

Ю. В. Астафьев,

*кандидат юридических наук, доцент
Воронежского государственного университета*

ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫЕ СРЕДСТВА УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПОЗНАНИЯ

Вопрос о целях познания и средствах их достижения всегда относился и относится к одному из самых дискуссионных в общепило-софских и отраслевых исследованиях. На протяжении всей истории человечества остро ставился вопрос о соотношении целей и средств освоения действительности с точки зрения допустимости последних и ценности первых.

В этом отношении не является исключением уголовный процесс как особая форма познания. Прежде всего сама цель уголовного процесса понималась и понимается весьма неоднозначно. Спектр подходов здесь чрезвычайно широк: от вероятного до достоверного знания, от относительной до абсолютной истины, от признания главенствующей роли судейского усмотрения до объективных критериев проверки и оценки оснований приговоров.

В то же время средства уголовно-процессуального познания прошли динамичный путь от признания в качестве таковых любых способов воздействия на участников процесса (включая пытки) до жестко регламентированных в законе источников, посредством которых может быть достигнута цель познания. При этом доказывание, как установленная в уголовно-процессуальном законодательстве процедура с присущим ей механизмом реализации, признается единственным способом познания в данной сфере человеческой деятельности. Причина такого подхода на первый взгляд весьма логична — это потребность поставить под строгий контроль уголовно-процессуальные отношения как одни из немногих связанных с ограничением прав и свобод граждан. Вместе с тем вряд ли можно согласиться с тем, что доказывание является единственным способом достижения цели уголовно-процессуального познания.

Для обоснования такой позиции необходимо четкое определение самой цели познания. Полагаем, что целью уголовно-процессуального познания была и остается истина. Она может и должна быть достижима. В ином случае уголовный процесс обречен существовать как явление в себе и для себя. Однако истина, которая является целью процесса, по своему характеру весьма специфична — она абсолютна как истина факта, установленного объективно, но в рамках специальных процедур¹.

¹ В связи с этим мы полагаем, что и в суде присяжных, и при особом порядке судопроизводства истина достижима, но ее содержание ограничено условиями соответствующих процедур.

Однако истина, как результат уголовно-процессуального познания, не тождественна истине в общепринятом смысле слова. Это истина процессуальная, в значительной степени формальная. В полной мере разделяем мнение о том, что «современной (состязательной) форме российского уголовного судопроизводства в целом ряде случаев изначально присуща категория процессуальной (формальной) истины как достаточной фактической и юридической основы для разрешения дела»².

В установлении истины всегда сочетаются элементы объективного и субъективного. Не является исключением и уголовно-процессуальное познание. В. Д. Спасович по этому поводу писал: «Чего мы требуем от судьбы? Истины. А что такое истина? Это верное отражение действительности в сознании человеческом; это совершеннейшее, по возможности, тождество наших представлений о предмете с предметом, каков он есть в действительности... она (истина. — Ю. А.) столь же зависит от действительности... сколько и от познающего субъекта»³.

Вряд ли можно представить, что такого рода истина познается лишь уголовно-процессуальными средствами в изоляции от иных правовых возможностей познания. Полагаем, что в любом познавательном процессе действует правило: «чем глобальнее цель, тем многообразнее спектр средств ее достижения». Не является исключением и уголовно-процессуальное познание. Сам импульс к его появлению создается задолго до возникновения возможности реализовать уголовно-процессуальные процедуры. Главенствующее место при этом занимает оперативно-розыскная деятельность, которая во многих случаях не только «вызывает к жизни» деятельность процессуальную, но и является гарантом ее продуктивности и эффективности.

В соответствии с общефилософским подходом, познание, в том числе и уголовно-процессуальное, безусловно, является отражением. Однако полагаем, что такое понимание познания является неполным. Познание — это еще и освоение, т.е. осознание связей, причин и следствий явлений. Именно при таком понимании к познанию в полной мере применим критерий истинности знания. Осуществление оперативно-розыскной деятельности (ОРД) в ряде случаев можно понимать как первый этап освоения. Особенно ярко это проявляется при возникновении в результате ОРД поводов для начала уголовно-процессуальной деятельности и проверки оснований возбуждения уголовного дела. Важнейшим этапом реализации такого рода освоения является использование результатов оперативно-розыскных мероприятий в процессе доказывания, когда именно с помощью оперативно-розыскной деятельности во многом происходит обнаружение сведений, с помощью которых формируются доказательства, а также осуществляются проверка и оценка уже собранных доказательств.

² Уголовный процесс России // Под ред. В. Т. Томина. М., 2003. С. 184—185.

³ Спасович В. Д. О теории судебно-уголовных доказательств в связи с судостроительством и судопроизводством. М., 2001. С. 64—65.

Оперативно-розыскная деятельность отражает определенную информацию и фиксирует ее, а уголовный процесс является преимущественно вторичным отражением, имеющим свои, специфические условия и назначение. Характер отражения в процессуальном и непроцессуальном смысле различен.

Специфика уголовно-процессуальной познавательной деятельности состоит в том, что даже в процессе доказывания неизбежно использование оперативно-розыскных средств. Редкий этап доказывания может обойтись без них (даже если это не отражается в материалах уголовного дела в виде отдельных поручений или представленных оперативно-розыскных материалов). Таким образом, оперативно-розыскная и уголовно-процессуальная практика неразрывно взаимосвязаны друг с другом, особенно в контексте проверки истинности собираемой, проверяемой и оцениваемой информации. В свою очередь, уголовно-процессуальное и оперативно-розыскное познание настолько тесно переплетены, что часто элементы одного обусловлены элементами другого.

Необходимо отметить, что в процессе ОРД следует различать общепознавательную деятельность, превентивную по своему характеру, и деятельность направленно-познавательную, основу которой составляет уголовно-процессуальное познание. Именно в последней крайне важен удостоверительный аспект.

В юридической литературе отмечается специфика оперативно-розыскного познания, однако вряд ли можно согласиться с существованием особого оперативно-розыскного доказывания⁴. Оперативно-розыскное познание включает исследование особенностей поведения социально опасных групп и отдельных лиц, специфику отношений в рамках самой ОРД, оценку уровней противоправного поведения, требующих процессуального реагирования, но вместе с тем оно на определенном уровне сливается с познанием уголовно-процессуальным. Такое слияние происходит потому, что происходит слияние объекта познания.

В определенном смысле объект оперативно-розыскного познания шире, нежели объект познания уголовно-процессуального. Объект уголовно-процессуального познания не может быть абстрактен. Он всегда предельно конкретен. В отличие от процессуальной, оперативно-розыскная деятельность предполагает (в силу решаемых задач) определенную «свободу» в определении направления познания. Причина этого кроется в том, что, хотя и оперативно-розыскная, и уголовно-процессуальная деятельность по своему характеру являются проявлением охранительной функции государства, сущность этой функции в указанных видах деятельности различна. Прежде всего меняются акценты охранительной деятельности. Применительно к оперативно-розыскной деятельности преимущественное положение занимает превенция и пресе-

⁴ См.: Зинкин В. К. Теоретические и прикладные основы взаимосвязи оперативно-розыскной деятельности и уголовного процесса в вопросах доказывания: Автореф. ... д-ра юрид. наук. Красноярск, 2004. С. 21.

чение совершения преступлений. Применительно же к уголовному процессу — раскрытие совершенных преступлений. Однако данное разделение на приоритетные направления весьма условно. Зачастую разделить охранительную деятельность в рамках уголовного процесса и в рамках ОРД практически невозможно, поскольку они теснейшим образом взаимосвязаны. В связи с этим уголовно-процессуальное познание (в его широком, а не только доказательственном значении) объективно не может быть ограничено лишь одним доказыванием. Важнейшими средствами осуществления такого познания являются оперативно-розыскные мероприятия, результаты которых, будучи надлежащим образом документированы, создают основу для развития познания в форме уголовного процесса. Сказанное относится как к отдельным оперативно-розыскным мероприятиям, так и к их комплексу, осуществляемому в рамках решения общей задачи.

Отстаиваемая нами идея широкого понимания уголовно-процессуального познания предполагает широкое использование оперативно-розыскной информации, объем которой постепенно сужается в процессе доказывания. Очень ярка и образна идея, высказанная В. К. Зинкиным, о необходимости исследования избыточной оперативно-розыскной информации для установления достаточности уголовно-процессуальных доказательств в аспекте «приращения качества процессуальной информации»⁵.

Особую остроту это приобретает при проведении комплексных оперативно-розыскных мероприятий. В таких случаях требование оперативно-розыскной и последующей уголовно-процессуальной оценки их результатов многократно возрастает. Результаты таких мероприятий также носят комплексный характер и зачастую не могут проверяться и оцениваться в уголовном процессе в отрыве друг от друга.

Следует отметить, что оценку и проверку результатов ОРД в уголовном процессе существенно затрудняет неточность процессуальных категорий. Наличие в УПК РФ такого источника доказательств, как документ, приводит к попыткам практических работников отнести к доказательствам результаты оперативно-розыскных мероприятий (ОРМ), получившие документальное закрепление при осуществлении ОРД. При этом теряется смысл процесса доказывания и оперативно-розыскной деятельности как специфических направлений правоприменения, а процесс познания превращается в бессистемную процедуру, лишенную каких-либо правил. Как верно отмечает И. Л. Петрухин, «такой источник доказательств, как «документ», позволяет использовать в процессе доказывания абсолютно неприемлемые сведения»⁶. Полагаем, что ОРД имеет много возможностей оказать содействие процессу доказывания и стремление некоторых придать статус документа результатам ОРМ является принципиально пагубным как для объектив-

⁵ Там же. С. 20.

⁶ Петрухин И. Л. Защита прав личности по УПК РФ // Новый уголовно-процессуальный кодекс России в действии. М., 2004. С. 110.

ности процесса доказывания, так и для достижения цели уголовно-процессуального познания.

Использование результатов ОРД в процессе уголовно-процессуального познания должно неразрывно сочетаться с обеспечением прав и законных интересов граждан. Недопустимо превращение ОРД в деятельность для себя и ради себя. И. Л. Петрухин пишет: «Нельзя устанавливать истину за счет необоснованного ограничения прав личности, но недопустимо жертвовать и достижением истины, защищая сверх меры интересы тех или иных участников процесса»⁷. Данная мысль как нельзя лучше иллюстрирует два обстоятельства. Первое состоит в недопустимости произвола при осуществлении ОРМ даже для благих целей достижения уголовно-процессуального познания. Второе состоит в том, что само законодательство об ОРД, равно как и уголовно-процессуальное законодательство, должно надежно гарантировать как интересы тех лиц, в отношении которых ведется производство, так и тех, для защиты нарушенных интересов которых производство по делу осуществляется.

Отметим также, что экстремистские попытки превратить ОРД в уголовный процесс и тем самым защитить нарушенные интересы граждан обречены на провал. Теряется смысл оперативно-розыскной деятельности как преимущественно негласной и превентивной. Однако это не исключает необходимости обеспечения особых гарантий законных интересов граждан при проведении ОРМ «активного» характера, например, оперативного эксперимента.

Вместе с тем вызывают серьезные возражения появившиеся в последнее время в юридической литературе тенденции к обоснованию слияния ОРД и уголовного процесса⁸. Данные виды деятельности различны и по своему характеру, и по своим условиям, основаниям проведения, используемым средствам и методам. Однако различие в специфике правоприменительной деятельности не может служить препятствием решения совместных задач и достижения совместных целей на определенном уровне развития различных видов деятельности.

Полагаем, что, применительно к уголовно-процессуальному познанию оперативно-розыскную деятельность следует рассматривать в двух основных аспектах: в качестве импульса к началу самого процесса уголовно-процессуального познания и в качестве системы средств, обеспечивающих, наряду с доказыванием, эффективность самого процесса уголовно-процессуального познания.

В рамках первого элемента можно определить три формы проявления ОРД в познании по уголовному делу: а) оперативно-розыскные мероприятия как условие появления повода к возбуждению дела; б) оперативно-розыскные мероприятия как средство установления по-

⁷ Судебная власть / Под ред. И. Л. Петрухина. М., 2003. С. 631.

⁸ См., например: *Захарцев С. И., Игнащенко Ю. Ю., Сальников В. П.* Оперативно-розыскные мероприятия в XXI веке. СПб., 2006. 120 с.

вода к возбуждению дела и последующей проверки оснований к возбуждению дела; в) оперативно-розыскные мероприятия как средства установления оснований к возбуждению дела при наличии повода, возникшего вне оперативно-розыскной деятельности (например, при наличии заявления граждан о совершенном преступлении). Однако по любому уголовному делу невозможно представить первичный элемент уголовно-процессуального познания изолированно от использования оперативно-розыскных возможностей (тем более при процессуальных ограничениях, присущих этому этапу познания). Второй аспект предполагает использование возможностей оперативно-розыскной деятельности для: а) обеспечения процесса собирания доказательств (в форме обнаружения доказательственных источников и их последующего использования в доказывании); б) содействия проверке и оценке доказательств, собранных в процессе доказывания по уголовному делу. Отметим также значимость результатов оперативно-розыскных мероприятий для обоснования и проверки версий, являющихся важнейшей мыслительной составляющей процесса доказывания, в частности, и процесса уголовно-процессуального познания в целом.

В практике уголовного процесса объективная истина предстает в форме доказанности тех или иных обстоятельств путем исследования механизма оценки и проверки полученной информации. В этом специфика истины, получаемой в доказывании. Результаты ОРД могут соответствовать объективным обстоятельствам, исследуемым на уровне проведения оперативно-розыскного мероприятия, но тем не менее не получить перспективы использования в доказывании. Причиной этого могут стать, например, отсутствие оснований поведения ОРМ, нарушение условий его проведения, ненадлежащее фиксирование результатов ОРМ и пр.

Особое значение результаты ОРМ имеют при анализе (проверке и оценке) *достоверности* информации, используемой в доказывании. В связи с этим необходимо согласиться с позицией авторов, утверждающих, что формирование внутреннего убеждения о правильном установлении обстоятельств дела (достижении истины) возможно лишь через исследование доказательств посредством формирования не просто истинного, но и достоверного знания⁹. Недостоверные доказательства не могут быть признаны допустимыми. В то же время достоверные с точки зрения оперативно-розыскного законодательства материалы могут быть признаны недопустимыми для использования в доказывании (например, рапорт агента, имя которого не может быть раскрыто в уголовном процессе).

Представляется, что вопрос о возможности (и необходимости) использования в уголовно-процессуальном познании оперативно-розыскных средств является результатом методологической неопределенности по-

⁹ См.: Григорьев В. Н., Победкин А. В., Яшин В. Н. Уголовный процесс: Учебник. М., 2005. С. 163.

зиций законодателя, в частности неопределенности места ОРД в правоприменении при раскрытии преступлений. Исторически это место менялось. В условиях неразвитости российского правоприменительного механизма XVIII — первой половины XIX в. отсутствовало разграничение строго процессуальной и оперативно-розыскной деятельности как различных способов раскрытия преступлений и различных механизмов использования средств борьбы с преступностью. Судебная реформа 1864 г., создав уголовный процесс в его всеобъемлящем понимании, закрепив особые полномочия полиции производить специальные оперативно-розыскные мероприятия, вместе с тем определила оперативно-розыскную деятельность в качестве элемента дознания, а также в качестве системы проверки оснований возбуждения дела и установления поводов к возбуждению дела, а также в качестве основного способа уголовно-процессуального задержания¹⁰. Характерно, что оперативно-розыскные мероприятия (например, наблюдение, опрос) рассматривались как элемент деятельности по производству дознания, как его составная часть.

Совершенствование законодательства привело к иному подходу к сущности и значению ОРД при расследовании уголовных дел. Упоминание о таком виде деятельности, как ОРД в контексте уголовно-процессуальных отношений, практически исчезает из УПК РФ 1923 и последующих годов. Содержится лишь указание на право органов дознания, наряду с процессуальной, проводить иную, оперативно-розыскную, деятельность.

Положение меняется в связи с появлением в России первого открытого кодифицированного акта об оперативно-розыскной деятельности — Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» 1992 г.¹¹ В указанном законе впервые открыто и четко регламентировалась возможность использовать результаты ОРД в процессе доказывания.

Принятие Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» 1995 г.¹² знаменовало новый поход к вопросу о доказательственном использовании результатов ОРД. Была предпринята попытка дать развернутое закрепление допустимых условий использования результатов ОРД в уголовном процессе. Статья 11 указанного закона определила назначение результатов ОРД в нескольких плоскостях: 1) для подготовки следственных и судебных действий; 2) для определения поводов и оснований к возбуждению дела; 3) для использования в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства, регламентирующими собирание, проверку и оцен-

¹⁰ См.: Ст. 250, 252—259 Устава уголовного судопроизводства // Уголовно-процессуальный кодекс России. Ч. 1: Официальные тексты / Под ред. В. А. Панышкина. Воронеж, 1998. С. 29—30.

¹¹ Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1992. № 17. Ст. 892; № 33. Ст. 1912.

¹² Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 33. Ст. 3349.

ку доказательств. Невнятность последнего положения очевидна. Именно поэтому появился документ, по своему статусу и значению близкий к закону. Им стала Инструкция «О порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд». Применительно к процессу уголовно-процессуального доказывания Инструкция закрепила положение, в соответствии с которым результаты ОРД «должны позволять формировать доказательства, удовлетворяющие требованиям уголовно-процессуального законодательства». Это положение стало значительным шагом вперед по сравнению с закрепленными в законодательстве ранее. Однако и оно создает определенную двусмысленность в понимании, поскольку переводит процесс доказывания по делу в плоскость зависимости от оперативно-розыскной деятельности, тем самым лишая первый самостоятельности.

Появление нового УПК, закрепившего в ст. 89 положение о недопустимости использовать в процессе доказывания результатов ОРД, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам, лишь усложнило понимание ситуации соотношения доказывания и оперативно-розыскной деятельности в процессе познания по делу. Результаты ОРД объективно не могут соответствовать «требованиям, предъявляемым к доказательствам», поскольку имеют иную правовую природу собирания и закрепления.

Всё сказанное привело к ожесточенному спору о месте и роли результатов ОРД в доказывании. При этом если ранее, до принятия УКП РФ, большинством научных и практических работников отрицалась сама возможность прямого введения результатов ОРД в уголовный процесс, то в последнее время все настойчивее проводится идея о допустимости в исключительных случаях использовать результаты ОРМ «напрямую» в доказывании, об отнесении ряда результатов ОРМ к такому виду доказательств, как «иные документы», а также о включении многих положений Инструкции в качестве отдельных статей в уголовно-процессуальный кодекс.

Таким образом, в настоящее время создалась ситуация, при которой наблюдается отсутствие общего методологического подхода в определении основ взаимодействия ОРД и уголовного процесса. Отсюда возникают проблема соотношения оперативно-розыскных и уголовно-процессуальных средств в познании истины по уголовному делу, проблема допустимости доказательств, полученных на основе результатов ОРМ, а также проблема пределов использования результатов ОРД в уголовном процессе и проблема исключения доказательств, добытых на основе ОРД.

Полностью поддерживая идею А. Ю. Шумилова о необходимости создания особого уголовно-розыскного кодекса как базового закона новой отрасли права¹³, отметим, что в исследуемой нами проблематике вопрос ставится в другой плоскости. Условно его можно сформулиро-

¹³ См.: Шумилов А. Ю. Основы уголовно-правовой оценки сыскной информации. М., 2000. С. 103.

вать следующим образом: Каким образом установить место ОРД (и имеется ли такое место) в уголовно-процессуальном познании как самостоятельной сферы правоприменения, существующей наряду (а не как придаток) с уголовным процессом и до определенного этапа решающей равнозначные задачи? Хотелось бы сразу оговориться, что такого рода постановка вопроса отнюдь не свидетельствует об отрицании нами особой значимости уголовного процесса для достижения цели уголовно-процессуального познания. Безусловно, доказывание представляет собой ту фундаментальную основу, без которой невозможно объективизировать результат познания. Однако доказывание не существует в некоем «вакууме». Оно постоянно испытывает воздействие других форм освоения действительности. Более того, оно не в состоянии развиваться без использования средств, присущих этим формам. Сказанное касается как процесса доказывания в целом, так и отдельных его элементов (собрания, проверки, оценки доказательств), а также системы действий по обеспечению эффективности процесса доказывания. Полагаем, что именно в таком понимании необходима разработка методологии взаимодействия уголовного процесса и оперативно-розыскной деятельности.

Познавательный процесс в своей основе диалектичен. Уголовно-процессуальное познание в целом и в особенности доказывание, как его составляющая, также в полной мере обладают этим качеством. В связи с этим методологически верным стало бы отражение в уголовно-процессуальном законодательстве диалектических начал последовательного использования оперативно-розыскных возможностей при установлении истины по уголовному делу. Вряд ли решение данного вопроса может быть достигнуто в полном объеме путем прямого включения (инкорпорации) некоторых положений оперативно-розыскного законодательства в качестве норм уголовно-процессуального права. Проблема может быть решена лишь поэтапно-параллельным изменением процессуальных норм путем указания в них на варианты использования оперативно-розыскных возможностей. Речь при этом не идет об отдельном блоке ОРД в рамках уголовного процесса (как это сделано в Прибалтике и Белоруссии). Структурно это должно выглядеть как дополнение уже имеющих норм отдельными положениями и лишь в необходимых случаях — статьями. Поэтому необходимы изменения в главе 19 УПК РФ «Поводы и основания для возбуждения уголовного дела». Данная глава напрямую связана с использованием результатов ОРД, однако конкретных норм, посвященных этому, в главе нет. Полагаем, что ст. 149 УПК РФ должна включать в качестве отдельного пункта указание на результаты оперативно-розыскной деятельности как один из поводов к возбуждению уголовного дела. Статья 143 УПК РФ должна указывать на правила оформления рапорта, представляемого сотрудниками оперативных служб об обнаружении признаков преступления. Изменение этой нормы должно быть приведено в соответствие с требованиями Инструкции о порядке представления результатов ОРД органу дознания, следователю, прокурору или в суд.

При корректировке ст. 89 УПК РФ законодателю следовало бы привести данную норму в соответствие с положениями Закона «Об оперативно-розыскной деятельности», указав, что результаты оперативно-розыскной деятельности не могут являться доказательствами, однако могут быть использованы в качестве средства для формирования доказательств по уголовному делу (обнаружения источников доказательств, проведения следственных действий, направленных на получение доказательств, проверки и оценки доказательств, собранных ранее).

В изменениях нуждается и ст. 75 УПК РФ. Полагаем, что ч. 2 указанной статьи должна быть дополнена положением, относящим к числу недопустимых доказательств такие, которые основаны на результатах ОРД, полученных с нарушениями требований оперативно-розыскного законодательства. Такое дополнение послужит качественному изменению в требованиях особо тщательной оценки дознавателями, следователями и судов данных групп доказательств. Практика свидетельствует, что именно вопрос об исключении доказательств, сформированных на основе ОРД, во многих случаях является предметом дискуссии сторон в судебном разбирательстве.

В то же время в УПК РФ должна быть введена и система новых норм, относящихся к оперативно-розыскной деятельности. К их числу могут быть отнесены положения о разрешении вопросов допустимости либо недопустимости допроса конфиденентов в судебном разбирательстве, крайней необходимости при отказе в возбуждении дела в отношении таких лиц при наличии в их действиях признаков преступления, о рассмотрении вышестоящими судами споров между представителями ОРД и судом в случае отказа представить материалы закрытого характера и ряд других норм.

Комплексный подход к совершенствованию системы оперативно-розыскных и уголовно-процессуальных норм позволит ясно определить роль каждого из названных видов деятельности в осуществлении уголовно-процессуального познания, ввести в правовое поле разноуровневый процесс установления истины по уголовному делу.