

# ФОРМИРОВАНИЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ НА ОСНОВЕ РЕЗУЛЬТАТОВ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

## FORMATION OF EVIDENCE IN A CRIMINAL CASE ON THE BASIS OF THE RESULTS OF OPERATIONAL-SEARCH ACTIVITY

*O. Stepanova*

### Annotation

In this article, the author considers the possibility of using the results of operative-search activity in proving in criminal cases. The analysis of normative legal acts and various theoretical approaches of the admissibility of using the results of operational and search activity in proving is carried out. As a result, the author comes to the conclusion that there are no theoretical and legal prerequisites for refusing to recognize the results of operational search activity as one of the types of evidence listed in p. 2 art. 74 of the Code of Criminal Procedure of Russia.

**Keywords:** criminal trial, criminal proceedings, preliminary investigation, evidence, results of operative-search activity, the proof.

*Степанова Ольга Сергеевна*  
Адъюнкт,  
Московский Университет  
МВД России им. В.Я. Кикотя

### Аннотация

В настоящей статье автором рассматривается возможность использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам. Проведен анализ нормативно-правовых актов и различных теоретических подходов допустимости использования в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. В результате автор приходит к выводу, что нет теоретико-правовых предпосылок для отказа в признании результатов оперативно-розыскной деятельности одним из видов доказательств, перечисленных в ч. 2 статьи 74 УПК России.

### Ключевые слова:

Уголовный процесс, уголовное судопроизводство, предварительное расследование, доказательства, результаты оперативно-розыскной деятельности, доказывание.

Вопросы о возможности и порядке использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам остаются остро дискуссионными несмотря на большое число исследований проведённых научных исследований. В теоретических работах большинства учёных отражается позиция о том, что, хотя доказательства и результаты оперативно-розыскной деятельности и направлены на познание в общем-то одних и тех же обстоятельств действительности, но они качественно различны по правовой форме и субъектам получения знаний. Е.А. Доля указывает, что "результаты оперативно-розыскной деятельности могут содержать в себе сведения и факты, которые могут попадать под требование относимости, так как могут содержать в себе сведения, имеющие значение для уголовного дела. Однако необходимо чтобы сведения, полученные в ходе осуществления оперативно-розыскной деятельности, "отвечали и требованию допустимости, предъявляемому к форме доказательства, т.е. были получены из источников, установленных уголовно-процессуальным законом, и в соответствии с предусмотренными им способами. Они получают из источников, установленных Федеральным законом "Об оперативно-розыскной деятельности", а не УПК России. Способами их получения являются оперативно-розыскные мероприятия, а не следственные и судебные действия, предусмотренные уголовно-процессуальным законом"[6].

Соглашаясь с такой позицией, В.И. Зажицкий также приходит к выводу, что оперативно-розыскная и уголовно-процессуальная деятельности несмотря на свою схожесть имеют свои особенности и указывает, что: "важнейшая из них состоит в том, что весь процесс доказывания по уголовному делу регламентируется нормами доказательственного права, которое представляет собой подотрасль уголовно-процессуального права. Причём правовая регламентация доказывания в уголовном судопроизводстве носит более жёсткий характер по сравнению с регламентацией процесса оперативно-розыскного познания"[7].

Если абстрагироваться от не имеющих существенного значения частных вопросов, то можно констатировать, что позиция о невозможности такого использования указанных результатов базируется на следующих основных тезисах:

1. возникновение процессуальных доказательств и результатов оперативно-розыскной деятельности имеет различную правовую природу;

2. эти результаты не могут обладать таким свойством доказательств как допустимость поскольку: а) возникают из не предусмотренного ч. 2 статьи 74 УПК России источников, б) субъекты их получения (собирающие) не входят в число субъектов доказывания, в) сама процедура получения (собирающие) результатов оперативно-ро-

зыскной деятельности не предусмотрена уголовно-процессуальным законом;

3. указанные результаты в силу преимущественно негласного порядка их получения далеко не всегда могут быть проверены путём производства процессуальных действий.

Вместе с тем, далеко не все процессуалисты столь категорично подходят к оценке возможности непосредственного использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовно-процессуальном доказывании.

Наибольший интерес в аспекте проблемы использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовно-процессуальном доказывании вызывает очень убедительная позиция А.В. Агутина. Рассматривая причины возникновения этой проблемы в теории уголовно-процессуального права, учёный совершенно справедливо отмечает, что "одной из таких причин, по нашему мнению, является недоверие к результатам оперативно-розыскной деятельности. Причём само подобное недоверие в значительной мере обусловлено определённой нерешительностью со стороны юридической общественности признания того факта, что с позиции познания результаты оперативно-розыскной деятельности и результаты уголовно-процессуальной деятельности имеют одинаковое онтологическое значение. Переосмысление положений с позиции системного подхода, заложенных в статье 89 УПК РФ, подвинула нас к мысли о том, что наиболее оптимальным направлением их преобразования является признание результатов оперативно-розыскной деятельности непосредственно в качестве доказательств по уголовному делу"[4]. Такая позиция в целом не находит убедительных теоретических возражений.

О допустимости использования результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств по уголовным делам делают вывод и другие учёные[5].

Что касается правовых аспектов, анализ норм уголовно-процессуального закона, регулирующих использование результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовно-процессуальном доказывании, сразу же обнаруживает непоследовательность законодателя.

С одной стороны, результаты оперативно-розыскной деятельности не включены в перечень видов доказательств, содержащийся в ч. 2 статьи 74 УПК России, и, следовательно, такие результаты не могут быть доказательствами. С другой стороны, статья 89 УПК России допускает использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании при соблюдении установленных этой правовой нормой условий.

Но тогда возникает совершенно логичный вопрос: если согласно статье 85 УПК России доказывание состоит в собирании, проверке и оценке доказательств (и, следовательно, доказательства выступают единственным средством доказывания), а результаты оперативно-розыскной деятельности в силу ч. 2 статьи 74 УПК России доказательствами не являются, то статья 89 УПК России в сущности вводит новое средство доказывания – названные результаты.

Далее, статья 89 УПК России установила, что "в процессе доказывания запрещается использование результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам настоящим Кодексом". Исходя из взаимосвязанного анализа положений ст. 75, 85–87 УПК России каждое доказательство должно отвечать свойствам относимости, достоверности и допустимости, следовательно, в силу статьи 89 УПК России, результаты оперативно-розыскной деятельности должны обладать этими свойствами.

Вместе с тем, согласно ч. 1 статьи 75 УПК России, доказательства, полученные с нарушением требований УПК России, являются недопустимыми. Поскольку порядок получения результатов оперативно-розыскной деятельности непосредственно нормами УПК России не регулируется, то возникает правовая неопределённость т.к. отсутствие нормативного регулирования какого-либо порядка само по себе ещё не свидетельствует о каком-либо нарушении – нельзя требовать соблюдения порядка, который не установлен. Но статья 89 УПК России всё же, при соблюдении указанных в этой правовой норме условиях, допускает возможность использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовному делу. Проведённый анализ даёт основание констатировать парадоксальный вывод: законодатель считает, что результаты оперативно-розыскной деятельности не являются доказательствами, но могут использоваться в доказывании, при том, что средствами доказывания являются только доказательства.

Уголовно-процессуальный закон практически идентично определяет сущность понятий доказательство и результаты оперативно-розыскной деятельности. Действительно, согласно ч. 1 статьи 74 УПК России, "доказательствами по уголовному делу являются любые сведения, на основе которых суд, прокурор, следователь, дознаватель в порядке, определённом настоящим Кодексом, устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела". Пункт 36.1 статьи 5 УПК России определяет результаты оперативно-розыскной деятельности как "сведения, полученные в соответствии

с федеральным законом об оперативно-розыскной деятельности, о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершённого преступления, лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление и скрывшихся от органов дознания, следствия и суда". Обращает на себя внимание то обстоятельство, что в обоих случаях уголовно-процессуальный закон говорит о сущностном содержании этих понятий как о сведениях, направленных на установление обстоятельств, входящих в предмет доказывания по уголовному делу. Отметим также, что доказательствами уголовно-процессуальный закон признаёт любые сведения, полученные в порядке, установленном УПК России.

Как отмечено нами ранее, одним из основных доводов учёных, возражающих против непосредственного использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании является непроцессуальный порядок их получения.

Прежде всего, обращает на себя внимание то, что ч. 1 статьи 74 УПК России не конкретизирует порядок получения доказательств, отмечая лишь, что он установлен этим Кодексом, а статья 86 УПК России устанавливает, что соби́рание доказательств производится путём совершения следственных и иных процессуальных действий (Представляется очень небезынтересным отметить, что данная правовая норма, признавая суд субъектом соби́рания доказательств, не допустила в качестве способа такого соби́рания совершенно самостоятельный вид процессуальных действий (п. 32 статьи 5 УПК России) – судебные действия), "предусмотренных настоящим Кодексом". Таким образом, соби́рание доказательств может осуществляться не только посредством следственных действий.

В соответствии с п. 4 ч. 2 статьи 38 УПК России, следователь вправе "давать органу дознания в случаях и в порядке, установленных настоящим Кодексом, обязательные для исполнения письменные поручения о проведении оперативно-розыскных мероприятий". Это означает, что имеется процессуальное основание для проведения таких мероприятий и это основание выражено во вполне определённой процессуальной форме – письменном поручении следователя. Вряд ли можно убедительно опровергнуть тот вывод, что нет никакого правового различия между запросом следователя организации или должностному лицу о представлении каких-либо документов (справок, характеристик и т.п.), которые после их представления приобретают процессуальный статус доказательств – "иные документы", и тем порядком, который приведён выше относительно правового основания получения результатов оперативно-розыскной деятельности. Алгоритм остаётся совершенно одинаковым: процессуальное действие следователя (запрос, поручение) – исполнение (подготовка истребованных доку-

ментов, проведение оперативно-розыскных мероприятий, причём и в том, и в другом случаях собственно возникновение результатов находится вне контроля следователя) – представление истребованных документов, результатов оперативно-розыскной деятельности. Более того, полученные по запросу документы, как правило, не осматриваются, а просто приобщаются к материалам уголовного дела вместе с сопроводительным письмом.

Акцентируем внимание на ещё одном правовом аспекте, чётко выраженном в п. 4 ч. 2 статьи 38 УПК России. Следователь даёт поручение о проведении оперативно-розыскных мероприятий органу дознания, который, в силу прямого указания п. 47 статьи 5 УПК России, является участником уголовного судопроизводства со стороны обвинения и поэтому вряд ли можно согласиться с позицией о "не процессуальном субъекте" получения результатов оперативно-розыскной деятельности (до представления их следователю). При таких обстоятельствах позиция ряда учёных об отсутствии процессуальной формы возникновения результатов оперативно-розыскной деятельности, по нашему мнению, не убедительна. Что касается такого фактора, как негласные тактика и методика оперативно-розыскных мероприятий, что якобы оставляет саму процедуру получения результатов оперативно-розыскной деятельности и документов оперативно-розыскной деятельности и документальное их закрепление вне контроля следователя, то здесь можно отметить следующее. Формирование доказательств так же не всегда происходит под контролем следователя. Например, если следователь и свидетелем являются лицо имеют разную половую принадлежность, следственное действие "Освидетельствование" производится лицом одинакового пола или врачом (ч. 4 статьи 179 УПК России), т.е. вне прямого контроля следователя и протокол данного следственного действия составляется со слов лица, реально его проводившего.

В части ещё одного признака, определяющего допустимость доказательства, обычно указывается получение его из надлежащего источника. Отметим, прежде всего, что понятие "источник доказательства" является исключительно теоретическим и оно не содержит правового определения, при этом и учёными в разное время высказывались различные мнения о понимании данного термина. Таким образом, до того момента как учёным сообществом не будет выработано приемлемое его большинством теоретическое понимание термина "источники доказательств" либо этому термину не будет дано правовое определение, дискуссия о таком признаке допустимости доказательств как "надлежащий источник" их получения представляется бесцельной.

Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 26 января 2017 № 189-О об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Кильдешова Ивана Сергеевича на нарушение его конституци-

онных прав положениями статей 7 и 8 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" сформулировало позицию о том, что "оспариваемые статьи не регламентируют уголовно-процессуальные правоотношения, а потому и отношения, связанные с получением, проверкой и оценкой доказательств. Как неоднократно отмечал Конституционный Суд Российской Федерации, 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 путём, 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"[3].

Вывод данного судебного решения по меньшей мере не бесспорен. Во-первых, оно характеризуется внутренней несогласованностью, поскольку после категоричного утверждения того, что результаты оперативно-розыскной деятельности не являются доказательствами следует вывод о том, что эти результаты всё же могут стать доказательствами при определённом условии. Такая формулировка порождает, как минимум, её два возможных толкования: 1) результаты оперативно-розыскной деятельности при определённых условиях могут стать доказательствами; 2) сами результаты оперативно-розыскной деятельности доказательствами быть не могут, но на их основе формируются процессуальные доказательства. Это обстоятельство породило не только правовую неопределённость в применении статей 74, 75, 89 УПК России применительно к использованию результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании, но и в теоретическом осмыслении сущности самой проблемы.

Во-вторых, формулируя приведённую позицию, Конституционный Суд Российской Федерации в рассматриваемом Определении не привёл её обоснование ни в теоретическом, ни в нормативно-правовых аспектах. Таким образом, не ясно, учитывал ли этот судебный орган те обстоятельства, которые были приведены выше в данном параграфе.

Пункт 14 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 31 октября 1995 г. (в ред. от 3 марта 2015 г.) № 8 "О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия" указал: "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 нём лиц (кроме случаев, ус-

тановленных 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"[2].

*Данная формулировка приводит к вполне определённым выводам:*

1. результаты оперативно-розыскной деятельности могут использоваться в качестве доказательств;
2. для такого использования эти результаты должны быть проверены "в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством".

Отметим, однако, что требование о проверке результатов оперативно-розыскной деятельности является избыточным поскольку если указанные результаты предназначены для использования в доказывании, то процедура проверки неизбежна т.к. согласно статье 85 УПК России доказывание состоит в собирании, проверке и оценке доказательств. Обращает на себя внимание явно неслучайное обстоятельство: Верховный Суд Российской Федерации использовал по отношению к результатам оперативно-розыскной деятельности формулировку "могут использоваться в качестве доказательств"; ч. 2 статьи 74 УПК России, перечисляя виды доказательств, говорит о том, что именно может допускаться в качестве доказательств. Очевидно, что не может быть допущено в качестве доказательства, то не может и использоваться в этом качестве. Таким образом, приведённая в рассматриваемом постановлении формулировка свидетельствует о том, что фактически Верховный Суд Российской Федерации допускает возможность рассматривать результаты оперативно-розыскной деятельности, представляемые следователю или суду как вид доказательств.

Отметим, что в ходе проведённого анкетирования 88 % опрошенных следователей и сотрудников оперативных служб указали на необходимость допущения результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств по уголовному делу.

Обобщая изложенные в данном параграфе теоретико-правовые доводы и разъяснения Верховного Суда Российской Федерации, формирующие текущую судебную практику, можно сделать вывод о том, что результаты оперативно-розыскной деятельности можно рассматривать как вид доказательств.

*В заключении можно сделать следующие выводы:*

1. Основание для производства оперативно-розыскных мероприятий, результаты которых предполагается использовать в доказывании по уголовным делам, имеет уголовно-процессуальный характер; этим основанием

является предусмотренное п. 4 ч. 2 статьи 38 УПК России обязательное для исполнения письменное поручение следователя органу дознания о производстве указанных мероприятий. Во взаимосвязи с положением п. 36.1 статьи 5 УПК России изложенное даёт основание утверждать наличие определённой процессуальной формы получения результатов оперативно-розыскной деятельности и использования их в доказывании по уголовному делу и данная процессуальная форма аналогична процессуальной форме получения и использования результатов процессуального действия "Контроль и запись переговоров" (статья 186 УПК России).

2. Письменное поручение следователя о производстве оперативно-розыскных мероприятий исполняется органом дознания, являющимся в силу прямого указания п. 47 статьи 5 УПК России, т.е. субъектом, уполномоченным на собирание доказательств.

3. На результаты оперативно-розыскной деятельности, предполагаемые к использованию в доказывании, распространяется положение статей 85 и 87 УПК Рос-

сии об их процессуальной проверке как в стадии предварительного расследования, так и в стадиях разбирательства в суде первой и апелляционной инстанций, что является процессуальной гарантией обладания ими свойствами относимости, достоверности и допустимости.

*В связи с этим предлагается изложить статью 89 УПК России в следующей редакции:*

"Статья 89. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовному делу. Результаты оперативно-розыскной деятельности, полученные при исполнении письменного поручения следователя о производстве оперативно-розыскных мероприятий, после их проверки в соответствии со статьёй 87 настоящего Кодекса, признаются доказательствами и используются в доказывании по уголовному делу в том же порядке, что и доказательства, перечисленные в части второй статьи 74 настоящего Кодекса".

#### ЛИТЕРАТУРА

1. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ (в последующих редакциях) // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2001. – № 52 (ч. 1). – Ст. 4921
2. Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации, 1996. № 1
3. Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 26 января 2017 № 189-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Кильдешова Ивана Сергеевича на нарушение его конституционных прав положениями статей 7 и 8 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности". СПС Консультант плюс.URL.: <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?SEARCHPLUS=Кильдешова&SRD=true&req=home#doc/ARB/490944/4294967295/0>
4. Агутин А.В. Основы уголовно-процессуального доказывания в российском уголовном судопроизводстве: монография / Под ред. доктора юридических наук, профессора В.Н. Григорьева. – М.: МАЭП, 2010.
5. Актуальные проблемы уголовно-процессуального права: учеб. Пособие для студентов вузов, обучающихся по специальности "Юриспруденция" / под ред. О.В. Химичевой, О.В. Мичуриной. – М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2014.
6. Доля Е.А. Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности: монография. – М.: Проспект, 2013.
7. Зажицкий В.И. "Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве. Теория и практика". Издательство Р. Асланова "Юридический центр Пресс"; СПб.: 2006.

© О.С. Степанова, ( [ostepanova13@mvd.ru](mailto:ostepanova13@mvd.ru) ), Журнал «Современная наука: актуальные проблемы теории и практики»,

