

**БАЛАНС ИНТЕРЕСОВ ПРИ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ
ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ
(ВОПРОСЫ МЕТОДОЛОГИИ)**

Ю. В. Астафьев

Воронежский государственный университет

Поступила в редакцию 10 марта 2010 г.

Аннотация: рассматриваются проблемы осуществления и организации оперативно-розыскной деятельности в аспекте оказания содействия процессу доказывания. Уделяется внимание сущности интересов лиц, вовлеченных в оперативно-розыскную деятельность, и соотношению гарантий этих интересов, а также задач расследования уголовного дела.

Ключевые слова: оперативно-розыскная деятельность, уголовно-процессуальное доказывание, участники уголовного процесса.

Abstract: *the present article is devoted to the topical issues of interrelation of operational-search activity and criminal procedure. The matter of author's study is the questions of receiving of legitimate evidence under operational-search measures; initiating of criminal case on the basis of information obtained through operational-search activity. A special consideration is given to the analysis of the balance of personal and public interests while performing the operational-search activity; and to the creation of guarantees of justness while launching the operational-search measures. The author offers some operational recommendations for investigators and judges and discusses the changes in legislation.*

Key words: *operational-search activity, evidence, proof, operational-search measures, interests, operational experiment.*

Процесс законотворчества в правовом государстве имеет своей целью создание оптимальных условий, обеспечивающих баланс личных и общественных интересов. Нормативный акт, в котором выдержан баланс такого рода, может быть охарактеризован как система гарантий справедливого правоприменения. Однако такая конструкция представляет собой идеал, цель, к достижению которой необходимо стремиться.

Законодательство представляет собой сложную, с точки зрения развития, систему. С одной стороны, оно испытывает влияние ряда факторов экономического, социального, общественного, психологического характера, а с другой — право не может изменяться столь же динамично, как общественное сознание. При этом консерватизм права является одной из гарантий его стабильности.

В связи с этим становление и совершенствование оперативно-розыскного законодательства представляет собой наглядный пример проявления всех вышеперечисленных тенденций. Являясь одним из тех редких видов правоприменения, где весьма зыбка грань между законными способами обеспечения общественных, а также личных интересов и ведомственным произволом, оперативно-розыскная деятельность (ОРД) должна быть

четко регламентирована, прежде всего, с позиций гарантий обоснованности и законности проведения оперативных мероприятий. Процесс такой регламентации весьма продолжителен и поступателен с учетом того, что оперативно-розыскное законодательство в Российской Федерации относительно молодо и лишь проходит период формирования в отдельную отрасль права. До принятия Закона об оперативно-розыскной деятельности 1992 г., а затем ныне действующего Федерального закона 1995 г. правовое регулирование данной сферы носило исключительно закрытый, преимущественно ведомственный характер. Такое положение было вполне естественно для тоталитарного государства, которым являлась Российская империя, а затем и СССР. В государствах этого типа любая закрытая правоприменительная деятельность призвана обслуживать узкие интересы определенных общественных слоев, партий, политических групп. Отсюда следуют извращенное понимание общественных интересов лишь как интересов данных групп и слоев населения, полное забвение ценности индивидуально-личностных прав и свобод, вседозволенность в избрании средств и методов воздействия и контроля за поведением граждан.

В настоящее время законодатель стремится преодолеть данные тенденции, но происходит это с большим трудом, через попытки устранения противоречий и неточностей смежного отраслевого регулирования.

Основным камнем преткновения является крайняя лаконичность и ограниченность оперативно-розыскного законодательства. Сама ситуация, при которой основополагающий нормативный акт отрасли — Закон, насчитывающий 23 статьи, — правовой нонсенс. Утверждения о том, что оперативно-розыскная деятельность конфиденциальна и закрыта, ни в коей мере не могут служить обоснованием такого положения. Это тем более актуально, что и сам законодатель путается, пытаясь восполнить пробелы принятием нормативных актов подзаконного характера, например таких, как Инструкция о порядке представления результатов ОРД органу дознания, дознавателю, следователю, прокурору и в суд.

Важным недостатком оперативно-розыскного законодательства является абстрактность ряда определений и понятий либо полное отсутствие раскрытия содержания отдельных из них. Достаточно сказать, что Закон не содержит формулировки сущности и понятия ни одного из 14 оперативно-розыскных мероприятий (ОРМ)! Указания же на основания проведения данных мероприятий носят крайне расплывчатый характер. Сказанное в равной степени относится и к законодательному запрету на проведение ОРМ в форме провокации, особенно в части отграничения провокации от пресечения развития преступного умысла.

Следствием этого становится расширительное толкование закона. Так, Определением Конституционного Суда к прослушиванию (несмотря на семантическое понимание данного слова от глагола «слушать») отнесена и тарификация телефонных переговоров (контроль входящих и исходящих соединений). В практике судов к разряду прослушивания стали относить и еще одно действие — биллинг (определение местонахождения звонившего).

Серьезное препятствие для гармоничного соотношения общественных и личных интересов, предотвращения злоупотреблений правом — отсутствие системности во взаимодействии оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности. Фактически данные вопросы урегулированы лишь весьма невнятными по содержанию ст. 11 Закона «Об оперативно-розыскной деятельности» и ст. 89 УПК РФ. С учетом того, что уголовно-процессуальное законодательство в части вопросов доказательственного права весьма далеко от совершенства, суды вынуждены создавать практику исключения доказательств, полученных на основе недоброкачественных результатов ОРД.

Проблемы возникают и при решении вопросов о государственной защите лиц, оказывающих содействие оперативно-розыскным органам, особенно при необходимости их вовлечения в уголовный процесс в качестве свидетелей. Здесь не редкость ситуация, называемая психологами «когнитивный диссонанс»: допрос данных лиц (даже под псевдонимом, в отдельном помещении и т.п.) может создать угрозу их жизни или здоровью, а отсутствие их показаний приведет к исключению доказательств, поскольку источник не проверяем. Возникает ситуация, когда налицо конфликт личных и общественных интересов.

Следует отметить и то обстоятельство, что граждане, в отношении которых необоснованно проводилась оперативно-розыскная деятельность, лишь формально наделены правом отстаивать свои интересы. Реально их возможности ограничены ссылкой на конфиденциальность и конспиративность в отношении оперативно-розыскных материалов. Между тем именно эти материалы могут стать основой для обращения за судебной защитой.

Главным же, по нашему мнению, остается двусмысленный ответ на вопрос о месте оперативно-розыскной деятельности в правоприменительной и законодательной системе Российской Федерации. Закон «Об оперативно-розыскной деятельности» попытался ответить на этот вопрос, указав перечень задач ОРД, однако частичное их совпадение с задачами уголовного процесса, административного права, уголовно-исполнительного законодательства и иными сферами правового регулирования нивелирует специфику оперативно-розыскной деятельности в качестве особой отрасли права.

Не удивительно, что и в теории также наметились различные, порой прямо противоположные позиции, диапазон которых простирается от полного отказа признавать доказательственно-информативное значение результатов ОРД до фактического признания возможности прямого их использования в качестве доказательств. При этом весьма тревожна тенденция скрытого приравнивания результатов ОРД и доказательств. Примерами последнего могут быть предложения по введению результатов ОРД в уголовный процесс в качестве такого вида доказательства, как «иной документ»¹, утверждение, что фонограммы и бумажные носители

¹ См.: *Быков В. М., Березин Л. В.* Доказывание в стадии возбуждения уголовного дела по УПК РФ. Казань, 2006. С.38.

записи телефонных переговоров, полученные в результате ОРД, передаются следователю для приобщения к уголовному делу в качестве доказательств².

Полагаем, что законодатель четко должен провести идею запрета использования результатов ОРД в качестве доказательств по уголовному делу в любой форме, будь то трансформация, соблюдение правил оценки и проверки и пр. Оперативно-розыскная информация должна признаваться основой для доказательственной деятельности, а в определенных случаях — даже ее базой, но ни в коей мере не источником доказательств. Процесс собирания доказательств строго формализован в уголовном процессе. Источники имеют свою характеристику и условия вхождения в качестве таковых в доказывание. Всё это объективно не может быть присуще ОРД в силу ее специфики. В противном случае рухнет вся правовая основа уголовного процесса, а единственно возможной будет позиция, присущая 30-м гг. XX в., — «органы не ошибаются».

Сказанное не означает, что между оперативно-розыскными результатами и доказательствами существует непреодолимый барьер. Речь должна идти:

- 1) о критериях проверки и оценки результатов ОРД следователем или судом как предварительном этапе формирования доказательств;
- 2) о системе способов такой проверки;
- 3) о способах устранения коллизий;
- 4) о системе жестких правил исключения неверно допущенной оперативно-розыскной информации.

Критерии достоверности и допустимости оперативно-розыскной информации особые, отличные от уголовно-процессуальных, они шире. Следовательно, должны быть и особые способы проверки: судейской — при разрешениях на проведение ОРМ, прокурорской — при оценке законности и обоснованности выводов расследования, следственной — при принятии и приобщении оперативно-розыскных материалов к материалам уголовного дела, руководства оперативно-розыскных органов — при направлении материалов органам дознания, следователю или в суд.

Причина дискуссий о соотношении ОРД и уголовного процесса, на наш взгляд, состоит в отсутствии методологического подхода. Разное (зачастую субъективное) понимание соотношения личных и общественных интересов, оценок и их границ, способов проверки и оценки данных материалов и системности этих способов, стремления исключить формализм и обеспечить «процессуальную экономию» является препятствием для определения позиции по данному вопросу. С другой стороны, в теории и на практике зачастую не учитывается то обстоятельство, что оперативно-розыскная информация — не рядовой источник информации, а правовой, хотя и непроцессуальный. Сказанное с неизбежностью приводит к

² См.: Гармаев Ю. П. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам о незаконном обороте наркотиков. Иркутск, 2004. С. 11.

выводу о необходимости особой проверки и оценки результатов ОРД на пригодность использования в доказательственном процессе.

Целиком и полностью поддерживая идею А. Ю. Шумилова о необходимости создания особого Уголовно-розыскного кодекса как базового закона новой отрасли права³, отметим, что в исследуемой нами проблематике ставятся проблемы в другой плоскости. Условно вопрос можно поставить следующим образом: как установить место ОРД (и имеется ли такое место) в уголовно-процессуальном познании как самостоятельной сферы правоприменения, существующей наряду (а не как придаatok) 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.

Методологические проблемы в сфере ОРД и уголовного процесса имеют не только теоретическое, но и непосредственное практическое значение. 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 (безусловно значимых и подлежащих процессуальному закреплению) в качестве норм уголовно-процессуального права. Вместе с тем считаем, что 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 имеющихся норм отдельными положениями, и лишь в необходимых случаях — статьями.

Реформирование законодательства должно учитывать тот факт, что оперативно-розыскные средства в сфере уголовного процесса появляются в трех основных качествах:

³ См.: Шумилов А. Ю. Основы уголовно-правовой оценки сыскной информации. М., 2000. С. 103.

- а) как база для возникновения самого уголовного процесса;
- б) как средство обеспечения доказывания;
- в) как основа формирования доказательств.

В этом контексте существенные изменения следовало бы внести в раздел УПК РФ, посвященный поводам и основаниям возбуждения дела, поскольку результаты оперативно-розыскной деятельности, как повод к возбуждению дела, во-первых, очень специфичны, во вторых, нуждаются в особой проверке и оценке, в третьих, сами позволяют произвести оценку и проверку других поводов и оснований для возбуждения дела.

Следовало бы четко урегулировать систему взаимосвязи оперативно-розыскной и доказательственной информации на уровне формирования доказательств. При этом такое регулирование должно стать комплексным, охватывающим как уголовно-процессуальное, так и оперативно-розыскное законодательство.

Важно учитывать, что оперативно-розыскные материалы — это не рядовые сведения и не рядовая информация. Они, *как правило*, призваны сформировать доказательства: этому преимущественно посвящено их добывание. ОРД, таким образом, не являясь собственно доказыванием, участвует в процессе доказывания как его неотъемлемый обеспечительный элемент. В контексте изложенного вряд ли можно согласиться с мнением О. А. Вагина о том, что «результаты ОРД не влияют на достоверность, допустимость и, тем более, на относимость доказательств, полученных в рамках УПК»⁴. Как свидетельствует следственная и, в особенности, судебная практика, признание недопустимыми значительного объема доказательств, сформированных в результате использования оперативно-розыскной информации, происходит именно в связи с их неверной оценкой еще на уровне осуществления ОРД. Проведенный автором опрос более 150 следователей и судей показал, что критерии достоверности, допустимости, относимости и достаточности должны применяться к результатам ОРД с целью эффективного использования аналогичных критериев уже в процессе доказывания.

В связи с этим особое внимание следовало бы уделить закреплению в УПК РФ особых правил проверки и оценки результатов ОРД на пригодность в доказательственном процессе. Такого рода правила должны касаться допустимости, достоверности, относимости и достаточности оперативно-розыскной информации в аспекте доказывания по уголовному делу.

Следовало бы закрепить в качестве важнейшей, основополагающей задачи осуществления оперативно-розыскной деятельности превенцию, предупреждение совершения преступлений.

Обоснованность существования и деятельности оперативных служб в любом государстве — стремление контролировать отклоняющееся поведение отдельных граждан, которые могут причинить вред общественным

⁴ Вагин О. А. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании // Теория оперативно-розыскной деятельности : учеб. / под ред. К. К. Горяинова, В. С. Овчинского, Г. К. Синилова. М., 2007. С. 575.

интересам. Именно поэтому общество добровольно позволяет ограничивать свои конституционные права и свободы спецслужбам с целью предотвращения гораздо большего вреда. И. Е. Андреевский еще в 1870 г. писал: «во всех случаях, когда отдельное лицо своими силами и средствами не может создать таких условий безопасности и благосостояния, без которых развитие его невозможно, на помощь ему должна явиться деятельность других, называемая полицейской»⁵.

Именно превенция является первоначальным проявлением ОРД. Контроль за состоянием правопорядка в обществе ведет к выявлению готовящихся, совершенных или совершаемых преступлений. Следствием этого становятся оперативно-розыскные мероприятия, результаты которых преобразуются в поводы возбуждения уголовного дела либо позволяют проверить основания возбуждения уголовного дела.

Необходимо закрепить законодательно прямой запрет использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании.

Результаты ОРД объективно не могут отвечать требованиям, предъявляемым к доказательствам, ни по форме собирания, ни по содержанию, ни по специфике проверки и оценки. У них иная правовая природа, иные способы фиксирования, иные гарантии получения, нежели у доказательств. Оптимальным было бы указание на то, что результаты ОРД могут служить основой для формирования доказательств в случаях:

а) при условии получения таких результатов в соответствии с основаниями и условиями, предусмотренными оперативно-розыскным законодательством;

б) при соблюдении процедуры их представления следователю, дознавателю или в суд;

в) после осуществления органом расследования или судом проверки и оценки законности проведения и оформления результатов оперативно-розыскных мероприятий органами, проводящими ОРД.

Оптимальным нормативным решением стало бы указание в УПК РФ способов следственной и судебной проверки представленных результатов ОРД. Такого рода способами могли бы стать обязательные допросы сотрудников, проводивших ОРМ, в качестве свидетелей, проведение фотоскопических и трасологических экспертиз, осмотров представленных материалов, приобщение к материалам дела постановлений о проведении ОРМ, а в случае отсутствия в них четких оснований — направлять запросы руководителям оперативных служб с требованиями предоставления дополнительных материалов и т.д.

Вместе с тем и сами ОРМ могут быть способами проверки доброкачественности доказательств...

Должны быть усилены гарантии исключения доказательств, сформированных на основе результатов оперативно-розыскных мероприятий, полученных с нарушением требований закона. Статья 75 УПК РФ носит

⁵ Андреевский И. Е. Полицейское право/Российское полицейское (административное) право : конец XIX — начало XX века : хрестоматия / составитель Ю. Н. Старилов. Воронеж, 1999. С. 62—63.

общий характер и не может в полной мере учитывать специфику получения доказательств на основе результатов ОРД. Редакция такого рода нормы могла бы выглядеть следующим образом:

«Доказательства, сформированные на основе результатов оперативно-розыскных мероприятий, осуществленных с нарушением оснований и условий их проведения, предусмотренных законом, подлежат обязательному исключению из материалов уголовного дела.

Недопустимыми также признаются все остальные доказательства, производные от исключенных в соответствии с частью первой настоящей статьи».

К числу поводов к возбуждению уголовного дела необходимо отнести в качестве особого такой, как результаты оперативно-розыскной деятельности. Кроме того, следует указать, что следователь или дознаватель, осуществляя проверку фактических и юридических оснований оперативно-розыскной деятельности, использует возможности оперативно-розыскных органов путем выдачи им отдельных поручений, а также направления запросов о представлении определенных материалов.

Важнейшее место при этом должно быть предоставлено результатам такого неоднозначного мероприятия, как оперативный эксперимент. Именно его проведение вызывает целый ряд коллизий при оценке доказательств, а его результаты во многих случаях создают повод к возбуждению уголовного дела либо способствуют достоверному установлению оснований для возбуждения дела. Вместе с тем проведение оперативного эксперимента — это всегда пограничная ситуация, когда грань между психологическим *давлением* на граждан с отклоняющимся поведением и психологическим *воздействием* на них весьма относительна. Психологическое же давление, по своей сути, лишает гражданина свободы воли и приводит не к *предотвращению* преступления, а к *появлению* преступления. В связи с этим велик риск подмены реальной борьбы с преступностью провокационными действиями правоохранительных органов. Практика российского и иностранного правоприменителя дает множество тому примеров.

В июле 2007 г. в Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» были внесены существенные изменения. Законодатель прямо запретил провокацию, т.е. проведение действий, подстрекающих, склоняющих, побуждающих в прямой или косвенной форме к совершению противоправных действий (ч. 8 ст. 5 Закона)⁶. Таким образом, сделана попытка на законодательном уровне отграничить эксперимент от провокации, создать гарантии охраны прав и свобод граждан при проведении такого рода мероприятия. Данная новелла отнюдь не означает, что оперативные сотрудники «обречены на роль пассивного созерцателя, наблю-

⁶ См.: Федеральный закон «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием государственного управления в области противодействия экстремизму» // Рос. газ. 2007. № 165. 1 авг.

дателя», как утверждают сторонники допустимости провокации в оперативной работе⁷. Провокация в любой ее форме — синоним беззакония. Организация провокации, даже для «благих» целей, неизбежно вызовет подмену законности целесообразностью, отступление от основополагающих принципов оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности.

В особой регламентации нуждаются вопросы совершенствования процессуального механизма отказа в возбуждении уголовного дела при совершении сотрудниками оперативных служб или их доверенными лицами вынужденных деяний, формально подпадающих под определение преступления. Такая ситуация имеет место в случаях, когда предотвращается опасность наступления последствий, многократно более опасных, чем совершенное деяние.

Необходимо последовательно закрепить в уголовно-процессуальном законодательстве способы обеспечения интересов лиц, оказывавших содействие оперативным службам на конфиденциальной основе, при необходимости их привлечения к участию в деле в качестве свидетелей. Нынешняя ситуация в правовом регулировании данной сферы страдает нечеткостью и непоследовательностью, что порождает порой ряд конфликтов интересов.

Следствие и суд заинтересованы в том, чтобы процесс доказывания осуществлялся с максимальной степенью полноты. Достижению этой цели как нельзя лучше способствовали бы показания ключевых свидетелей, которыми являются конфиденциальные сотрудники. С другой стороны, их безопасность, здоровье и жизнь ставятся под угрозу в связи с участием в уголовном процессе.

По действующему законодательству руководители оперативных служб имеют право не предоставлять информацию о таких лицах суду и органам расследования. Однако в такой ситуации возникает реальный вопрос о допустимости доказательств, основанных на неизвестном источнике.

Полагаем, что проблема должна решаться как в плоскости совершенствования гарантий интересов данных лиц, так и с условием создания максимальных возможностей формирования и проверки доказательств. Для этой цели вполне подходит процедура допроса в отдельном помещении, с использованием псевдонима, но с обязательной личной проверкой судьей полных сведений о личности допрашиваемого свидетеля. Интересна также процедура, принятая во многих странах Запада, когда вместо конфиденциального сотрудника допрашивается его куратор.

Рамки статьи не позволяют рассмотреть подробно указанные проблемы. Это предмет более пристального монографического исследования. Однако решение вопросов соотношения оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности, баланса личных и общественных инте-

⁷ Александрова И. А., Шевелев А. В. К вопросу о пересмотре границы между провокацией взятки и оперативным экспериментом // Вестник МВД. 2007. № 1. С. 45—52.

ресов возможно лишь при серьезном методологическом подходе, включающем основания такого рода взаимодействия и уровни развития системы связей и зависимостей процессуальных и непроцессуальных начал познания по уголовному делу.

Воронежский государственный университет

Астафьев Ю. В., кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса

Тел.: 8-919-247-52-53

Voronezh State University

Astafyev Y. V., Candidate of Legal Science, Associate Professor of the Criminal Process Department

Tel.: 8-919-247-52-53