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»⁷. В свою очередь, президиум Магаданского областного суда в ходе надзорного рассмотрения уголовного дела по п. «а» ч. 3 ст. 228-1 УК РФ признал недопустимыми результаты проверочной закупки, как проведенной в нарушение ст. 2 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»⁸. А судебная коллегия Московского городского суда, рассматривая в апелляционном порядке уголовное дело по ч. 6 ст. 290 и ч. 4 ст. 290-1 УК РФ, наоборот, оценила как допустимые результаты проведенных оперативно-розыскных мероприятий в связи с точным выполнением требований Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»⁹. Кстати, подобная практика находит поддержку среди ученых-процессуалистов [4, с. 24]. Таким образом, ст. 89 УПК РФ в том виде, в котором она определена законодателем, нам представляется не просто сомнительной, но имеющей догматичный характер в его негативном понимании. Полагаем что ее присутствие в системе уголовно-процессуального права формально блокирует любые возможности использования в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности и, следовательно, побуждает изобретать некие «обходные пути», а фактически игнорировать установленные запреты.

На наш взгляд, некоторым исключением из рассматриваемых проблем является возможность прямого использования в доказывании по уголовному делу

вещественных доказательств и «иных»¹⁰ документов, изначально полученных оперативным путем. Это исключение обусловлено тем обстоятельством, что Уголовно-процессуальный закон вообще не предполагает жесткой процедуры возникновения данных видов доказательств. Механизм формирования вещественных доказательств заключается в их осмотре и вынесении соответствующего постановления (ст. 81 УПК РФ). А механизм формирования «иных» документов фактически сводится к принятию некоего процессуального решения об их приобщении к уголовному делу. Причем для судебного производства порядок принятия этого решения кратко определен в ст. 286 УПК РФ, а для досудебного производства – вообще не установлен. Указанные обстоятельства позволяют отдельным авторам говорить о возможности формирования на основе результатов непроцессуальных мероприятий лишь таких доказательств, как вещественные доказательства и «иные» документы [33, с. 99 ; 38, с. 114–115]. Видимо, ученые в подобных рассуждениях исходят из того довода, что сугубо формально «иными» документами могут быть признаны любые объекты документального характера, имеющие отношение к уголовному делу, в частности материалы оперативно-розыскных мероприятий, а признаками вещественных доказательств – любые предметы, в том числе и появившиеся в ходе непроцессуальных мероприятий. По существу, данная позиция находит поддержку и в решениях Конституционного Суда, неоднократно отказывавшего в принятии к рассмотрению жалоб отдельных граждан, пытавшихся оспо-

⁷ См.: Апелляционное определение Московского областного суда от 5 августа 2014 г. по делу № 22-4203/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

⁸ См.: Постановление президиума Магаданского областного суда от 18 июля 2014 г. по делу № 44у-7/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

⁹ См.: Апелляционное определение Московского городского суда от 24 июня 2014 г. по делу № 10-7154/2014 // «СПС КонсультантПлюс».

¹⁰ Здесь и далее термин «иные» применительно к обозначению документов как конкретного вида уголовно-процессуальных доказательств, предусмотренных ст. 84 УПК РФ, нами преднамеренно берется в кавычки. Таким образом, мы подчеркиваем, что он является названием самостоятельного вида доказательств, то есть обозначает конкретно определенную уголовно-процессуальную категорию, а не используется в значениях «другие», «остальные» и т.д.

рить конституционность ст. 84 УПК РФ как допускающей возможность использования по уголовному делу в качестве «иных» документов результатов оперативно-розыскной деятельности¹¹.

Существует и еще одно исключение, позволяющее законным способом сформировать доказательство на основании результатов оперативно-розыскной деятельности, – возможность допроса в качестве свидетеля сотрудника правоохранительного органа по поводу сведений, полученных им в результате оперативно-розыскного наблюдения, эксперимента и т.д. Такие свидетельские показания не имеют никакого превосходства перед другими доказательствами, равно как и наоборот. Они должны быть оценены наряду со всеми другими материалами уголовного дела в равной степени на предмет их относимости, допустимости и достоверности.

Вместе с тем подобные способы – это не более чем исключения, никак не способные претендовать на право применения в любых случаях, связанных с необходимостью «введения» в уголовный процесс результатов оперативно-розыскной деятельности. Их использование в практической деятельности преимущественно носит искусственный характер и фактически является не более чем «прикрытием» оперативно-розыскной информации «наиболее удобным» видом доказательств, причем без разбора их гносеологической природы и сущности. Подобная практика неизбежно приводит к размыванию граней между различными видами доказательств в уголовном процессе, способствует подмене одних доказательств другими или появлению доказательств, не свойственных для восприятия определенных сведений.

Для более глубокой аргументации нашей точки зрения следует обратить внимание, что оперативно-розыскные средства восприятия информации также, как

и процессуальные действия, представляют собой определенные познавательные приемы. Как отмечается в специальной литературе, оперативно-розыскная деятельность представляет собой частный случай применения теории познания [7, с. 81 ; 13, с. 5]. Поэтому любые оперативно-розыскные мероприятия наполнены гносеологическим содержанием; их проведение также обусловливается теми же закономерностями вербального и «невербального» познания объективной реальности, которые были подробно исследованы нами в более ранних работах [30, с. 354–365 ; 31, с. 43–71]. Именно эти способы позволяют оперативным работникам формировать в своем сознании посредством чувственного и рационального мышления соответствующие мысленные образы объектов или явлений, которые впоследствии возможно и приобретут значение для какого-либо уголовного дела. Так, например, вербальный способ познания лежит в основе оперативно-розыскного опроса или наведения справок. Им же обусловлена возможность получения объяснений в порядке административной деятельности и т.д. В свою очередь, «невербальный» способ познания¹² имеет место в тех случаях, когда оперативные работники непосредственно взаимодействуют с материальными фрагментами объективной реальности, в частности с событием преступления, с обстановкой определенного места и т.д. При этом формирование соответствующих мысленных образов осуществляется посредством зрительного (в некоторых слу-

¹² Под «невербальным» способом познания в уголовном судопроизводстве мы понимаем систему гносеологических и психофизиологических закономерностей чувственного (наглядно-образного) восприятия познавателем, следователем или судом обстоятельств объективной реальности и формирования на этой основе соответствующего доказательственного гнозиса, то есть мысленных образов, отражающих обстоятельства, подлежащие установлению по уголовному делу [31, с. 58–62]. Вместе с тем с учетом многообразия толкований термина «невербальный» мы используем его в данном контексте с определенной долей условности и поэтому преднамеренно берем его в кавычки.

¹¹ См., например, определения Конституционного Суда РФ от 24 сентября 2013 г. № 1293-О; от 24 сентября 2013 г. № 1505-О.

чаях — иного) восприятия материальных объектов познания, не связанных с условно-знаковой формой передачи информационных сигналов. Представляется, что подобные познавательные конструкции лежат в основе проверочной закупки, наблюдения, обследования помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств и т.д.

В контексте проводимых нами научных исследований, нацеленных на изучение «невербальных» познавательных механизмов, отметим, что основное отличие результатов «невербальных» непроцессуальных мероприятий от полноценных доказательств по уголовному делу, в частности от результатов «невербальных» следственных или судебных действий, заключается в том, что они возникают вне установленной УПК РФ формы и, таким образом, в настоящее время юридически не могут быть использованы в доказывании. Как справедливо полагает Е. А. Доля, результаты оперативно-розыскной деятельности и доказательства — это различные по своему происхождению, правовой природе, предназначению и допустимым пределам использования данные (сведения). Несмотря на то что результаты оперативно-розыскной деятельности по своему содержанию могут совпадать с доказательствами, их отождествление и использование в качестве доказательств недопустимо [15]. Он же указывает, что Уголовно-процессуальный закон не позволяет ставить знак равенства между результатами оперативно-розыскной деятельности и доказательствами; отличия обусловлены разницей в их правовой природе, которая объективно предопределяет предназначенность и допустимые пределы их использования [16, с. 39].

Вместе с тем по своей гносеологической природе «невербальные» следственные или судебные действия и «невербальные» оперативно-розыскные мероприятия — это очень близкие, родственные познавательные процедуры, в основе которых лежат единые закономерности

восприятия человеком материальных объектов и формирования на этой основе соответствующих мысленных образов, как необходимых познавательных результатов. Каждое подобное оперативно-розыскное мероприятие приводит к получению того результата, который является гносеологически идентичным результату соответствующего «невербального» следственного или судебного действия. В этой связи нельзя согласиться с мнением того же Е. А. Доли, что формируемые в создании субъектов процессуального и непроцессуального познания мысленные образы различны по своему содержанию именно из-за особенностей используемой правовой формы [17, с. 29]. На наш взгляд автор также ошибочно связывает с процессуальной формой наличие определенной установки и активность познающего субъекта [17, с. 29]. Ведь предусмотренная законом форма доказательства — это всего лишь внешняя оболочка, то есть некая верхушка айсберга, на котором зиждется познание обстоятельств уголовного дела. Безусловно, что аналогичное утверждение применимо и к правовой форме любого оперативно-розыскного мероприятия, направленного на установление значимых для уголовного дела обстоятельств. Между тем внутренняя часть данного процесса, сама по себе познавательная деятельность осуществляется на основании лишь гносеологических и психофизиологических закономерностей существующих и функционирующих вне каких-либо созданных человеком формальных правил. Кстати, мы полагаем, что именно этими закономерностями, а не нормативно закрепленными функциями и полномочиями обусловлены определенные познавательные установки и активность соответствующего субъекта.

По своей сущности, по своему познавательному характеру результаты оперативного эксперимента соответствуют результатам следственного эксперимента, результаты обследования помещений,

зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств – результатам следственного осмотра или обыска и т.д. Под таким углом зрения становится очевидным, что результаты «невербальных» оперативно-розыскных мероприятий подлежат закреплению и введению в уголовный процесс посредством некой правовой формы, которая является идентичной или, по крайней мере, близкой к правовой форме результатов «невербальных» следственных и судебных действий. Поэтому решения дознавателя, следователя или суда о признании отдельных результатов «невербальных» оперативно-розыскных мероприятий вещественными доказательствами, например, видеозаписи, фиксирующей оперативный эксперимент, не имеют своего права на существование в той же степени, в которой невозможны аналогичные решения в части результатов следственного осмотра, обыска и других «невербальных» следственных или судебных действий. Однако при этом, если объект материального мира, добытый в ходе проведения оперативно-розыскной деятельности, все же отвечает условиям, предусмотренным ст. 81 УПК РФ (например, изъятые нож, пистолет, наркотическое средство и т.д.), то его признание вещественным доказательством нам видится абсолютно правомерным и необходимым; это как раз и есть то самое исключение, о котором мы писали выше.

Также следует признать недопустимым позиционирование результатов «невербальных» оперативно-розыскных мероприятий как «иных» документов или их фактическую легализацию посредством последующего допроса соответствующего сотрудника правоохранительного органа в качестве свидетеля. Документы в контексте ст. 84 УПК РФ или протоколы допросов свидетелей – это доказательства, предполагающие принципиально иной, вербальный способ процессуального познания, основанный на восприятии сведений в условно-знаковой форме

и формировании мысленных образов посредством не наглядно-образного, а именно рационального мышления. Конечно, результаты «невербальных» непроцессуальных мероприятий тоже подлежат обличению в документальную форму (протоколы, акты и т.д.), тем самым приобретая внешнее подобие с «иными» документами письменного характера (очевидно в той же степени, в которой этим подобием обладают протоколы следственных действий и судебного заседания). Однако сами по себе «иные» документы следует расценивать в качестве информационных ресурсов, выражающих сведения, сообщенные не субъектами познания, а какими-то «третьими» лицами, например различными предприятиями, учреждениями, организациями и т.д. Тогда как документальные материалы оперативно-розыскных мероприятий формируют должностные лица правоохранительных органов, в рамках непроцессуальных, но тем не менее достаточно близких к уголовному судопроизводству познавательных процедур¹³. Безусловно, оперативные сотрудники не являются полноценными субъектами процессуального познания; эта прерогатива принадлежит исключительно суду, дознавателю или следователю. Но, тем не менее, указанные лица в силу своих профессиональных функций не могут быть полностью лишены возможности установления отдельных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела. Иными словами, в контексте уголовно-процессуального познания их нельзя отождествлять с должностными лицами – составителями «иных» документов, не имеющими к данному уголовному делу никакого отношения. Кстати, подтверждением правильности нашей позиции выступает все та же ст. 89 УПК РФ, которая как бы специально выделяет результаты оперативно-розыскной деятельности

¹³ По мнению М. П. Полякова, уголовный процесс и оперативно-розыскная деятельность вообще являются элементами единой кримкогнитивной системы [28, с. 219].

ти из всей остальной массы информации, то есть придает им особое значение для уголовного дела. Если бы законодатель относился к ним наравне с другими документальными сведениями, исходящими от «третьих» лиц, и предполагал их приобщение к делу в качестве «иных» документов, то ст. 89 УПК РФ вообще не имела бы никакого смысла. А использование таких материалов в этом случае полностью бы вписывалось в режим, установленный ст. 84 УПК РФ и дополнительной нормативной регламентации не требовало. Вместе с тем в ходе «невербальных» оперативно-розыскных мероприятий вполне могут быть изъяты или каким-то иным образом получены определенные документы, подпадающие под гипотезу ст. 84 УПК РФ. В таких случаях их приобщение к материалам уголовного дела в качестве «иных» документов представляется совершенно справедливым; это опять является тем самым исключением, о котором мы писали выше.

В свою очередь, допрос оперативного сотрудника тоже не может подменять собой результатов «невербальных» непроцессуальных мероприятий по причине полной противоположности их познавательной сущности. Любые показания следует разграничивать с результатами «невербальных» следственных и судебных действий как антагонистичные гносеологические категории, диаметрально отличающиеся друг от друга различными способами получения значимой для уголовного дела информации – вербальным и «невербальным». Очевидно, что указанная концепция вполне применима и к результатам «невербальных» непроцессуальных мероприятий.

Хотя для справедливости следует отметить, что на данную проблему можно посмотреть несколько в ином ракурсе. Так результаты «невербального» познания, то есть мысленные образы, которые сформированы в сознании субъекта, воспринимающего материальные фрагменты объективной реальности, подлежат

обязательному закреплению в соответствующем протоколе или акте посредством условно-знаковой (словесной) передачи информации. Но ведь допрос тоже характеризуется передачей лицом (например, свидетелем) сформированных в его сознании мысленных образов в условно-знаковой (словесной) форме с последующей их фиксацией в протоколе. Следовательно, если свидетель ранее сам являлся субъектом познания, например оперативным работником, то между этими двумя формами подачи информации нет никакой сущностной разницы. И стало быть результаты «невербальных» непроцессуальных мероприятий вполне могут быть отражены в уголовном деле как свидетельские показания.

Нет, это не совсем так. Разница между ними заключается в том, что в процессе производства «невербального» оперативно-розыскного мероприятия субъект познания фиксирует в протоколе или акте свои мысленные образы непосредственно в момент их возникновения или сразу после. Такой порядок обуславливает достаточно высокую степень достоверности и адекватности письменно изложенных сведений. Тогда как при последующем допросе свидетель (бывший субъект познания) описывает возникшие ранее мысленные образы по прошествии определенного времени. Поэтому степень достоверности и адекватности подобных сведений намного ниже. Человек вполне может забыть или неправильно запомнить какие-то фрагменты объективной реальности; мысленные образы, сформированные в ходе проведения различных познавательных мероприятий, могут в его сознании наложиться один на другой и т.д. В этой связи уместно вспомнить позицию Н.И. Порубова о невозможности получения дознавателем, следователем, судом из свидетельских показаний такого ясного и правильного представления о происшедшем, как будто они сами были свидетелями произошедшего [29, с. 8–9]. Кстати, невозможность

подмены результатов «невербальных» оперативно-розыскных мероприятий допросом соответствующего сотрудника, видимо, обусловлена теми же причинами, что и порождающими запрет на подмену оглашения материалов следственных действий в зале судебного заседания в порядке ст. 285 УПК РФ допросом в качестве свидетеля соответствующего следователя или дознавателя.

Если же использовать практику простого переписывания оперативно-розыскных материалов в протокол допроса свидетеля, то данные сведения можно считать показаниями лишь сугубо формально. Фактически это будет не допрос, предполагающий получение сведений о мысленных образах, сформированных в сознании свидетеля, а лишь некий «правовой суррогат». Дознаватель, следователь или суд станут в этом случае «допрашивать» не свидетеля, а сам протокол или акт соответствующего непроцессуального мероприятия, что будет противоречить сути допроса как следственного действия. Поэтому все подобные случаи следует расценивать как исключительно незаконные приемы.

Кроме того, допрос оперативного сотрудника вообще направлен не на превращение непроцессуальной информации в доказательство, а на формирование органом дознания, следователем или судом нового, отдельного доказательства – показаний свидетеля, предметом которых будут не фрагменты объективной реальности, являющиеся отражением познаваемого события, а обстоятельства его участия в проведении соответствующих оперативно-розыскных мероприятий.

Таким образом, сведения, полученные оперативными сотрудниками, на наш взгляд, могут найти свое процессуальное отражение лишь в тех доказательствах, которые по своей гносеологической природе соответствуют доказательствам, попадающим под контекст ст. 83 УПК РФ. Прямое использование данной правовой нормы для процессуального закрепления

результатов «невербальных» оперативно-розыскных мероприятий представляется невозможным, поскольку они не являются следственными действиями, проводятся вне процессуальной формы и к тому же лицами, не являющимися субъектами доказывания по уголовному делу. В этой связи возможен лишь один реальный выход из сложившейся ситуации. Он заключается в изменении отношения законодателя к процессуальному режиму введения результатов оперативно-розыскной деятельности в процесс доказывания по уголовному делу. Представляется, что не существует никаких реальных препятствий для обеспечения возможности прямого, непосредственного использования данных материалов в качестве доказательств.

Выражая данную позицию, следует обратить внимание, что она не характеризуется исключительной новизной. Отдельные ученые, занимающиеся данной проблематикой, уже предлагали подобные подходы к решению проблемы использования в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. Однако их позиции носят либо слишком резкий характер и связаны с возможностью использования в доказывании любых результатов оперативно-розыскной деятельности [8, с. 46–48 ; 28, с. 220], либо, наоборот, являются слишком осторожными, предполагающими использование в доказывании весьма ограниченного перечня таких результатов [24, с. 220]. В этой связи наиболее правильной нам представляется точка зрения В.В. Абрамочкина, выступающего за возможность использования в доказывании только тех результатов оперативно-розыскной деятельности, которые схожи по содержанию с результатами следственных действий, но при этом не могут быть получены следственным путем [1, с. 23]. Представляется, что таковыми являются результаты оперативно-розыскных мероприятий, не обладающие свойством воспроизводимости, то есть не подлежащие повторному получению дознавателем, следовате-

лем или судом в процессе расследования или судебного разбирательства уголовного дела. А в основе таковых мероприятий как раз и лежит «невербальный» способ познания, связанный с непосредственным восприятием оперативным работником обстоятельств объективной реальности, имеющих значение для последующего уголовного дела.

Итак, резюмируя все вышеизложенное, мы приходим к выводу, что единственный вариант решения проблемы использования в доказывании «невербальных» результатов оперативно-розыскной деятельности заключается в легализации механизмов их прямого, непосредственного введения в уголовный процесс без необходимости какого-то мнимого процессуального оформления. По крайней мере, ни одному специалисту, работающему в данном направлении, до настоящего времени не удалось сконструировать какой-либо иной действенный и эффективный способ формирования доказательств, основанных на сведениях, полученных в ходе непроцессуальных мероприятий. На сегодняшний день отрицать возможность прямого использования в доказывании результатов «невербальных» оперативно-розыскных мероприятий абсолютно бессмысленно. Наоборот, их необходимо узаконить, придать им более правовой характер. В качестве некой научной метафоры здесь уместно привести слова известного американского специалиста в области психологии и механизмов функционирования власти Р. Грина. В своей знаменитой книге «48 законов власти» он писал: «При любой возможности постарайтесь заключить мир с врагом и найдите способ привлечь его к себе на службу» [10, с. 246]. Представляется, что в переносном смысле этот тезис вполне применим к легализации результатов «невербальных» оперативно-розыскных мероприятий в уголовном процессе. Что же касается возможных фальсификаций и злоупотреблений, в этом сегменте процессуального познания – пишет В.М. Бо-

зров, – то они не исключаются и при следственных действиях. Автор считает, что нужно постараться свести вероятность подобных явлений до минимума посредством уголовных и уголовно-процессуальных гарантий [9, с. 24–25].

Полагаем, что для использования в процессе доказывания по уголовным делам соответствующих результатов сами «невербальные» оперативно-розыскные мероприятия должны быть возведены в такой правовой режим, который бы в последующем позволил бы дознателю, следователю или суду проверить их доброкачественность, в частности, условия соблюдения прав и свобод личности при их осуществлении. В этой связи В.А. Лазарева совершенно справедливо отмечает, что для признания результатов оперативно-розыскных мероприятий допустимыми для уголовного дела доказательствами необходимо, чтобы предоставляемый законодательством об оперативно-розыскной деятельности уровень гарантий прав личности был не меньшим, чем уровень гарантий, предоставляемый УПК РФ. К законности же самой оперативно-розыскной деятельности не могут предъявляться меньшие требования, чем к законности деятельности процессуальной. В противном случае само существование уголовно-процессуального права с его жесткой правовой регламентацией теряет практический смысл [24, с. 201–202]. В свою очередь, Н.А. Громов, В.В. Лисовенко и А.Н. Гуцин считают, что необходимыми правовыми условиями применения результатов оперативно-розыскной деятельности в процессе доказывания по уголовному делу является обеспечение безопасности источников, достоверности, относимости и проверяемости результатов оперативно-розыскных мероприятий [11, с. 17–19]. О проверяемости таких результатов как о необходимом условии их допустимости также пишут В.М. Бозров [9, с. 24] и В.С. Балакшин [6, с. 73–74].

К сожалению, в настоящее время правовая регламентации «невербальных» оперативно-розыскных мероприятий оставляет желать лучшего. Условия и порядок проведения некоторых из них прописаны в законе лишь фрагментарно, а для некоторых – отсутствуют и вовсе. Мы совершенно согласны с Я.М. Мазуниным, отмечающим, что неопределенность в данном вопросе вынуждает сотрудников оперативно-розыскных подразделений самостоятельно искать способы, позволяющие дать правовые гарантии допустимости полученных ими сведений, либо использовать накопленный опыт, который, к сожалению, часто противоречит законодательству. Он же указывает, что имеющиеся здесь законодательные пробелы порождают «процессуальные суррогаты», которые вместо усиления доказательственного значения оперативно-розыскных мероприятий, дискредитируют их в глазах правосудия [25, с. 44]. Представляется, что подобное положение дел как раз и вызывает то негативное отношение к их использованию в процессе доказывания, которое на сегодняшний день вытекает из текста Уголовно-процессуального закона и которого придерживаются многие ученые-процессуалисты. Поэтому для реализации наших предложений, связанных с возможностью придания результатам оперативно-розыскных мероприятий статуса полноценных доказательств, в будущем предстоит большая работа по формированию соответствующей нормативно-правовой базы и внесению целой серии дополнений в оперативно-розыскное законодательство. Мы солидарны с С.В. Зуевым, также поддерживающим идею использования результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств, но при условии изменения действующего законодательства в целях более четкой регламентации этого вопроса [22, с. 97].

Итак, исходя из возможности прямого использования в процессе доказыва-

ния результатов «невербальных» оперативно-розыскных мероприятий, нам представляется необходимым внесение некоторых дополнений в главах 10–11 УПК РФ. Во-первых, следует дополнить ч. 2 ст. 74 УПК РФ п. 6.1, предполагающим признание отдельным видом доказательств результатов «невербальных» оперативно-розыскных мероприятий. Во-вторых, требуется дополнить гл. 10 УПК РФ новой статьей 84-1, определяющей правовые условия и порядок приобщения к уголовному делу результатов «невербальных» оперативно-розыскных мероприятий. Этой же процессуальной нормой предлагается закрепить перечень таких мероприятий, чтобы исключить возможность неправильного применения уголовно-процессуального законодательства и тем более злоупотреблений в данном сегменте доказывания. Мы полагаем, что к ним следует отнести: наблюдение, обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств, прослушивание телефонных переговоров, снятие информации с технических каналов связи, контролируемая поставка и оперативный эксперимент. Вопрос о дополнении этого перечня какими-либо новыми формами непроцессуальной деятельности требует самостоятельного исследования, поэтому в данной работе не поднимается. В-третьих, необходимо дополнить ст. 86 УПК РФ ч. 1.1, регламентирующей возможность собирания доказательств посредством представления результатов «невербальных» оперативно-розыскных мероприятий в орган дознания, следователю или в суд. Сформулированные нами предложения не связаны с необходимостью внесения изменений в ст. 89 УПК РФ, запрещающую использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности, которые не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам самим Кодексом. Ввиду предлагаемых нами законодательных новаций, такие изменения представляются бессмысленными.

И наконец, в завершение следует отметить, что прямое использование в процессе доказывания по уголовному делу результатов «невербальных» оперативно-розыскных мероприятий допустимо лишь в том случае, если эти результаты подтверждаются иными собранными по делу доказательствами. Разрешение уголовного дела по существу на основании одних только результатов непроцессуальной деятельности является недопустимым.

Пристатейный библиографический список

1. Абрамочкин В.В. Использование результатов негласных ОРМ в уголовном судопроизводстве: позиция Конституционного Суда РФ // Уголовный процесс. 2011. № 1.
2. Азаров В.А. Что мешает эффективному использованию результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовно-процессуальном доказывании? // Доказывание и принятие решений в современном уголовном судопроизводстве: материалы международной научно-практической конференции, посвященной памяти доктора юридических наук, профессора Полины Абрамовны Лупинской. М.: ООО «Изд-во «Элит»», 2011.
3. Азаров В.А., Константинов В.В. Особенности использования следователем результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании должностных преступлений, совершаемых сотрудниками органов внутренних дел // Российский следователь. 2013. № 11.
4. Астафьев Ю.В. Оперативно-розыскной и доказательственный аспект уголовно-процессуального познания // Уголовно-процессуальные и криминалистические средства обеспечения эффективности уголовного судопроизводства: материалы Международной науч.-практ. конференции. Иркутск: БГУЭП, 2014.
5. Астафьев Ю.В., Изотова Н.В. Доказывание и оперативно-розыскная деятельность: проблемы соотношения и взаимодействия. Курск: ФГУИПП, 2002.
6. Балакшин В.С. К вопросу об использовании результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам // Пятьдесят лет кафедре уголовного процесса УрГЮА (СЮИ): материалы Международной науч.-практ. конференции. Ч. 1. Екатеринбург: Уральский ун-т, 2005.
7. Бедняков Д.И. Непроцессуальная информация и расследование преступлений. М.: Юридическая литература, 1991.
8. Бозров В.М. Результатам оперативно-розыскной деятельности — статус доказательств в уголовном процессе // Российская юстиция. 2004. № 4.
9. Бозров В.М. Результатам ОРД — статус доказательств. // Законность. 2004. № 12.
10. Грин Р. 48 законов власти / пер. с англ. Е.Я. Мигуновой. М.: Рипол Классик, 2003.
11. Громов Н.А., Лисовенко В.В., Гушин А.Н. Оценка доказательств и результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе // Следователь. 2003. № 3. С. 17–19.
12. Доказывание в уголовном процессе: традиции и современность / под ред. В.А. Власихина. М.: Юрист, 2000.
13. Доля Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. М.: Спарк, 1996.
14. Доля Е.А. Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности. М.: Проспект, 2009.
15. Доля Е.А. Оперативная информация: происхождение и соотношение с доказательствами // СПС «КонсультантПлюс».
16. Доля Е.А. Результатам оперативно-розыскной деятельности нельзя придавать статус доказательств в уголовном процессе // Российская юстиция. 2007. № 6.
17. Доля Е.А. Результаты оперативно-розыскной деятельности не могут стать содержанием доказательств в уголовном процессе // Государство и право. 2013. № 5. С. 29.
18. Ежова Е.В. Проблемы раскрытия преступлений в современной России. Уфа: БашГУ, 2008.
19. Жук О.Д. Уголовное преследование по уголовным делам об организации преступных сообществ (преступных организаций). М.: Инфра-М, 2004.
20. Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве. СПб.: Юридический центр Пресс, 2006.

21. Земскова А.В. Актуальные вопросы применения Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации // Новый Уголовно-процессуальный закон: теория и практика применения: материалы межведомственного круглого стола / под ред. О.А. Галустьяна, О.И. Цоколовой. М.: МосУ МВД России, 2003.
22. Зуев С.В. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств // Уголовное право. 2007. № 3.
23. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РФ / отв. ред. Д.Н. Козак, Е.Б. Мизулина. М.: Юрист, 2003.
24. Лазарева В.А. Доказательства и доказывание в уголовном процессе: учеб.-практ. пособие. М.: Высшее образование, 2009.
25. Мазунин Я.М. Использование результатов ОРД в доказывании нуждается в законодательной регламентации // Инновационное образование и экономика. 2010. № 7. Т. 1.
26. Петрухин И.Л. Судебная власть и расследование преступлений // Государство и право. 1993. № 7.
27. Погорельский Н.А. Использование материалов оперативно-розыскной деятельности для получения доказательств в уголовном процессе // Эволюция уголовного судопроизводства на постсоветском пространстве: материалы Международной науч.-практ. конференции. Кн. 2. Киев: Университет «КРОК», 2006.
28. Поляков М.П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности. Н.Новгород: Нижегородская правовая академия, 2001.
29. Порубов Н.И. Допрос в советском уголовном процессе. Минск: Высшая школа, 1968.
30. Россинский С.Б. К вопросу о развитии теории доказательств в уголовном процессе // Российский криминологический взгляд. 2013. № 3.
31. Россинский С.Б. Результаты «невербальных» следственных и судебных действий как вид доказательств по уголовному делу. М.: Юрлитинформ, 2015.
32. Семенцов В.А. Следственные действия в досудебном производстве (общие положения теории и практики). Екатеринбург: УрГЮА, 2006.
33. Семенцов В.А., Сафонов В.Ю. Правовые предпосылки и этапы реализации результатов оперативно-розыскной деятельности в досудебном производстве. Екатеринбург: УрГЮА, 2006.
34. Теория оперативно-розыскной деятельности: учебник / под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.К. Сенилова. М.: Инфра-М, 2006.
35. Тумаков С.И. Проблемы использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовно-процессуальном доказывании // Пятьдесят лет кафедре уголовного процесса УрГЮА (СЮИ): материалы Международной науч.-практ. конференции. Ч. 2. Екатеринбург: Уральский ун-т, 2005.
36. Чувилев А.А. Использование следователем оперативно-розыскной информации в стадиях возбуждения уголовного дела и предварительного расследования: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М.: Академия МВД СССР, 1986.
37. Шамардин А.А. К вопросу об использовании результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании // Труды Оренбургского института (филиала) МГЮА. Вып. 9. Оренбург, 2008.
38. Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. М.: Норма, 2008.