Документ предоставлен КонсультантПлюс

ФОРМИРОВАНИЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ НА ОСНОВЕ РЕЗУЛЬТАТОВ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

МОНОГРАФИЯ

Е.А. ДОЛЯ

Посвящается светлой памяти моего учителя
Василия Яковлевича Дорохова

ВВЕДЕНИЕ

Первая книга, посвященная анализу комплекса проблем, связанных с использованием результатов оперативно-розыскной деятельности (ОРД) в уголовном процессе, была подготовлена автором и вышла в свет в 1996 г. <1>. В настоящей работе продолжено исследование наиболее сложной из предусмотренных законом форм использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве.

<1> См.: Доля Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. М.: Спарк, 1996.

За прошедшие годы интерес к проблемам использования в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности со стороны теории, законодателя и практики уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности не только не ослаб, а наоборот - лишь усилился.

В период, прошедший с момента выхода первой книги, был опубликован целый ряд работ, авторы которых исследовали различные аспекты проблем использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании. Это работы В.И. Баскова, Н.А. Громова, А.Н. Гущина, В.И. Зажицкого, В.К. Зникина, Ю.В. Кореневского, Н.В. Луговца, М.В. Лямина, А.Г. Маркушина, М.П. Полякова, А.В. Пономаренко, А.П. Попова, Н.М. Попова, М.Е. Сафонова, В.Ю. Семенцова, В.А. Токаревой, Ю.В. Францифорова и других авторов <1>. Значительный вклад в разработку указанных проблем в предшествующий период внес Д.И. Бедняков <2>.

<1> См.: Басков В.И. Оперативно-розыскная деятельность: Учеб.-метод. пособие. М., 1997; Маркушин А.Г. Оперативно-розыскная деятельность - необходимость и законность. Н. Новгород, 1997; Поляков М.П., Попов А.П., Попов Н.М. Уголовно-процессуальное использование результатов оперативно-розыскной деятельности: проблемы теории и практики / Под общ. ред. В.Т. Томина. Пятигорск: Изд-во ПГЛУ, 1998; Кореневский Ю.В., Токарева М.Е. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам: Метод. пособие. М., 2000; Зникин В.К. Оперативно-розыскная деятельность как система добывания и собирания уголовно-процессуальных доказательств: Учеб. пособие. Кемерово: Кемеровский госуниверситет, 2000; Громов Н.А., Пономаренко В.А., Гущин А.Н., Францифоров Ю.В. Доказательства, доказывание и использование результатов оперативно-розыскной деятельности: Учеб. пособие. М.: ПРИОР, 2001; Поляков М.П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности: Монография / Под науч. ред. В.Т. Томина. Нижний Новгород: Нижегородская правовая академия, 2001; Громов Н.А., Гущин А.Н., Луговец Н.В., Лямин М.В. Доказательства, доказывание и использование результатов оперативно-розыскной деятельности: Учеб. пособие.

М.: Приор-издат, 2005; Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. СПб.: Юридический центр Пресс, 2006; Семенцов В.А., Сафонов В.Ю. Правовые предпосылки и этапы реализации оперативно-розыскной деятельности в досудебном производстве: Монография. Екатеринбург: Изд-во Уральской государственной юридической академии, 2006; Вагин О.А., Исиченко А.П., Шабанов Г.Х. Оперативно-розыскные мероприятия и использование их результатов: Учеб.-практ. пособие. М.: Издательский дом Шумиловой И.И., 2006.

<2> См.: Бедняков Д.И. Непроцессуальная информация и расследование преступлений. М., 1991.

Содержание работ названных авторов свидетельствует об отсутствии в теории и на практике единого подхода к решению проблем использования в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. Спектр предлагаемых решений достаточно широк: от весьма распространенного предложения использовать указанные результаты напрямую в качестве доказательств (с определенными оговорками или без таковых) до предложений по легализации результатов оперативно-розыскной деятельности, их трансформации, преобразованию в доказательства, уголовно-процессуальной интерпретации или переводу в уголовный процесс.

Вопросы использования в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности нашли отражение в Модельном уголовно-процессуальном кодексе для государств - участников СНГ (ч. 4 ст. 142) - рекомендательном законодательном акте, принятом в феврале 1996 г. В 1998 г. была принята межведомственная Инструкция "О порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд" <1>. В 2001 г. принимается УПК РФ, содержащий отдельную статью, посвященную использованию оперативно-розыскной деятельности в доказывании. В 2007 г. была принята новая межведомственная Инструкция о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд <2>.

<1> Приказ ФСНП России, ФСБ России, МВД России, ФСО России, ФПС России, ГТК России, СВР России от 13 мая 1998 г. N 175/226/336/201/286/410/56 (согласована с Генеральным прокурором России 25 декабря 1997 г.) (далее - Инструкция).

<2> Утверждена по согласованию с Генеральным прокурором Российской Федерации Приказом МВД России, ФСБ России, ФСО России, ФТС России, СВР России, ФСИН России, ФСНК России, МО России N 368/185/164/481/32/184/97/147 от 17 апреля 2007 г. (зарегистрирован в Минюсте России 7 мая 2007 г., регистрационный N 9407) (далее - новая Инструкция).

Отсутствие в теории единого подхода к решению проблем использования в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности не позволило сформулировать научно обоснованные рекомендации законодателю по их надлежащему решению в нормативно-правовой сфере. Об этом красноречиво свидетельствуют приведенные выше нормативные правовые акты. В них нашел отражение практически весь спектр противоречивых решений, содержащихся по данным проблемам в теории.

Так, Модельный уголовно-процессуальный кодекс для государств - участников СНГ допускает (хотя и с некоторыми оговорками) в качестве доказательств материалы, полученные оперативно-розыскным путем или с использованием услуг частного детектива, если они получены в соответствии с законодательством, регулирующим осуществление оперативно-розыскной и частной детективной деятельности. Уголовно-процессуальный кодекс РФ в статье, посвященной использованию в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности (ст. 89), фактически заблокировал эту возможность. Содержание данной статьи противоречит не только ее названию ("Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности"), но

и замыслу законодателя в этом вопросе. Действующая редакция ст. 89 УПК РФ не согласуется и со ст. 11 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" <1>, допускающей возможность использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании. В упомянутых выше межведомственных нормативных правовых актах (Инструкции 1998 г., новой Инструкции 2007 г.) устанавливается возможность использования результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве основы для формирования доказательств в уголовном процессе.

<1> Федеральный закон от 12 августа 1995 г. N 144-ФЗ "Об оперативно-розыскной деятельности" (с изм. и доп. от 18 июля 1997 г., 21 июля 1998 г., 5 января, 30 декабря 1999 г., 20 марта 2001 г., 10 января, 30 июня 2003 г.) (далее - Закон об ОРД).

Естественно, что такой разброс мнений в теории, противоречивость нормативно-правового регулирования затрудняют использование результатов оперативно-розыскной деятельности в практике доказывания по уголовным делам, а подчас вообще исключают такую возможность, что самым негативным образом сказывается как на оперативно-розыскной, так и на уголовно-процессуальной деятельности.

Об этом свидетельствует угрожающая тенденция роста нераскрытых преступлений. Например, из зарегистрированных в 2003 г. почти 3 млн. преступлений 1 млн. 200 тыс. (включая тяжкие и особо тяжкие преступления) остались нераскрытыми, что на 25% больше, чем в 2002 г. <1>. Указанная тенденция сохраняется и в последующие годы. Так, согласно данным Министерства внутренних дел РФ в январе - марте 2005 г. было раскрыто 423,7 тыс. преступлений, а не раскрыто 316,6 тыс., что на 7,5% превышает аналогичные показатели января - марта 2004 г. <2>. В 2007 г. от общего числа совершенных преступлений почти половина (1 млн. 800 тыс.) остались нераскрытыми, в том числе каждое седьмое убийство <3>.

<1> Президентский надзор // Российская газета. 2004. 31 янв.

<2> Краткий анализ состояния преступности в России за январь - март 2005 г., подготовленный Главным информационно-аналитическим центром МВД России // Российская газета. 2005. 14 апр.

<3> См.: Под надзором. Генеральный прокурор РФ Юрий Чайка ответил на вопросы корреспондента // Российская газета. 2008. 22 февр.

Рассматриваемые проблемы находятся в прямой связи с эффективностью всей оперативно-розыскной деятельности, особенно той ее части, которая направлена на борьбу с тяжкими и особо тяжкими преступлениями, в частности с терроризмом, захватом заложников. На необходимость уделять особое внимание повышению эффективности оперативной работы по этому направлению обращал внимание Президент РФ <1>. Неудовлетворительное положение с раскрываемостью преступлений во многом объясняется недостаточной результативностью оперативно-розыскной работы. Оперативным путем раскрывается только треть преступлений <2>.

<1> Выступление Владимира Путина перед доверенными лицами. 12 февраля 2004 года. Москва. МГУ им. М.В. Ломоносова // Российская газета. 12.02.2004.

<2> См.: Под надзором. Генеральный прокурор РФ Юрий Чайка ответил на вопросы корреспондента // Российская газета. 2008. 22 февр.

Потребность в расширении возможностей использования результатов оперативно-розыскной

деятельности в доказывании по уголовным делам носит объективный характер. В значительной мере она обусловлена тем, что обеспечение успешного раскрытия, расследования, рассмотрения и разрешения уголовных дел о тяжких и особо тяжких преступлениях только уголовно-процессуальными средствами и методами в современных условиях часто оказывается просто невозможным.

Отмеченная потребность поставила новые задачи перед наукой уголовного процесса, теорией оперативно-розыскной деятельности по разработке комплекса проблем, решение которых должно обеспечить правильное, законное и эффективное использование результатов оперативно-розыскной деятельности в судопроизводстве, причем, как представляется, не только в уголовно-процессуальной сфере. Роль науки в решении данного комплекса проблем приобретает решающее значение в условиях проводимой судебно-правовой реформы, направленной на построение в России демократического, правового и социального государства.

Возникает ряд новых вопросов, которые должны быть разрешены и в рамках учебного процесса при подготовке оперативных работников, дознавателей, следователей, прокуроров и судей. Соответствующие коррективы должны быть внесены в учебные программы и учебно-методические материалы. Это должно выразиться прежде всего в усилении фундаментальной правовой подготовки работников правоохранительных органов и судей, повышении уровня их теоретических знаний по специальным дисциплинам.

Об актуальности проведенного исследования для практики оперативных подразделений, дознавателей, следователей, прокуроров и судей свидетельствует и связь эффективного использования результатов оперативно-розыскной деятельности с надлежащим уровнем защиты личности, общества и государства от преступных посягательств, соблюдением прав и законных интересов личности в уголовном процессе, обеспечением режима законности в оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности.

Работа подготовлена с учетом положений нового УПК РФ, иных законов и нормативных правовых актов, имеющих значение для использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании, принятых после 1996 г. В ней содержится анализ вышедших после этого многочисленных работ по исследуемым проблемам, обосновываются выводы, к которым автор пришел к настоящему времени. Такой подход позволил изложить взгляд на проблемы использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании в целостном виде, в развитии, по мере того как практика, законодатель сталкивались с новыми трудностями, а в теории предлагались различные варианты их решения.

В ходе проведенного исследования основное внимание уделялось проблемам фундаментального характера, разрешение которых позволило автору сформулировать предложения по реализации принципиально нового подхода к законодательному регулированию межотраслевого института использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам <1>. В качестве методологической основы при этом использовались положения теории познания и теории доказательств. Указанный подход обусловлен тем, что оперативным работникам приходится осуществлять свою деятельность (формировать, проверять оперативные данные, принимать на их основе в ходе оценки правовые решения) в условиях гносеологической неопределенности, дефицита правовой информации, значительно более сложных и экстремальных, чем это имеет место в работе дознавателей, следователей, прокуроров и судей. Поэтому знания, связанные с фундаментальными категориями и понятиями теории познания, теории доказательств, доказательственного права, необходимые для правильного формирования результатов оперативно-розыскной деятельности, принятия законного и обоснованного решения об их использовании в качестве основы для формирования доказательств в уголовном процессе, оперативным работникам нужны, как это ни парадоксально, никак не в меньшей, а может быть, даже и в большей мере, чем дознавателю, следователю, прокурору или судье.

<1> На дефицит в исследовании проблем именно фундаментального характера науками криминального цикла, их методологическую слабость и даже порочность в последние годы постоянно обращается внимание специалистами. См., например: Лунеев В.В. Проблемы юридических наук криминального цикла // Государство и право. 2007. N 5. С. 42, 45.

В работе последовательно отстаивается и развивается высказанная и обоснованная автором в первой книге на эту тему идея, согласно которой результаты оперативно-розыскной деятельности могут рассматриваться (использоваться) лишь в качестве основы для формирования доказательств в уголовном судопроизводстве, но сами по себе доказательствами не являются.

Конкретизация данной идеи применительно к потребностям практики оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности позволила решить ряд вопросов фундаментального характера, без ответов на которые достигнуть комплексного решения по проблемам использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании невозможно. Среди них следует назвать вопросы, касающиеся: соотношения познавательной и правовой сторон оперативно-розыскной деятельности, результатов оперативно-розыскной деятельности и доказательств; значения правовых знаний о доказательстве, виде доказательства, различных видах доказательств и доказывании для формирования доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности; требований, которым должны отвечать результаты оперативно-розыскной деятельности, представляемые в уголовный процесс; порядка представления результатов оперативно-розыскной деятельности органам расследования, прокурору или в суд. К числу данных вопросов следует отнести и ряд других, затрагивающих фундаментальные основы оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности, связанных с познавательной стороной данных видов деятельности, соблюдением при этом прав и свобод человека и гражданина, а именно: будет ли нарушать или ограничивать права и свободы человека и гражданина представление результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовное судопроизводство и использование их в качестве основы для формирования доказательств в уголовном процессе; должны ли доказательства, формируемые на основе результатов оперативно-розыскной деятельности, проверяться и оцениваться по общим правилам доказывания, или для них должен существовать специфический режим доказывания; может ли практика оперативно-розыскной деятельности в виде ее результатов, полученных при проведении оперативно-розыскных мероприятий, использоваться в качестве критерия истинности содержания доказательств, сформированных в уголовном процессе на основе данных результатов.

Выводы и предложения, сформулированные в ходе проведенного исследования по проблемам использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании, прошли апробацию на практике. Часть из них, касающаяся развития правовой формы использования в уголовном процессе результатов оперативно-розыскной деятельности, была учтена при подготовке проекта УПК РФ межведомственной рабочей группой, созданной по решению Правительства Российской Федерации на базе Министерства юстиции Российской Федерации. В состав данной рабочей группы входил автор настоящей работы.

Основная часть выводов и предложений, сформулированных в процессе исследования, послужила методологической базой для межведомственной Инструкции "О порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд" (1998 г.), содержащей регулирование всего комплекса вопросов, связанных с представлением результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд, формированием на их основе доказательств и их использованием в судопроизводстве.

Межведомственной рабочей группой, в состав которой входил и автор настоящей работы, при подготовке Инструкции были использованы обоснованные им выводы и предложения относительно: структуры Инструкции; определения понятия результатов ОРД; требований,

предъявляемых к содержанию и форме результатов ОРД, представляемых органу дознания, следователю, прокурору или в суд для подготовки и осуществления следственных и судебных действий, в качестве поводов и оснований для возбуждения уголовного дела, основы для формирования доказательств в уголовном процессе; условий и порядка представления результатов ОРД органам расследования, прокурору или в суд; мер по защите сведений об органах, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и обеспечению безопасности ее участников в связи с представлением и использованием в уголовном процессе результатов ОРД. Новая Инструкция (2007 г.) сохранила преемственность по названным вопросам регулирования в этой сфере.

Глава 1. ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ: ГНОСЕОЛОГИЧЕСКИЙ И ПРАВОВОЙ АСПЕКТЫ

§ 1. Процесс познания - основа оперативно-розыскной деятельности

Решение задач, возложенных на органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, Законом об ОРД (ст. 2), предполагает не только знание самого Закона и его неукоснительное исполнение на практике, но и глубокое понимание существа оперативно-розыскной деятельности, процесса познания, лежащего в ее основе, знание закономерностей, по которым она развивается. Только при соблюдении этих важных условий органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, выполнят свое предназначение, обеспечат защиту личности, общества и государства от преступных посягательств, добывание информации о событиях или действиях, создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации.

Знание существа оперативно-розыскной деятельности, процесса познания, образующего ее основу, закономерностей, по которым она развивается в действительности, позволит оперативным работникам в законных правовых формах с учетом задач, принципов, правового положения субъектов оперативно-розыскной деятельности, связей между этими правовыми категориями и закономерностей их развития в процессе собирания, проверки и оценки оперативных доказательств эффективно реализовывать объяснительную и регулятивную функции Закона на практике.

Что же лежит в основе оперативно-розыскной деятельности, пронизывает ее существо, системообразует развитие ее содержания и формы во всех ее проявлениях, начиная с момента ее возникновения в простейших, низших и заканчивая зрелыми, высшими, переходящими в иные качества формами? Методологическое, определяющее значение сформулированных вопросов для эффективной реализации оперативно-розыскной деятельности в целом диктует необходимость их специального рассмотрения.

Имеются веские аргументы для утверждения, что основу всей оперативно-розыскной деятельности составляет процесс познания, а точнее, его сердцевина - оперативное доказывание <1>, представляющее собой частный случай применения теории познания в интересах решения задач и достижения целей, стоящих перед данным видом деятельности. В связи с этим представляется крайне актуальным вывод о том, что сущность оперативно-розыскной деятельности большей частью скрывается под покровом оперативно-розыскного доказывания <2>.

<1> Термин "оперативное доказывание" избран в качестве рабочего. Законодательное регулирование оперативно-розыскной деятельности, теория, изучающая закономерности данной деятельности, находятся в стадии становления. Активно развивается и совершенствуется понятийный аппарат, отражающий основные категории и институты оперативно-розыскной деятельности. Подробнее об этом см., например: Шумилов А.Ю. Проблемы законодательного

регулирования оперативно-розыскной деятельности в России: Монография. М.: Издатель Шумилова И.И., 1997; Он же. Начала уголовно-розыскного права: Монография. М.: Издатель Шумилова И.И., 1998; Проблемы формирования уголовно-розыскного права (Актуальные вопросы обнаружения преступлений с помощью негласных возможностей): Вневедомственный сборник научных работ / Под ред. А.Ю. Шумилова. Вып. 3. М.: Издатель Шумилова И.И., 2002. Эти процессы не могли не сказаться и на понятийном аппарате, используемом в настоящей работе, именно они придают термину "оперативное доказывание" условный характер. Данная характеристика в полной мере распространяется и на такие понятия, как "оперативное доказательство", "собирание", "проверка и оценка оперативных доказательств", которые также широко применяются в работе. В дальнейшем в работе такие термины, как "оперативные доказательства", "результаты оперативно-розыскной деятельности", "оперативные данные (сведения)", будут использоваться как синонимы.

<2> См.: Хохлов Ю.Н. О начале реализации уголовной ответственности (к вопросу о поиске правоотношения в оперативно-розыскной деятельности) // Проблемы формирования уголовно-розыскного права (актуальные вопросы правового регулирования оперативно-розыскной, контрразведывательной, частной, сыскной, уголовно-процессуальной и уголовно-исполнительной деятельности): Вневедомственный сборник научных работ / Под общ. ред. А.Ю. Шумилова. Вып. 1. М.: Издатель Шумилова И.И., 1998. С. 67.

Оперативное доказывание образует основное содержание деятельности оперативного работника. Именно в форме оперативного доказывания происходит развитие и выражение развивающегося содержания оперативно-розыскной деятельности. В форме оперативного доказывания осуществляется не только познание весьма специфической части социальной действительности, образующей объект оперативно-розыскной деятельности, но и ее упорядочение и преобразование <1>, т.е. развитие общественных отношений в оперативно-розыскной сфере в направлении, необходимом для нормального функционирования и развития личности, общества и государства.

<1> Идея преобразования действительности, образующая органическую часть оперативно-розыскной деятельности, без которой невозможно успешное решение стоящих перед ней задач, была сформулирована и высказана автором впервые в 1996 году. См.: Доля Е.А. Указ. соч. С. 6 и др.

Являясь разновидностью познавательной деятельности, оперативное доказывание в целом развивается в соответствии с законами познания, законами теории отражения. Как в любом процессе познания, в оперативном доказывании имеет место чувственное и рациональное познание, осуществляемое субъектами оперативно-розыскной деятельности. Возможность и необходимость применения чувственного и рационального познания в оперативно-розыскной деятельности, как и в других областях познания, обусловлены самой объективной действительностью.

Обстоятельства и факты, образующие объект оперативно-розыскной деятельности, отражаются в окружающем мире различными сторонами и свойствами. Однако не все из них находят прямое отражение в действительности, а следовательно, непосредственно проявляются вовне. Например, мотивы лиц, подготавливающих, совершающих или совершивших преступления, довольно редко получают такое отражение, но это не значит, что они не могут быть установлены в процессе оперативно-розыскной деятельности. Возможность познания невидимого, неслышимого заложена в самих событиях объективной действительности, в объективных связях, существующих между явлениями, доступными для непосредственного восприятия органами чувств, и явлениями, не доступными для такого восприятия.

Указанной выше предпосылки недостаточно, чтобы познать отношения и свойства, не доступные непосредственному восприятию органов чувств. Другая предпосылка заложена во взаимосвязи чувств и разума, их принадлежности к человеческому сознанию. Причем связь в

сознании человека между чувственным и рациональным должна отражать, воссоздавать связи, существующие в объективной действительности между свойствами и явлениями, доступными соответственно для чувственного и рационального познания. "Наше субъективное мышление, - писал Ф. Энгельс, - и объективный мир подчинены одним и тем же законам, и поэтому они не могут противоречить друг другу в своих результатах, а должны согласовываться между собой" <1>.

<1> Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 20. С. 581.

Чувственному познанию в оперативно-розыскной деятельности соответствует часть оперативного доказывания, именуемая собиранием (формированием) оперативных доказательств, рациональному познанию - их оценка, происходящая в процессе мыслительной деятельности. Оценивая оперативные доказательства, субъекты оперативно-розыскной деятельности оперируют результатами чувственного непосредственного и опосредованного познания, т.е. сведениями, содержащимися в оперативных доказательствах.

Переход от чувственного познания к рациональному в ходе оперативного доказывания происходит при проверке оперативных доказательств. Только после этого они могут быть использованы для промежуточных и конечных выводов в оперативно-розыскной деятельности.

Собирание, проверка и оценка оперативных доказательств являются относительно самостоятельными частями единого органического целого - оперативного доказывания.

Познанию в оперативно-розыскной деятельности присущи особенности, отличающие его от других видов познавательной деятельности. При осуществлении оперативно-розыскной деятельности имеются большие возможности использования непосредственного чувственного познания обстоятельств и фактов, имеющих значение для данной деятельности, чем это имеет место, например, в уголовном процессе. В уголовном судопроизводстве познается событие прошлого (преступление). Поэтому возможности непосредственного восприятия фактов и обстоятельств, имеющих значение для уголовных дел, в уголовном процессе весьма ограниченны.

В оперативно-розыскной деятельности в большей мере осуществляется познание обстоятельств и фактов в том реальном пространстве и времени, в которых они существуют и развиваются в действительности. Этой особенностью бытия оперативно-розыскной деятельности объясняются большие ее возможности по предупреждению и пресечению преступлений по сравнению с аналогичными возможностями уголовно-процессуальной деятельности.

Собирание, проверка и оценка оперативных данных в оперативно-розыскной деятельности максимально приближена по времени к тем имеющим для дела оперативного учета событиям и фактам, сведения о которых содержатся в оперативных данных. Данная особенность познания в оперативно-розыскной деятельности обусловливает возможность, если можно так выразиться, ее фактического включения в реальные общественные отношения, образующие предмет данной деятельности. Отсюда и значительные возможности по воздействию оперативно-розыскной деятельности на ее объект, а следовательно, и по преобразованию той части действительности, которая его образует.

Познанию в оперативно-розыскной деятельности присуща особенность, связанная с тем, что на ту его часть, которая реализуется оперативным работником в форме опосредованного чувственного познания, значительное влияние оказывает установка. Речь идет о том, что проведению оперативно-розыскных мероприятий, основу которых составляет непосредственное восприятие лицом, оказывающим содействие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, оперативно значимых обстоятельств и фактов, как правило, предшествует инструктаж данного лица оперативным работником. При этом указанное лицо ориентируется на восприятие и запоминание не любых фактов и обстоятельств, а только тех, которые могут иметь

значение для оперативно-розыскной деятельности. Одновременно оно инструктируется и относительно своего поведения в условиях предстоящего оперативно-розыскного мероприятия. В отличие от этого властные субъекты уголовно-процессуальной деятельности не могут заранее ориентировать, например, свидетеля или потерпевшего на восприятие тех значимых для уголовного дела обстоятельств и фактов, очевидцами которых они стали.

К особенностям рассматриваемого познания следует отнести и то обстоятельство, что оно осуществляется в условиях конспирации, когда субъекты оперативно-розыскной деятельности стремятся к тому, чтобы проверяемые, разрабатываемые и окружающие лица не знали о существовании в отношении их соответствующего оперативного интереса. Это, с одной стороны, затрудняет возможности познания, а с другой - создает благоприятную почву для его осуществления в условиях естественного существования познаваемого объекта.

С указанной особенностью связано еще одно отличие познания в данной сфере от других видов познания. Оно состоит в том, что проверяемые и разрабатываемые лица не могут принять участия в процессе познания, осуществляемом в ходе оперативной проверки и оперативной разработки. Познание в оперативно-розыскной деятельности протекает в условиях крайне ограниченного участия в нем граждан, учреждений и должностных лиц, не являющихся субъектами данной деятельности. В отличие от этого доказывание в уголовном процессе осуществляется, как правило, при активном участии подозреваемых, обвиняемых и других субъектов уголовно-процессуальной деятельности, что снижает риск ошибок.

Познание в оперативно-розыскной деятельности протекает в условиях ограниченного социального контроля за данным видом деятельности.

Отмеченные выше включенность оперативно-розыскной деятельности в реальные общественные отношения, ее преобразующая действительность составляющая в сочетании с конспиративной основой данной деятельности, влиянием установки на ее результаты, ограниченным социальным контролем за ее осуществлением создают предпосылки к тому, что она при определенных условиях может утратить предусмотренную законом свою качественную определенность. Например, в случае отступления при ее осуществлении от принципа законности она превратится из правового средства защиты личности, общества и государства от преступных посягательств в свою противоположность - изощренное средство ограничения прав и свобод. Положение усугубится еще и тем, что отмеченные особенности оперативно-розыскной деятельности затруднят для личности, общества и государства возможность отделить естественную (правовую) составляющую данной деятельности от того, что в ее содержание было искусственно (незаконно) привнесено при ее осуществлении.

Перечисленные обстоятельства диктуют необходимость строжайшего соблюдения законов, подзаконных актов, прав и свобод человека и гражданина (попавших в сферу оперативно-розыскной деятельности), тщательной проверки и оценки оперативных данных в ходе проведения оперативно-розыскной деятельности и принятия оперативных решений.

Выделение особенностей, присущих познанию в оперативно-розыскной деятельности, имеет существенное теоретическое и практическое значение. Их знание позволяет более глубоко исследовать онтологическую, гносеологическую и правовую природу данной деятельности в их неразрывной взаимосвязи, выделить новые факторы, которые необходимо учитывать при ее нормативно-правовом регулировании и осуществлении на практике. Указанные особенности влияют и на процесс познания, реализуемый в форме доказывания в уголовном судопроизводстве. Поэтому они должны обязательно учитываться и при формировании доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности и их последующем использовании в уголовном процессе.

Оперативное доказывание начинается с собирания оперативных доказательств. Оно представляет собой производство властными субъектами оперативно-розыскных мероприятий (ст.

6 Закона об ОРД), направленных на обнаружение, рассмотрение и сохранение фактических данных, имеющих значение для оперативно-розыскной деятельности, включая действия подготовительного и обеспечивающего характера. Обнаружение фактических данных предполагает отыскание источника оперативного доказательства и получение из него этих данных. Обнаруженные при производстве оперативно-розыскного мероприятия данные рассматриваются оперативным работником, в результате чего решается вопрос об их относимости к обстоятельствам, имеющим значение для решения задач оперативно-розыскной деятельности.

Собирание оперативных доказательств, как правило, осуществляется при активном участии граждан, которые с их согласия могут привлекаться к подготовке или проведению оперативно-розыскных мероприятий. При собирании оперативных доказательств в целях наиболее полного и точного отражения и сохранения оперативных данных возможно использование информационных систем, видео- и аудиозаписи, кино- и фотосъемки, а также других технических и иных средств, не наносящих ущерба жизни и здоровью людей и не причиняющих вреда окружающей действительности (ч. 3 ст. 6 Закона об ОРД).

Именно в ходе собирания оперативных доказательств властные субъекты оперативно-розыскной деятельности получают возможность для непосредственного (как, например, при наблюдении) и опосредованного (например, при опросе граждан) чувственного познания обстоятельств и фактов, имеющих значение для оперативно-розыскной деятельности, и формирования в своем сознании образов и представлений о них.

Чувственное познание в оперативно-розыскной деятельности, как и в других видах познавательной деятельности, находит выражение в таких формах, как ощущение, восприятие и представление. Они формируются в сознании оперативного работника, когда он в процессе, например, такого оперативно-розыскного мероприятия, как наблюдение (п. 6 ч. 1 ст. 6 Закона об ОРД), сам воспринимает обстоятельства и факты, создает в своем сознании их мысленные образы, выделяет из них те, которые имеют значение для оперативно-розыскной деятельности, и сведения о них отражает в оперативно-служебном документе.

Чувственное, но уже опосредованное познание оперативного работника будет иметь место, например, при проведении такого оперативно-розыскного мероприятия, как опрос граждан (п. 1 ч. 1 ст. 6 Закона об ОРД). При этом схема процесса формирования знания будет выглядеть так: события (факты, являющиеся их составной частью и существующие на момент восприятия) - чувственное восприятие гражданином данных событий (фактов) - формирование в сознании этого лица мысленного представления о воспринятых событиях (фактах) - актуализация в ходе опроса под воздействием оперативного работника в сознании опрашиваемого лица сохранившегося мысленного образа воспринятых ранее событий (фактов) и выделение в них той их части, которая имеет оперативную значимость, - сообщение опрашиваемым лицом оперативному работнику оперативных сведений об оперативно значимых событиях (фактах) - восприятие этих сведений оперативным работником - формирование в сознании оперативного работника на основе этих сведений мысленного образа оперативно значимых событий (фактов), бывших предметом непосредственного восприятия опрашиваемого лица, - отражение сведений об этих событиях (фактах) в соответствующем оперативно-служебном документе. Как видно, и в такой ситуации основой опосредованного чувственного познания оперативного работника является непосредственное чувственное восприятие лицом оперативно значимых событий (фактов).

Содержание приведенной схемы свидетельствует о том, что первоначальную часть оперативного доказывания более точно именовать не собиранием, а формированием оперативных доказательств. Именно этот термин отражает и выражает существо происходящего при этом процесса познания - формирования знания в ходе чувственного познания. Собрать можно то, что существует в готовом виде: яблоки, грибы, из готовых частей - машину. Оперативные доказательства, как и образующие их содержание сведения, не существуют в готовом виде, они формируются оперативным работником в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий. Поэтому в дальнейшем при употреблении термина "собирание оперативных доказательств" будем

иметь в виду их формирование.

Чувственное непосредственное и опосредованное познание оперативного работника частично имеет место и при проверке оперативных доказательств, когда качество уже сформированных оперативных доказательств устанавливается путем собирания новых оперативных доказательств, связанных с проверяемым через отображаемые факты, например, когда сведения о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для оперативно-розыскной деятельности, полученные в результате оперативного наблюдения, проверяются при опросе граждан, воспринимавших указанные обстоятельства и факты.

Активную роль в ходе чувственного познания оперативного работника, осуществляемого при собирании и частично при проверке оперативных доказательств, играет мышление <1>. Чувственное восприятие субъектов оперативного доказывания при производстве оперативно-розыскных мероприятий по собиранию и проверке оперативных доказательств всегда осмысленно. Мышление всегда органически вплетено в практическую деятельность по собиранию и проверке оперативных доказательств. С его помощью определяется направленность восприятия, происходит формирование мысленного образа познаваемых фактов и обстоятельств, выделение из них тех, которые имеют оперативную значимость, отражение сведений о них в оперативно-служебных документах, первичная проверка их содержания. Так, в приведенном выше случае в ходе конспиративного наблюдения оперативный работник с помощью мышления направляет свое чувственное восприятие на обнаружение не любых, а строго определенных фактов и обстоятельств, решает, какие из них могут иметь значение для оперативно-розыскной деятельности и каким образом сведения о них (последовательность, полнота) следует отразить в оперативно-служебном документе.

<1> Об активной роли мышления в познании см.: Коршунов А.И. Отражение, деятельность, познание. М., 1979. С. 139.

Активную роль мышление оперативного работника играет и в процессе опроса, например, должностного лица при формулировке перед ним вопросов о фактах и обстоятельствах, подлежащих выяснению, при отборе из полученных в ходе объяснения сведений тех, которые могут относиться к предмету оперативного доказывания, постановке уточняющих и дополняющих вопросов, организации и фиксации полученных сведений в соответствующем оперативно-служебном документе.

Проверка оперативных доказательств осуществляется путем анализа и синтеза их содержания, сопоставления содержания оперативных доказательств между собой и собирания новых доказательств. Каждый из перечисленных способов проверки, примененный изолированно, вне связи с другими способами, не позволяет сделать окончательного вывода о доброкачественности проверяемого оперативного доказательства. И только использование их в совокупности гарантирует надежность проверки и создает необходимые предпосылки для принятия в последующем обоснованных и законных решений в процессе оценки оперативных доказательств. Необходимо отметить, что проверка оперативных доказательств должна начинаться уже в процессе их формирования. По окончании формирования оперативного доказательства его проверка, как правило, продолжается.

Принимая во внимание ту роль, которую проверка оперативных доказательств играет в процессе оперативного доказывания, надлежащем решении задач, стоящих перед данным видом деятельности, представляется неоправданным отсутствие в законе ее правового регулирования.

Чувственное познание, осуществляемое при собирании и частично проверке оперативных доказательств, способно верно отразить действительность, но лишь частично. Его непосредственная связь с объективной действительностью не позволяет отделить знание общего

от единичного, объективного от субъективного, выявить и исследовать в предметах и явлениях необходимые связи, зависимости и отношения, отделить их от случайных или привнесенных субъектом познания.

Чувственное познание не дает знаний о сущности фактов, связей, зависимостей и отношений, скрытых за поверхностью явлений, доступных чувственному восприятию <1>. Например, при обнаружении в ходе конспиративного обследования помещения предметов и документов, имеющих значение для оперативно-розыскной деятельности, оперативный работник, особенно на первоначальном этапе проверки, не может сделать окончательного и достоверного вывода об их происхождении, назначении. С подобного рода трудностями он столкнется и в ходе опроса граждан при получении от них сведений о фактах и обстоятельствах, относящихся к предмету оперативно-розыскной деятельности.

<1> Кедров Б.М. Единство диалектики, логики и теории познания. М., 1963. С. 177 - 178; Оруджев З.М. Диалектика как система. М., 1973. С. 216 - 217.

Познание существа обстоятельств и фактов, входящих в предмет оперативно-розыскной деятельности, недоступное для чувственного познания, реализуется оперативным работником посредством рациональной формы познания - на логическом уровне при оценке всей совокупности собранных и проверенных оперативных доказательств. При этом обстоятельства и факты, входящие в предмет оперативного доказывания, отражаются не со стороны явлений, доступных чувственному восприятию, а со стороны их сущности - внутренних связей, зависимостей, отношений и закономерностей внутреннего движения, недоступных чувственному познанию. Субъекты оперативного доказывания на данном уровне непосредственно с объективной действительностью не соприкасаются, разум при этом опирается на данные чувств, "к нашему глазу присоединяются не только еще другие чувства, но и деятельность нашего мышления" <1>.

<1> Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 20. С. 554.

Формами выражения логического знания, получаемого в оперативно-розыскной деятельности, как и в других видах познавательной деятельности, выступают понятия, суждения и умозаключения. Их виды, правила построения изучает логика. Для правильного отражения на логическом уровне познания обстоятельств и фактов, относящихся к предмету оперативно-розыскной деятельности, необходимо связать понятия в соответствии с действительно существовавшими и существующими связями между явлениями, предметами, имеющими значение для установления истины, их свойствами, связями и отношениями.

Понятия, сформированные при проведении оперативно-розыскных мероприятий на основе чувственного познания, дающего знания о внешних, отдельных, как бы застывших связях, сторонах, зависимостях, отношениях обстоятельств и фактов, входящих в предмет оперативно-розыскной деятельности, должны быть подвергнуты логической обработке в ходе оценки оперативных доказательств. Понятия "должны быть также обтесаны, обломаны, гибки, подвижны, релятивны, взаимосвязаны, едины в противоположностях, дабы обнять мир" <1>. Только посредством рационального познания субъект оперативного доказывания может воссоздать в мышлении не фрагментарную, не одностороннюю, не застывшую картину обстоятельств и фактов, подлежащих установлению в процессе оперативно-розыскной деятельности, а их целостную картину в развитии, во всей полноте общественно-правовой сущности.

<1> Ленин В.И. ПСС. Т. 29. С. 131.

Задачи оперативно-розыскной деятельности, направленные на выявление, предупреждение, пресечение, раскрытие преступлений, обнаружение лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших, скрывающихся от органов расследования и суда, уклоняющихся от уголовной ответственности, без вести пропавших граждан, добывание информации о событиях или действиях, создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации, не могут быть решены только в ходе осуществления оперативно-розыскных мероприятий.

Оперативно-розыскные мероприятия являются не чем иным, как лишь способами формирования и проверки оперативных доказательств. Промежуточные и итоговые задачи оперативно-розыскной деятельности решаются в ходе принятия оперативных решений, основу которых образует оценка совокупности собранных и проверенных оперативных доказательств, представляющая собой продолжение (при оценке ограниченных совокупностей доказательств) и завершение (при оценке всех собранных доказательств в их совокупности) процесса оперативного доказывания на логическом уровне познания.

Мыслительная (логическая) деятельность подчиняется законам логики, а не права. В связи с этим правовое регулирование оценки оперативных доказательств осуществляется законодателем в минимальной мере. Об оценке результатов оперативно-розыскной деятельности в самой общей форме говорится в ч. 2 ст. 10 Закона об ОРД. В этой части законодательное регулирование оперативно-розыскной деятельности может быть усовершенствовано. В частности, в нем имеет смысл указать на метод оценки совокупности оперативных доказательств, необходимость руководствоваться при этом законом и правосознанием.

В основе оперативных решений должна лежать совокупность проверенных, внутренне непротиворечивых и согласующихся между собой оперативных доказательств, из содержания которых следует однозначный вывод, образующий существо принимаемого решения. Если совокупность оперативных доказательств, положенных в основу решения, не позволяет сделать такого вывода, а дает основания для различных выводов, это свидетельствует о том, что оперативные доказательства, на основе которых строится решение, требуют дополнительной проверки и принятие решения преждевременно.

Реализация идеи развития в процессе оперативного доказывания требует выделения в нем перехода от чувственного познания к логическому (рациональному). Переход от чувств к разуму, от чувственного познания к логическому познанию невозможно понять, не учитывая его диалектичность. Можно сказать, что в процессе оперативного доказывания переход от чувств к разуму, от чувственной формы познания к рациональной происходит именно при проверке оперативных доказательств, хотя взаимодействие чувственного и рационального, но в иных формах и соотношениях имеет место и при собирании, и при оценке оперативных доказательств. Однако наиболее рельефно он просматривается на этапе проверки, так как именно тут сознание оперативного работника совершает переход от ощущений, восприятий, представлений, сформированных в процессе собирания оперативных доказательств, к оперированию сведениями, содержащимися в этих формах.

При проверке оперативных доказательств мышление оперативного работника, с одной стороны, еще напрямую в ходе производства оперативно-розыскных мероприятий связано через его ощущения, восприятия и представления с объективной действительностью, а с другой стороны, оно уже совершает "отлет", отрывается от нее (когда оперативный работник исследует содержание доказательств) и в дальнейшем поддерживает связь с ней только опосредованно - через доказательства, опыт, знания. "Движение познания к объекту всегда может идти лишь диалектически: отойти, чтобы вернее попасть" <1>.

<1> Там же. С. 252.

В ходе этого перехода сознание оперативного работника освобождается от ограниченности чувственного познания, преодолевает его и делает качественный скачок вперед, к возможности познания сущности явлений, внутренних связей, отношений и свойств, обстоятельств и фактов, подлежащих оперативному доказыванию, недоступных для чувственного познания. Этот переход был бы невозможен, если чувства и разум в процессе познания были оторваны друг от друга.

Именно при проверке оперативных доказательств наиболее рельефно видно, как с помощью мышления осуществляется взаимодействие содержания оперативных доказательств и формы, в которой должен развиваться дальнейший процесс оперативного доказывания, - этих двух относительных противоположностей, переходящих друг в друга.

Содержание и форма оперативно-розыскной деятельности, представляя собой относительные противоположности, переходящие друг в друга, взаимообусловлены и существуют в единстве. Взаимообусловленность содержания и формы проявляется в возможности их взаимного перехода. Единство содержания и формы выражается в невозможности существования бессодержательных форм и неоформленных содержаний.

Противоположность содержания и формы оперативно-розыскной деятельности относительна, а их единство абсолютно. Эти положения в полной мере распространяются на содержание и форму всей оперативно-розыскной деятельности. Так, например, в ходе анализа и синтеза содержания оперативного доказательства оперативный работник устанавливает связи, отношения, зависимости, существующие между различными его сторонами, которые в большей или в меньшей мере отражают связи, отношения, зависимости фактов и обстоятельств, имеющих значение для оперативно-розыскной деятельности, сведения о которых несет оперативное доказательство. При этом он формирует в своем сознании представления о неполноте, неточности, внутренней противоречивости оперативного доказательства, служащие основой для выводов о путях и формах дальнейшей проверки, а именно: его сопоставлении с содержанием строго определенных оперативных доказательств, уже собранных на данный момент; производстве конкретных оперативно-розыскных мероприятий, направленных на собирание новых оперативных доказательств, связанных с проверяемым через отображаемые факты; порядке производства указанных оперативно-розыскных мероприятий.

Представления о путях и способах проверки оперативного доказательства, полученные в результате исследования его содержания, и образуют сначала идеальную, а потом и реальную форму, в которой в дальнейшем протекает и развивается оперативное доказывание. Происходит как бы "перелив" содержания проверяемого оперативного доказательства и содержания других связанных с ним оперативных доказательств в форму-метод, по которому должно развиваться оперативное доказывание. Другими словами, речь идет о "самом себя конструирующем методе" оперативно-розыскной деятельности.

Посредством этих представлений субъекты оперативного доказывания, по существу, в первом приближении воспроизводят в мышлении связи, отношения, зависимости, существовавшие и существующие между фактами и обстоятельствами, составляющими содержание проверяемого оперативного доказательства, и связанными с ними другими фактами и обстоятельствами, сведения о которых образуют содержание собираемых оперативных доказательств.

Представления о методе дальнейшей проверки оперативных доказательств окажутся результативными (позволят получить новые оперативные доказательства, связанные с проверяемым через отображаемые факты) только в случае, если они будут отражать, воспроизводить в логике понятий связи, отношения, зависимости, существовавшие или существующие в действительности между относимыми к делу фактами, составляющими содержание проверяемого и вновь получаемых оперативных доказательств. Логика оперативного доказывания (познания) в конечном итоге должна совпадать с объективной логикой, логикой

развития связей, отношений и зависимостей, существовавших и продолжающих частично существовать между обстоятельствами и фактами, входящими в предмет оперативного доказывания.

Отмеченным выше переходом содержания в форму завершается только первый этап взаимодействия содержания оперативных доказательств с формой оперативного доказывания и подготавливается переход ко второму этапу, когда начинается обратный процесс воздействия теперь уже формы на содержание и ее "превращение" в содержание оперативных доказательств и процесса оперативного доказывания.

Результатом осуществленной в ранее определенной форме проверки доказательств (сопоставления с конкретными оперативными доказательствами, производства конкретных оперативно-розыскных мероприятий в установленной последовательности) становится получение сведений, дополняющих неполноту проверяемого оперативного доказательства, устраняющих и объясняющих его неточности, противоречивость, несоответствие другим оперативным доказательствам. Иными словами, в указанной форме происходит уточнение представления о содержании проверяемого оперативного доказательства, а через него и уточнение, развитие знаний о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для оперативно-розыскной деятельности. Следуя форме, определенной содержанием проверяемого оперативного доказательства, субъекты оперативного доказывания возвращаются, приходят, но на более высоком уровне, к его содержанию, развивают его через "содержательную форму". Форма доказывания "превращается" в содержание оперативных доказательств и содержание развивающегося процесса оперативного доказывания.

Переход от содержания к новому более полному и точному содержанию в рамках оперативного доказывания (через форму-метод) можно рассматривать в двух аспектах. Во-первых, как связь чисто внешнюю, проявляющуюся в несоответствии, внутренней противоречивости оперативного доказательства, его полном или частичном несоответствии содержанию других доказательств, что имеет место на первоначальном этапе проверки оперативных доказательств, когда лишь выявлены эти несоответствия и противоречия и неизвестны их причины, а намечаются только формы их решения. И, во-вторых, как связь более глубокую, связь развития, имеющую место на завершающем этапе проверки оперативных доказательств, когда выявлены причины неполноты и противоречивости оперативного доказательства, когда оперативный работник, установив, что в нем соответствует действительности, а что - нет, получает на этой основе новое, более полное и точное знание о фактах и обстоятельствах, входящих в предмет оперативного доказывания. При этом имеет место не просто возврат к исходному содержанию проверяемого оперативного доказательства, а получение на его базе приращения содержания, нового знания об обстоятельствах и фактах, имеющих значение для оперативно-розыскной деятельности, т.е. развитие оперативного доказывания.

Следует отметить, что познание в оперативно-розыскной деятельности невозможно без одновременного происходящего при этом преобразования действительности, образующей предмет данной деятельности. Преобразование действительности, составляющей предмет оперативно-розыскной деятельности, хотя и в меньшей мере, чем в уголовном процессе, но свойственно и оперативно-розыскной деятельности.

Оно имеет место уже в процессе проведения предусмотренных законом оперативно-розыскных мероприятий. С учетом именно необходимости преобразования действительности законодателем сформулировано, например, положение, согласно которому органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, предоставлено право прерывать предоставление услуг связи в случае возникновения непосредственной угрозы жизни и здоровью лица, а также угрозы государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации (п. 1 ч. 1 ст. 15 Закона об ОРД).

Удельный вес преобразующей составляющей оперативно-розыскной деятельности

увеличивается по мере осуществления проверки результатов оперативно-розыскной деятельности, принятия на их основе промежуточных и итоговых оперативных решений по делам оперативного учета. Так, преобразование действительности имеет место при решении задач оперативно-розыскной деятельности, связанных с предупреждением и пресечением преступлений, розыском лиц, скрывающихся от органов расследования, суда, уклоняющихся от уголовного наказания (ст. 2 Закона об ОРД). Меньшие допустимые и обязательные пределы преобразующего содержания оперативно-розыскной деятельности по сравнению с уголовно-процессуальной деятельностью обусловлены соответствующими онтологическими, гносеологическими и правовыми предпосылками, которые требуют отдельного исследования.

Конечно, реальный процесс оперативного доказывания значительно богаче, разнообразнее, но в приведенных рассуждениях внимание акцентируется на его существе, тенденции развития, для выделения и использования которых в практике оперативно-розыскной деятельности известное огрубление просто необходимо. "Изображение движения мыслью есть всегда огрубление" <1>.

<1> Ленин В.И. ПСС. Т. 29. С. 233.

В литературе высказана точка зрения, согласно которой центральную часть оперативно-розыскной деятельности необоснованно именовать оперативным доказыванием. "Если признать, что целью оперативно-розыскного доказывания является установление объективной истины, то нужно будет объяснить, что входит в ее содержание, чем она отличается от истин, устанавливаемых в уголовном судопроизводстве... и т.п." <1>. Исходя из этого "с учетом специфики оперативно-розыскной деятельности, ее задач и применяемых средств, способов и условий, сделать это довольно сложно" <2>. При этом подчеркивается, что термины "оперативное доказывание" и "оперативные доказательства" не вполне адекватно отражают стоящую за ними реальность <3>.

<1> См.: Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. С. 113.

<2> Там же.

<3> См.: Зажицкий В.И. Указ. соч. С. 114.

Не приводя развернутой аргументации относительно указанных суждений, так как проблема характера, содержания и способов установления истины в оперативно-розыскной деятельности требует отдельного самостоятельного исследования, ограничимся лишь отдельными замечаниями.

Действительно, раскрыть содержание истины, устанавливаемой в оперативно-розыскной деятельности, показать ее отличие от истины, устанавливаемой в уголовном судопроизводстве, решить другие связанные с этим вопросы довольно сложно. Но сложность решения тех или иных вопросов вовсе не означает, что они не могут быть решены. Поэтому данное обстоятельство не может служить аргументом в пользу того, что истина в оперативно-розыскной деятельности не достигается. Уже одно то обстоятельство, что органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, в большинстве случаев успешно решают стоящие перед ними задачи, является веским подтверждением того, что в этих случаях результаты их деятельности достигают соответствия с действительностью.

Если бы в процессе оперативного доказывания не достигалось соответствия получаемых при этом знаний действительности, то невозможно было бы успешное решение ни одной из стоящих перед ним задач. Однако законодатель формулирует такие задачи и в отличие от авторов,

отрицающих возможность установления истины в ходе оперативно-розыскной деятельности, исходит при этом из возможности ее достижения. В противном случае зачем формулировать в законе задачи данной деятельности? Мир познаваем. Это фундаментальное положение теории познания в полной мере распространяется и на оперативно-розыскную деятельность, в форме которой происходит не только познание специфической части бытия, но и ее преобразование в направлении, необходимом для нормального существования и развития личности, общества и государства.

Что касается разницы в содержании истины, устанавливаемой в оперативно-розыскной деятельности, и истины, достигаемой в уголовном процессе, то она, бесспорно, существует. В самом общем плане это различие, в частности, состоит в том, что в содержание истины, устанавливаемой в оперативно-розыскной деятельности, входит установление лишь тех обстоятельств, которые связаны с решением задач, стоящих перед данным видом деятельности (ст. 2 Закона об ОРД). В содержание истины, достигаемой в оперативно-розыскной деятельности, не входит установление значительной части обстоятельств, которые подлежат доказыванию при производстве по уголовным делам (ст. 74 УПК РФ). Так, в частности, за пределами истины в оперативно-розыскной деятельности лежит привлечение лица, заподозренного в совершении преступления, в качестве подозреваемого.

Не может служить аргументом в пользу невозможности использования применительно к оперативно-розыскной деятельности термина "оперативные доказательства" и утверждение о том, что в этом случае, "проявляя последовательность", следовало бы "говорить об использовании в доказывании по уголовным делам оперативно-розыскных доказательств, а не результатов оперативно-розыскной деятельности" <1>. При этом не учитывается, что уголовно-процессуальный закон понимает под результатами оперативно-розыскной деятельности сведения, полученные в соответствии с Федеральным законом от 12 августа 1995 г. N 144-ФЗ "Об оперативно-розыскной деятельности", о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления и т.д. (п. 36.1 ст. 5 УПК РФ). Именно эти сведения автор настоящей работы именует оперативными доказательствами и использует этот термин в качестве эквивалента понятию "результаты оперативно-розыскной деятельности".

<1> См.: Зажицкий В.И. Указ. соч. С. 114.

В данном случае наш оппонент поступает последовательно в соответствии со своей логикой, согласно которой содержанием соответствующих доказательств становятся сведения, выявленные оперативно-розыскным путем <1>.

<1> См.: Там же. С. 353 - 354.

Автор работы в данном вопросе исходил и исходит из принципиально иной позиции. Результаты оперативно-розыскной деятельности (оперативные доказательства) могут использоваться лишь в качестве основы для формирования доказательств в уголовном процессе, но сами доказательствами не являются. Поэтому, проявляя последовательность, в данном вопросе следовало опровергать нашу логику. Ведь именно в соответствии с представлениями нашего оппонента в доказывании по уголовным делам используются оперативно-розыскные данные. "Содержанием соответствующих доказательств все же становятся сведения, выявленные оперативно-розыскным путем", - утверждает он <1>.

<1> См.: Зажицкий В.И. Указ. соч. С. 353 - 354.

И последнее, что касается суждения относительно не вполне адекватного отражения терминами "оперативное доказывание" и "оперативные доказательства" стоящей за ними реальности. Его нельзя признать существенным, поскольку автор не привел каких-либо аргументов в его подтверждение.

В отличие от приведенного выше взгляда, ставящего под сомнение возможность установления истины в оперативно-розыскной деятельности, А.Г. Маркушин и М.П. Поляков полагают, что ее достижение в данной деятельности имеет место. При этом они исходят из отсутствия различий между процессом познания истины с применением оперативно-розыскных мероприятий и процессом познания следственным путем <1>. Представляется, что данная точка зрения, в отличие от проанализированного выше взгляда, выражает другую крайность во взгляде на проблему истины в оперативно-розыскной деятельности.

<1> См.: Маркушин А.Г. Оперативно-розыскная деятельность - необходимость и законность. Нижний Новгород, 1997. С. 144, 147; Поляков М.П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности: Монография / Под науч. ред. В.Т. Томина. Нижний Новгород: Нижегородская правовая академия, 2001. С. 165.

§ 2. Законодательное регулирование оперативно-розыскной деятельности

Содержание оперативно-розыскной деятельности, осуществляемой на территории Российской Федерации, система гарантий законности при проведении оперативно-розыскных мероприятий в настоящее время определяются Федеральным законом от 12 августа 1995 г. N 144-ФЗ "Об оперативно-розыскной деятельности", принятым 5 июля 1995 г. В соответствии с ним под оперативно-розыскной деятельностью понимается вид деятельности, осуществляемой гласно и негласно оперативными подразделениями государственных органов, уполномоченных законом, в пределах их полномочий посредством проведения оперативно-розыскных мероприятий в целях защиты жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, собственности, обеспечения безопасности общества и государства от преступных посягательств (ст. 1).

Оперативно-розыскная деятельность направлена на решение задач по выявлению, предупреждению, пресечению и раскрытию преступлений, а также выявлению и установлению лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших; осуществлению розыска лиц, скрывающихся от органов дознания, следствия и суда, уклоняющихся от уголовного наказания, а также розыску без вести пропавших; добыванию информации о событиях или действиях, создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации.

Правовую основу оперативно-розыскной деятельности образуют Конституция Российской Федерации, Федеральный закон "Об оперативно-розыскной деятельности", другие федеральные законы и принятые в соответствии с ними иные нормативные правовые акты федеральных органов государственной власти (ч. 1 ст. 4 Закона об ОРД). К иным законам, образующим правовую основу оперативно-розыскной деятельности, которые регулируют ее отдельные аспекты, относятся Закон Российской Федерации от 5 марта 1992 г. "О безопасности", Уголовный и Уголовно-процессуальный кодексы РСФСР, Закон Российской Федерации от 21 июля 1993 г. "О государственной тайне", Федеральный закон от 3 апреля 1995 г. "Об органах федеральной службы безопасности в Российской Федерации", Закон РСФСР от 18 апреля 1991 г. "О милиции" <1>.

<1> Более подробно о правовой основе оперативно-розыскной деятельности см.: Закон об

оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации: Комментарий / Под ред. А.Ю. Шумилова. М., 1994. С. 32 - 41.

Органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, предоставлено право издавать в пределах своих полномочий в соответствии с законодательством Российской Федерации нормативные акты, регламентирующие организацию и тактику проведения оперативно-розыскных мероприятий (ч. 2 ст. 4 Закона об ОРД) <1>.

<1> О некоторых из таких актов см.: Там же. С. 37 - 38.

Оперативно-розыскное законодательство и регулируемая им деятельность основываются на соответствующих принципах. Все нормы оперативно-розыскного законодательства должны соответствовать принципам, они образуют сложную ткань оперативно-розыскной формы, пронизывают всю оперативно-розыскную деятельность.

Принимая во внимание огромное значение регулятивной и объяснительной роли принципов оперативно-розыскной деятельности, имеет смысл в Законе об ОРД дать нормативное определение принципа данной деятельности. При этом под принципом оперативно-розыскной деятельности следует понимать закрепленную в Законе наиболее общую правовую идею оперативно-розыскного характера, выражающую одну из существенных сторон данной деятельности, определяющую оперативно-розыскную форму во всех ее проявлениях и служащую решению ее задач. Исходя из этого ст. 3 Закона об ОРД предлагается изложить в следующей редакции:

"Статья 3. Принципы оперативно-розыскной деятельности

(1) Принципы оперативно-розыскной деятельности - закрепленные в настоящем Законе наиболее общие идеи оперативно-розыскного характера, выражающие одну из существенных сторон данной деятельности, определяющие оперативно-розыскную форму во всех ее проявлениях и служащие решению ее задач.

(2) В редакции действующей статьи 3 Закона об ОРД.

(3) Все нормы настоящего Закона должны соответствовать принципам оперативно-розыскной деятельности.

(4) Ограничение действия принципов оперативно-розыскной деятельности в настоящем Законе допускается только в тех случаях, когда их последовательная реализация вступает в противоречие с задачами оперативно-розыскной деятельности.

(5) Нарушение принципов оперативно-розыскной деятельности представляет существенное нарушение закона и во всех случаях влечет юридическую ничтожность оперативно-розыскных действий и решений".

Согласно закону оперативно-розыскная деятельность основывается на принципах законности, уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина, конспирации, сочетания гласных и негласных методов и средств (ст. 3 Закона об ОРД) <1>.

<1> Существует точка зрения, согласно которой в систему принципов оперативно-розыскной деятельности входят такие принципы, как гуманизм, демократизм, наступательность, принципы применения конфидентов и ряд других (см.: Там же. С. 28, 30 - 31).

Принцип законности в оперативно-розыскной деятельности проявляется прежде всего в том, что должностные лица органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и иные ее участники обязаны точно исполнять положения Конституции и законов Российской Федерации <1>. Действием данного принципа объясняется и то, что законом четко определены цели, задачи и принципы оперативно-розыскной деятельности, круг органов, уполномоченных на ее осуществление, правовое положение ее субъектов, основания, порядок проведения оперативно-розыскных мероприятий <2>, урегулированы формы судебного контроля за ограничением при этом конституционных прав граждан, регламентирован порядок и пределы использования результатов оперативно-розыскной деятельности. В соответствии с данным принципом органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, решают задачи, определенные Законом об ОРД, исключительно в пределах своих полномочий, установленных соответствующими законодательными актами Российской Федерации <3>.

<1> Об особенностях надзора за соблюдением законности в оперативно-розыскной деятельности см.: Балашов А. Особенности надзора за соблюдением законности в оперативно-розыскной деятельности // Социалистическая законность. 1990. N 7. С. 24 - 26.

<2> О реализации принципа законности, например, при прослушивании телефонных и иных переговоров см.: Козусев А. Законность прослушивания телефонных и иных переговоров // Законность. 1993. N 2. С. 9 - 11.

<3> О реализации принципа законности при проведении оперативно-розыскных мероприятий см.: Макушенко Л.П. Реализация принципа законности при проведении оперативно-розыскных мероприятий // Проблемы теории законности, методологии и методики прокурорского надзора: Сб. науч. трудов. М.: НИИ проблем укрепления законности и правопорядка, 1994. С. 45 - 53.

Принцип законности находится в тесной связи с содержанием всех остальных принципов оперативно-розыскной деятельности. Содержание принципа законности проявляется в соблюдении содержания всех иных принципов оперативно-розыскной деятельности. Именно соблюдение содержания всех принципов оперативно-розыскной деятельности и образует содержание принципа законности. Нарушение принципа законности всегда означает отступление от одного или нескольких иных принципов данной деятельности. И наоборот, нарушение одного или нескольких указанных принципов в то же время представляет собой отступление от принципа законности, а следовательно, и его нарушение.

В связи с отмеченной интегрирующей ролью принципа законности, его системообразующим значением для всей оперативно-розыскной деятельности особое значение приобретает его неукоснительное соблюдение в ходе осуществления данной деятельности. Отступление от принципа законности не может быть ничем оправдано. На тревожное положение с соблюдением принципа законности в оперативно-розыскной деятельности обращал внимание Генеральный прокурор РФ на итоговой (за 2007 г.) коллегии Генпрокуратуры. Из изученных 400 тыс. дел оперативного учета надзирающими прокурорами выявлены нарушения по каждому четвертому. Чаще всего это проявляется в том, что они заводятся и ведутся с нарушением установленных сроков <1>.

<1> См.: Под надзором. Генеральный прокурор РФ Юрий Чайка ответил на вопросы корреспондента // Российская газета. 2008. 22 февр. В данном интервью Юрий Чайка отметил, что во многих местах контроль за оперативно-розыскной деятельностью со стороны руководителей ослаблен.

По этой причине в принципе нельзя согласиться с авторами, допускающими возможность использования в доказывании по уголовным делам результатов оперативно-розыскной деятельности, полученных с нарушением положений Закона об ОРД <1>.

<1> См.: Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. С. 144 - 151.

При этом возможность использования результатов оперативно-розыскной деятельности, полученных с нарушением Закона об ОРД, в доказывании по уголовным делам оправдывается тем, что указанные нарушения находятся за рамками уголовного процесса и не означают нарушения предусмотренной уголовно-процессуальным законом процедуры получения доказательств (в частности, вещественных доказательств) <1>. Сделанная при этом оговорка о том, что "мы отнюдь не поощряем нарушения принципа законности в оперативно-розыскной деятельности. Каждый факт нарушения закона должен быть установлен, тщательно проанализирован, а виновное лицо (лица) должно быть привлечено к... ответственности" <2>, не меняет существа данного взгляда. Его автор по-прежнему считает, что позиция сторонников недопустимости использования в уголовном судопроизводстве результатов оперативно-розыскной деятельности, полученных с нарушением Закона об ОРД <3>, является односторонней. Исходя из этого, он призывает к недопустимости проявления односторонности, необходимости "обеспечивать осуществление бескомпромиссной и эффективной борьбы с преступностью" <4>. При этом не учитывается то важное обстоятельство, что использование в уголовном процессе результатов ОРД, полученных с отступлением от принципа законности, фактически означает возможность использования в судопроизводстве указанных результатов, полученных в условиях нарушения и всех других принципов оперативно-розыскной деятельности.

<1> См.: Зажицкий В.И. Указ. соч. С. 150. Аналогичной позиции в данном вопросе придерживаются О.А. Вагин, А.П. Исиченко и Г.Х. Шабанов. См.: Вагин О.А., Исиченко А.П., Шабанов Г.Х. Оперативно-розыскные мероприятия и использование их результатов: Учеб.-практ. пособие. М.: Издательский дом Шумиловой И.И., 2006. С. 108 - 109.

<2> См.: Зажицкий В.И. Указ. соч. С. 151.

<3> Полностью отрицает возможность использования результатов оперативно-розыскной деятельности, полученных с нарушением Закона об ОРД, В.И. Диденко. См.: Диденко В.И. Использование следователем фактических данных, полученных в результате применения в оперативно-розыскной деятельности аудио- и видеозаписи, фото- и киносъемки: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1996. С. 8. Как ничтожные совершенно обоснованно рассматривают результаты оперативно-розыскной деятельности, полученные с нарушением требований Закона об ОРД, В.А. Семенцов и В.Ю. Сафронов. См.: Семенцов В.А., Сафронов В.Ю. Правовые предпосылки и этапы реализации результатов оперативно-розыскной деятельности в досудебном производстве: Монография. Екатеринбург: Уральская государственная юридическая академия, 2006. С. 105 - 106.

<4> См.: Зажицкий В.И. Указ. соч. С. 151.

Ошибочно осуществлять бескомпромиссную борьбу с преступностью за счет компромисса с принципом законности и другими принципами оперативно-розыскной деятельности. В связи с этим реализация рассмотренного подхода может гарантировать лишь одно - тотальное нарушение в ходе осуществления оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности прав и свобод граждан, но никак не эффективную борьбу с преступностью.

Предлагаемый подход оставляет открытым и немаловажный вопрос, касающийся

допустимых пределов нарушения принципа законности в оперативно-розыскной деятельности. Как показывает горький исторический опыт нашей страны, это путь к правовому беспределу. Представляется, что в условиях построения демократического правового государства данный путь не является истинным, и ему нельзя следовать <1>.

<1> Критического отношения заслуживает позиция авторов, полагающих, что несущественные нарушения закона, допущенные при осуществлении оперативно-розыскной деятельности, не ведут к юридической ничтожности ее результатов. См.: Гармаев Ю.П. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности при расследовании уголовных дел о взяточничестве. М., 2005. С. 36 - 39. В связи с этим мы не можем согласиться с трактовкой Ю.П. Гармаевым нашего вывода о том, что доказательства формируются не в ходе оперативно-розыскной деятельности, а только при осуществлении уголовно-процессуальных действий, как "аргумента в пользу допустимости доказательств, полученных в результате ОРД, но с несущественными нарушениями законодательства об ОРД" (см.: Там же. С. 39). В тексте, на который ссылается Ю.П. Гармаев, получение доказательств в рамках уголовно-процессуальной деятельности никоим образом не рассматривается в связи с нарушениями законодательства об ОРД. Кроме этого, доказательства действительно формируются в ходе уголовно-процессуальной деятельности, а не получаются в результате ОРД, как утверждается в анализируемом суждении автора. И самое важное. Отступление от требований Закона об ОРД (в частности, условий и порядка проведения оперативно-розыскных мероприятий) с неизбежностью отрицательным образом сказывается на доброкачественности получаемых при этом результатов ОРД. Указанные нарушения не позволяют сформировать в сознании субъектов оперативно-розыскной деятельности доброкачественные образы значимых для нее фактов и обстоятельств, сведения о которых и образуют результаты данной деятельности. Как следствие, недоброкачественными оказываются и данные сведения (результаты ОРД). По указанным причинам недопустимо в уголовном процессе формировать доказательства на основе результатов ОРД, полученных с нарушением законодательства об ОРД.

Допуская возможность использования в уголовном процессе результатов оперативно-розыскной деятельности, полученных с нарушением Закона об ОРД, автор вступает в явное противоречие и с предлагаемым им самим нормативным определением результатов оперативно-розыскной деятельности: "Результатами оперативно-розыскной деятельности являются СВЕДЕНИЯ... ПОЛУЧЕННЫЕ органами, осуществляющими эту деятельность, в рамках ведения дел оперативного учета В ПОРЯДКЕ, ПРЕДУСМОТРЕННОМ ФЕДЕРАЛЬНЫМ ЗАКОНОМ "ОБ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ" (выделено мною. - Е.Д.)" <2>. Непоследовательно считать результатами оперативно-розыскной деятельности сведения, полученные в порядке, предусмотренном Законом об ОРД, и в то же время допускать, что их правовое значение сохраняется и в случаях нарушения предусмотренного законом порядка их получения. Спрашивается: зачем тогда устанавливать каждый факт нарушения закона в оперативно-розыскной деятельности и за что виновных в таком нарушении привлекать к ответственности (вплоть до уголовной)? Ведь они, следуя приведенной выше рекомендации, освободившись от "одностороннего" подхода, стремились обеспечить "осуществление бескомпромиссной и эффективной борьбы с преступностью".

<2> См.: Зажицкий В.И. Указ. соч. С. 152, 439.

Судебная практика идет по пути признания недопустимыми результатов оперативно-розыскной деятельности, полученных с нарушением требований Закона об ОРД. Так, решением Судебной коллегии Верховного Суда РФ был отменен оправдательный приговор Оренбургского областного суда по делу Т., обвинявшегося по ч. 3 ст. 159 УК РФ. При обосновании данного решения

коллегия отметила, что ход и результаты оперативного эксперимента (оперативно-розыскного мероприятия) не должны признаваться недопустимыми, пока не будет проверен порядок их получения не только в соответствии с нормами УПК РФ, но и в соответствии с Законом об ОРД <1>.

<1> См.: Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 3 сентября 2004 г. N 47-О04-75 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. N 5. С. 11.

Закон регулирует и контроль за оперативно-розыскной деятельностью. В пределах полномочий, определенных Конституцией Российской Федерации, федеральными конституционными законами и федеральными законами, его осуществляют Президент Российской Федерации, Федеральное Собрание Российской Федерации, Правительство Российской Федерации (ст. 20 Закона об ОРД). Надзор за исполнением законов Российской Федерации органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, возложен на Генерального прокурора Российской Федерации и уполномоченных им прокуроров (ст. 21 Закона об ОРД) <1>.

<1> О прокурорском надзоре за исполнением законов при осуществлении оперативно-розыскной деятельности см.: Хлюпин Н.И. Прокурорский надзор за исполнением законов в сфере оперативно-розыскной деятельности // Научная информация по вопросам борьбы с преступностью. N 135. С. 100 - 101; Сазонов Б. Прокурор и оперативно-розыскная деятельность // Законность. 1993. N 11. С. 11 - 17; Закон об оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации: Комментарий / Под ред. А.Ю. Шумилова. М., 1994. С. 117 - 125; Чувилев А. Прокурорский надзор за исполнением законов в оперативно-розыскной деятельности // Законность. 1995. N 6. С. 22 - 24.

Пронизывает всю оперативно-розыскную деятельность и принцип соблюдения прав и свобод человека и гражданина (ст. 5 Закона об ОРД) <1>. В соответствии с ним не допускается осуществление оперативно-розыскной деятельности для достижения целей и решения задач, не предусмотренных Законом об ОРД.

<1> О реализации данного принципа в Законе об ОРД см.: Вечерин Э. Закон об оперативно-розыскной деятельности и права граждан // Законность. 1993. N 12. С. 21 - 23.

Лицу, полагающему, что действия органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, привели к нарушению его прав и свобод, предоставлено право обжаловать их в вышестоящий орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, прокурору или в суд. Предусмотрена и возможность истребования лицом, виновность которого в совершении преступления не доказана в установленном законом порядке, от органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, сведений о полученной о нем информации в пределах, допускаемых требованиями конспирации и исключающих возможность разглашения государственной тайны. Отказ в предоставлении запрошенных сведений или их предоставление не в полном объеме могут быть обжалованы в судебном порядке. При рассмотрении жалобы в суде обязанность доказывать обоснованность отказа в предоставлении лицу сведений, в том числе в полном объеме, возложена на соответствующий орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность.

Проявление принципа соблюдения прав и свобод человека и гражданина представляет собой и положение Закона, обязывающее орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, представить в установленных пределах судье по его требованию оперативно-служебные документы, содержащие информацию о сведениях, в предоставлении которых было отказано

заявителю. Реализации указанного принципа служит и регламентация Законом порядка хранения материалов, полученных в результате проведения оперативно-розыскных мероприятий в отношении лиц, виновность которых в совершении преступления не доказана в установленном законом порядке. Этой же цели подчинены и ряд запретов, установленных для органов (должностных лиц), осуществляющих оперативно-розыскную деятельность. Так, им запрещается:

проводить оперативно-розыскные мероприятия в интересах какой-либо политической партии, общественного и религиозного объединения;

принимать негласное участие в работе федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления, а также в деятельности зарегистрированных в установленном порядке и не запрещенных политических партий, общественных и религиозных объединений в целях оказания влияния на характер их деятельности;

разглашать сведения, которые затрагивают неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, честь и доброе имя граждан и которые стали известными в процессе проведения оперативно-розыскных мероприятий, без согласия граждан, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами.

Сведения, затрагивающие неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, честь и доброе имя граждан, которые стали известными в процессе проведения оперативно-розыскных мероприятий, могут быть преданы гласности только с разрешения граждан или в случаях, предусмотренных федеральными законами.

Законом запрещено проведение оперативно-розыскных мероприятий и использование специальных и иных технических средств, предназначенных (разработанных, приспособленных, запрограммированных) для негласного получения информации неуполномоченными на то физическими и юридическими лицами.

Нарушение Закона об ОРД при осуществлении оперативно-розыскной деятельности влечет ответственность, предусмотренную законодательством Российской Федерации. При нарушении органом (должностным лицом), осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, прав и законных интересов физических и юридических лиц вышестоящий орган, прокурор либо судья в соответствии с законодательством Российской Федерации обязаны принять меры по восстановлению данных прав и интересов, возмещению причиненного вреда.

Одной из существенных мер, направленных на обеспечение прав и свобод человека и гражданина, соблюдение законности в оперативно-розыскной деятельности, является введение судебного контроля (вместо предусмотренного прежним Законом об ОРД от 13 марта 1992 г. контроля прокурора) <1> за законностью и обоснованностью ограничения при проведении оперативно-розыскных мероприятий конституционных прав граждан на неприкосновенность жилища, тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи (ч. 2 ст. 8 Закона об ОРД).

<1> На недостатки ранее действовавшего Закона об ОРД и то обстоятельство, что новый Закон об ОРД более совершенен, уже обращалось внимание. См., например: Зажицкий В.И. Закон об оперативно-розыскной деятельности не идеален // Советская юстиция. 1993. N 5; Он же. Новый Закон об оперативно-розыскной деятельности более совершенен // Советское государство и право. 1995. N 12. С. 49 - 55; Доля Е.А. Совершенствование правовой основы правоохранительной деятельности // Организованная преступность / Под ред. А.И. Долговой, С.В. Дьякова. М., 1989. С. 326 - 327; Он же. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам // Российская юстиция. 1993. N 3. С. 7; 1994. N 6. С. 44; 1995. N 5. С. 43; Он же.

Новая Конституция РФ и уголовно-процессуальная деятельность // Российская юстиция. 1994. N 4. С. 19; Он же. Проект Общей части УПК Российской Федерации: критический анализ // Государство и право. 1995. N 5. С. 91.

Крайне важно, что законодатель предусмотрел и правовой механизм реализации данного контроля, включающий основания и судебный порядок рассмотрения материалов об ограничении конституционных прав граждан при проведении оперативно-розыскных мероприятий (ст. 9 Закона об ОРД). Их проведение допускается только по судебному решению и при наличии оснований, предусмотренных Законом об ОРД. Основаниями для проведения данных оперативно-розыскных мероприятий является информация (сведения) о: признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, по которому производство предварительного следствия обязательно; лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших противоправное деяние, по которому производство предварительного следствия обязательно; событиях или действиях, создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации.

Для получения разрешения судьи на проведение оперативно-розыскного мероприятия, ограничивающего перечисленные выше конституционные права граждан, один из руководителей органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, выносит мотивированное постановление, которое представляется в суд. Рассмотрение таких материалов должно осуществляться судом, как правило, по месту проведения оперативно-розыскных мероприятий или нахождения органа, ходатайствующего об их проведении. Предусмотрено, что материалы рассматриваются уполномоченным на то судьей единолично и незамедлительно, при этом он не может отказать в их рассмотрении. Судье дано право истребовать от органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, иные материалы, касающиеся оснований для проведения оперативно-розыскных мероприятий (за исключением данных о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и о лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, об организации и о тактике проведения оперативно-розыскных мероприятий), если представленные материалы недостаточны для принятия решения.

Решение судьи по результатам рассмотрения представленных материалов, разрешающее проведение соответствующего оперативно-розыскного мероприятия или отказывающее в его проведении, должно приниматься в форме мотивированного постановления, которое, будучи заверенным печатью, выдается инициатору проведения данного мероприятия вместе с представленными им материалами. Срок действия вынесенного судьей постановления исчисляется в сутках со дня его вынесения и не может превышать шести месяцев, если иное не указано в самом постановлении. Разрешены в Законе и вопросы, связанные с продлением срока действия постановления судьи, порядком обжалования отказа судьи в проведении оперативно-розыскного мероприятия (ч. ч. 5, 6 ст. 9 Закона об ОРД). Принимая во внимание реалии жизни, Законом регламентированы условия и порядок проведения оперативно-розыскных мероприятий в случаях, не терпящих отлагательства и могущих привести к тяжким последствиям (ч. ч. 3, 4 ст. 8 Закона об ОРД).

Законодатель дал исчерпывающий перечень органов, которые уполномочены осуществлять оперативно-розыскную деятельность на территории Российской Федерации. В него входят оперативные подразделения: органов внутренних дел Российской Федерации; органов федеральной службы безопасности; федеральных органов государственной охраны; органов Пограничной службы Российской Федерации, таможенных органов Российской Федерации; Федеральной службы по контролю за оборотом наркотиков; Службы внешней разведки Российской Федерации, Министерства юстиции Российской Федерации (ч. 1 ст. 13 Закона об ОРД).

Законом установлено, что оперативные подразделения органов внешней разведки Министерства обороны Российской Федерации могут проводить оперативно-розыскные

мероприятия только в целях обеспечения безопасности указанного органа внешней разведки и в случае, если проведение этих мероприятий не затрагивает полномочий других органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность.

Перечень органов, уполномоченных осуществлять оперативно-розыскную деятельность, может быть изменен и дополнен только федеральным законом. Подтверждением стремления законодателя ограничить круг субъектов, полномочных проводить оперативно-розыскную деятельность, служит положение Закона Российской Федерации от 11 марта 1992 г. "О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации", в соответствии с которым граждане, занимающиеся частной детективной деятельностью, не вправе осуществлять какие-либо оперативно-розыскные действия, отнесенные Законом к исключительной компетенции органов дознания (ч. 3 ст. 1) <1>. Круг оперативных подразделений, правомочных вести оперативно-розыскную деятельность, их полномочия, структура и организация работы определяются руководителями органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность.

<1> Перечень органов дознания содержится в ст. 40 УПК РФ.

На органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, Законом возложены следующие обязанности:

принимать в пределах своих полномочий все необходимые меры по защите конституционных прав и свобод человека и гражданина, собственности, а также по обеспечению безопасности общества и государства;

исполнять в пределах своих полномочий поручения в письменной форме органов расследования, следователя, указания прокурора и решения суда о проведении оперативно-розыскных мероприятий по уголовным делам, принятым ими к производству;

выполнять на основе и в порядке, предусмотренных международными договорами Российской Федерации, запросы соответствующих международных правоохранительных организаций, правоохранительных органов и специальных служб иностранных государств;

информировать другие органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность на территории Российской Федерации, о ставших им известными фактах противоправной деятельности, относящихся к компетенции этих органов, и оказывать этим органам необходимую помощь;

соблюдать правила конспирации при осуществлении оперативно-розыскной деятельности;

содействовать обеспечению в порядке, установленном законодательством Российской Федерации, безопасности и сохранности имущества своих сотрудников, лиц, оказывающих содействие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, участников уголовного судопроизводства, а также членов семей и близких указанных лиц от преступных посягательств (ст. 14 Закона об ОРД).

Для решения задач, возложенных на органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, им предоставлены следующие права:

проводить гласно и негласно оперативно-розыскные мероприятия, предусмотренные Законом об ОРД, производить при их проведении изъятие предметов, материалов и сообщений, а также прерывать предоставление услуг связи в случае возникновения непосредственной угрозы жизни и здоровью лица, а также угрозы государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации;

устанавливать на безвозмездной либо возмездной основе отношения сотрудничества с лицами, изъявившими согласие оказывать содействие на конфиденциальной основе органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность;

использовать в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий по договору или устному соглашению служебные помещения, имущество предприятий, учреждений, организаций, воинских частей, а также жилые и нежилые помещения, транспортные средства и иное имущество частных лиц;

использовать в целях конспирации документы, зашифровывающие личность должностных лиц, ведомственную принадлежность предприятий, учреждений, организаций, подразделений, помещений и транспортных средств органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а также личность граждан, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе;

создавать в установленном законодательством Российской Федерации порядке предприятия, учреждения, организации и подразделения (ст. 15 Закона об ОРД).

В процессе осуществления оперативно-розыскной деятельности могут проводиться следующие оперативно-розыскные мероприятия: опрос; наведение справок; сбор образцов для сравнительного исследования; проверочная закупка; исследование предметов и документов; наблюдение; отождествление личности; обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств; контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений; прослушивание телефонных переговоров; снятие информации с технических каналов связи; оперативное внедрение; контролируемая поставка; оперативный эксперимент (ч. 1 ст. 6 Закона об ОРД) <1>. Указанный перечень оперативно-розыскных мероприятий может быть изменен или дополнен только федеральным законом.

<1> Об использовании в деятельности полиции США, ФРГ и других стран специальных методов и приемов, различных технических средств см.: Валицкая В.И., Якубович Н.А. Формы деятельности буржуазной полиции по предупреждению преступлений. М., 1977. С. 125 - 135, 151 - 174.

При проведении оперативно-розыскных мероприятий допускается использование информационных систем, видео- и аудиозаписи, кино- и фотосъемки, а также других технических и иных средств, не наносящих ущерба жизни и здоровью людей и не причиняющих вреда окружающей среде.

Законом установлено, что оперативно-розыскные мероприятия, связанные с контролем почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, прослушиванием телефонных переговоров с подключением к стационарной аппаратуре предприятий, учреждений и организаций независимо от форм собственности, физических и юридических лиц, предоставляющих услуги и средства связи, со снятием информации с технических каналов связи, проводятся с использованием оперативно-технических сил и средств органов федеральной службы безопасности, органов внутренних дел и органов по контролю за оборотом наркотических и психотропных веществ в порядке, определяемом межведомственными нормативными актами или соглашениями между органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность.

Должностные лица органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, решают ее задачи путем личного участия в организации и проведении оперативно-розыскных мероприятий. При этом они могут использовать помощь должностных лиц и специалистов, обладающих специальными познаниями в области науки, техники, искусства или ремесла, а также отдельных граждан с их согласия на гласной и негласной основе.

Проведение оперативно-розыскных мероприятий и использование специальных и иных технических средств, предназначенных (разработанных, приспособленных, запрограммированных) для негласного получения информации, не уполномоченными Законом об ОРД физическими и юридическими лицами запрещено.

Согласно Закону законные требования должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, обязательны для исполнения юридическими и физическими лицами. Неисполнение данных требований либо воспрепятствование законному осуществлению оперативно-розыскной деятельности влекут ответственность, предусмотренную законодательством Российской Федерации (ч. ч. 2, 3 ст. 15 Закона об ОРД).

Важной гарантией законности и обоснованности оперативно-розыскной деятельности, соблюдения при ее осуществлении прав и свобод человека и гражданина выступает регламентация оснований проведения оперативно-розыскных мероприятий. Законом установлены следующие основания для проведения оперативно-розыскных мероприятий:

1. Наличие возбужденного уголовного дела.

2. Ставшие известными органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, сведения:

1) о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного противоправного деяния, а также о лицах, его подготавливающих, совершающих или совершивших, если нет достаточных данных для решения вопроса о возбуждении уголовного дела;

2) о событиях или действиях, создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации;

3) о лицах, скрывающихся от органов дознания, следствия и суда или уклоняющихся от уголовного наказания;

4) о лицах, без вести пропавших, и об обнаружении неопознанных трупов.

3. Поручения следователя, органа дознания, указания прокурора или определения суда по уголовным делам, находящимся в их производстве.

4. Запросы других органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, по основаниям, указанным в настоящей статье.

5. Постановление о применении мер безопасности в отношении защищаемых лиц, осуществляемых уполномоченными на то государственными органами в порядке, предусмотренном законодательством Российской Федерации.

6. Запросы международных правоохранительных организаций и правоохранительных органов иностранных государств в соответствии с международными договорами Российской Федерации (ч. 1 ст. 7 Закона об ОРД).

Следует отметить, что именуемые в п. п. 1, 3 - 6 ч. 1 ст. 7 Закона об ОРД основания для проведения оперативно-розыскных мероприятий весьма спорно рассматривать в качестве таковых. Более правильно их было бы отнести к условиям проведения оперативно-розыскных мероприятий. Основаниями для проведения указанных мероприятий всегда являются соответствующие сведения (оперативные доказательства). Именно через них оперативные работники поддерживают связь с обстоятельствами и фактами, имеющими значение для правильного решения задач оперативно-розыскной деятельности. Поручения органов расследования, указания прокурора, запросы органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, международных правоохранительных органов не могут рассматриваться в качестве оснований для проведения

указанных мероприятий в силу того, что все они сами по себе должны быть обоснованными, сделанными при наличии к тому соответствующих сведений (данных). Наличие поручений, указаний, запросов еще не свидетельствует об их обоснованности, равно как, например, наличие возбужденного уголовного дела автоматически не порождает оснований для проведения по нему оперативно-розыскных мероприятий. Таким образом, основания для проведения оперативно-розыскных мероприятий фактически закреплены лишь в п. п. 1 - 4 ч. 1 ст. 7 Закона об ОРД, где в качестве таковых законодатель регламентирует соответствующие сведения.

Закон предусматривает возможность проведения оперативно-розыскных мероприятий и в целях сбора данных, необходимых для принятия следующих решений:

о допуске к сведениям, составляющим государственную тайну;

о допуске к работам, связанным с эксплуатацией объектов, представляющих повышенную опасность для жизни и здоровья людей, а также для окружающей среды;

о допуске к участию в оперативно-розыскной деятельности или о доступе к материалам, полученным в результате ее осуществления;

об установлении или о поддержании с лицом отношений сотрудничества при подготовке и проведении оперативно-розыскных мероприятий;

по обеспечению безопасности органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность;

о выдаче разрешений на частную детективную и охранную деятельность (ч. 2 ст. 7 Закона об ОРД).

Исходя из того что проведение оперативно-розыскных мероприятий связано с ограничением конституционных прав и свобод граждан, законодатель ввел ряд условий, которые должны соблюдаться при осуществлении некоторых из них. Так, проверочная закупка или контролируемая поставка предметов, веществ и продукции, свободная реализация которых запрещена либо оборот которых ограничен, а также оперативный эксперимент или оперативное внедрение должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а равно лиц, оказывающих им содействие, должны проводиться на основании постановления, утвержденного руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность. Условия проведения оперативного эксперимента в Законе сформулированы в виде целей, на достижение которых он должен быть направлен. Его можно проводить только для выявления, предупреждения, пресечения и раскрытия тяжких преступлений, выявления и установления лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших (ч. ч. 7 - 8 ст. 8 Закона об ОРД).

Проведение таких оперативно-розыскных мероприятий, как обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств, контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, прослушивание телефонных переговоров, снятие информации с технических каналов связи, запрещается с целью сбора данных, необходимых для принятия решений, связанных с допуском граждан к определенным видам информации, работ и деятельности. Так, перечисленные оперативно-розыскные мероприятия не могут проводиться для сбора сведений, необходимых для принятия решений: о допуске к сведениям, составляющим государственную тайну; о допуске к определенным видам работ; о допуске к участию в оперативно-розыскной деятельности или материалам, полученным в результате ее осуществления; об установлении или поддержании с лицом отношений сотрудничества при подготовке и проведении оперативно-розыскных мероприятий; о выдаче разрешения на частную детективную и охранную деятельность (ч. 9 ст. 8 Закона об ОРД). При условии, что указанные оперативно-розыскные мероприятия направлены на обеспечение безопасности органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и наличии в письменной форме согласия граждан на их проведение они

могут осуществляться без судебного решения (ч. 10 ст. 8 Закона об ОРД).

Для информационного обеспечения и документирования оперативно-розыскной деятельности Закон допускает создание и использование информационных систем, а также заведение дел оперативного учета. Дела оперативного учета могут заводиться только при наличии оснований, предусмотренных п. п. 1 - 6 ч. 1 ст. 7 Закона об ОРД, и в целях собирания и систематизации сведений, проверки и оценки результатов оперативно-розыскной деятельности, а также принятия на их основе соответствующих решений органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность. Таким образом, посредством конкретизации целей заведения дел оперативного учета в самых общих чертах осуществлено законодательное структурирование познавательной стороны оперативно-розыскной деятельности, выделены такие относительно самостоятельные ее части, как собирание, проверка и оценка оперативных данных, что является шагом вперед в направлении целостного правового регулирования.

Законом установлено, что перечень дел оперативного учета, порядок их ведения определяются нормативными актами органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность. Важной гарантией, направленной на защиту личности, является положение Закона, в соответствии с которым факт заведения дела оперативного учета не может являться основанием для ограничения конституционных прав и свобод, законных интересов человека и гражданина. Дело оперативного учета подлежит прекращению в случаях решения задач оперативно-розыскной деятельности, а также установления обстоятельств, свидетельствующих об объективной невозможности их решения (ч. ч. 3 - 5 ст. 10 Закона об ОРД).

Участие граждан в оперативно-розыскной деятельности может осуществляться в форме их содействия органам, ведущим оперативно-розыскную деятельность. В целях исключения тотального вовлечения граждан в оперативно-розыскную деятельность Законом установлено, что к подготовке или проведению оперативно-розыскных мероприятий могут привлекаться отдельные лица с их согласия с сохранением по их желанию конфиденциальности такого содействия, в том числе по контракту (ч. 1 ст. 17 Закона об ОРД). Контракты могут заключаться органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, с совершеннолетними дееспособными лицами независимо от их гражданства, национальности, пола, имущественного, должностного и социального происхождения, образования, принадлежности к общественным объединениям, отношения к религии и политических убеждений. Запрещено привлекать к конфиденциальному содействию по контракту депутатов, судей, прокуроров, адвокатов, священнослужителей и полномочных представителей официально зарегистрированных религиозных объединений (ч. 3 ст. 17 Закона об ОРД).

Согласно Закону лица, содействующие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, находятся под защитой государства. Тем из них, которые осуществляют такое содействие на контрактной основе, государство гарантирует выполнение своих обязательств, предусмотренных контрактом, включая правовую защиту, связанную с правомерным выполнением ими общественного долга или возложенных на них обязанностей. Предусмотрены и иные меры, направленные на социальную и правовую защиту граждан, содействующих органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность. Так, лица, сотрудничающие с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, либо оказывающие им помощь в раскрытии преступлений или установлении лиц, их совершивших, могут получать вознаграждение и другие выплаты, которые налогом не облагаются и в декларации о доходах не указываются. Время сотрудничества граждан по контракту с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность в качестве основного рода занятий, включается в их трудовой стаж. Данные лица имеют право на пенсионное обеспечение в соответствии с законодательством Российской Федерации (ст. 18 Закона об ОРД).

Преступления, а также события или действия, создающие угрозу безопасности Российской Федерации, чаще всего подготавливаются и совершаются тайно с применением негласных методов и средств, а лица, скрывающиеся от органов дознания, следствия и суда, уклоняющиеся от

уголовного наказания, предпочитают не афишировать свои действия. Поэтому задачи, стоящие перед оперативно-розыскной деятельностью, связанные с выявлением, предупреждением, пресечением и раскрытием преступлений, добыванием информации о событиях или действиях, создающих угрозу безопасности Российской Федерации, розыском лиц, скрывающихся от уголовного преследования, не могут быть решены без адекватного реагирования - использования органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, конспирации, гласных и негласных методов и средств. Исходя из этого законодатель закрепил в качестве принципов оперативно-розыскной деятельности конспирацию, сочетание гласных и негласных методов и средств.

Указанные принципы реализуются в различных правовых формах. Так, согласно Закону оперативно-розыскные мероприятия могут производиться как гласно, так и негласно. Действием принципа конспирации обусловлено положение, в соответствии с которым по желанию граждан содействие, оказываемое ими органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, может носить конфиденциальный характер. Конфиденциальность такого содействия, сохранение в тайне методов и средств, используемых в оперативно-розыскной деятельности, обеспечивается и нормами закона, направленными на защиту сведений об органах, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и лицах, оказывающих содействие данным органам на конфиденциальной основе. В соответствии с ним сведения об используемых или использованных при проведении негласных оперативно-розыскных мероприятий силах, средствах, источниках, методах, планах и результатах оперативно-розыскной деятельности, о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и о лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, а также об организации и о тактике проведения оперативно-розыскных мероприятий составляют государственную тайну и подлежат рассекречиванию только на основании постановления руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность (ч. 1 ст. 12 Закона об ОРД) <1>.

<1> О гарантиях конфиденциальности при использовании агентурного метода в ФРГ и США см.: Адашкевич Ю.Н. Организованная преступность / Под ред. А.И. Долговой, С.В. Дьякова. М., 1993. С. 216 - 220.

Разглашение сведений о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а также о лицах, оказывающих или оказывавших им содействие на конфиденциальной основе, допускается лишь с их согласия в письменной форме и в случаях, предусмотренных федеральными законами (ч. 2 ст. 12 Закона об ОРД). В качестве такого случая Закон рассматривает представление сведений о данных лицах прокурору в связи с необходимостью их привлечения к уголовной ответственности. На обеспечение конспиративного характера оперативно-розыскной деятельности направлено и положение, в соответствии с которым сведения об организации, о тактике, методах и средствах ее осуществления исключены из предмета прокурорского надзора (ч. 3 ст. 21 Закона об ОРД).

Защите сведений об органах, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, служит и установленный Законом порядок хранения судебного решения на право проведения оперативно-розыскного мероприятия, материалов, послуживших основанием для принятия такого решения, и представления оперативно-служебных документов, отражающих результаты оперативно-розыскной деятельности, органам расследования, прокурору, судье, в производстве которых находится уголовное дело, другим органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность (ч. ч. 3, 4 ст. 12 Закона об ОРД).

Принимая во внимание, что результаты оперативно-розыскной деятельности, как правило, существенным образом затрагивают интересы личности, общества и государства, законодатель

регламентировал вопросы, связанные с их представлением и использованием в уголовном судопроизводстве. Предусмотрены следующие формы использования данных результатов: в оперативно-розыскной деятельности; для подготовки и осуществления следственных и судебных действий; в качестве поводов и оснований для возбуждения уголовного дела; в доказывании по уголовным делам; для решения вопросов о допуске граждан к отдельным видам деятельности (ст. 11 Закона об ОРД).

Действующее законодательство об оперативно-розыскной деятельности далеко от совершенства. В первую очередь это относится к Закону об ОРД. Как всякий закон переходного периода, обусловленный противоречивостью, глубиной, скоротечностью этапа развития, на котором находится наша страна, он страдает недостатками, нуждается в развитии и совершенствовании. Так, в нем следовало более четко определить правовое положение властных участников оперативно-розыскной деятельности, и прежде всего оперативных работников, пределы их полномочий при принятии соответствующих оперативных решений.

Нуждается в развитии и регулирование сердцевины всей оперативно-розыскной деятельности - оперативного доказывания, образующих его частей, которые в своей совокупности исполняют роль правового механизма реализации всего законодательства об оперативно-розыскной деятельности. Именно отсутствием в законе целостного, системного регулирования оперативно-розыскной деятельности в развитии, начиная с простейших, бедных по своему содержанию форм и заканчивая зрелыми, высшими, переходящими в иные качества формами, обусловлено несовершенство правового регулирования оперативно-розыскной деятельности.

Прежде всего это касается законодательного определения содержания и формы сведений (оперативных доказательств), на основе которых решаются задачи, стоящие перед этим видом деятельности. Оперативные доказательства лежат в основе всех решений, принимаемых в ходе оперативно-розыскной деятельности, в том числе тех, которые направлены на ограничение конституционных прав и свобод личности. Содержание и форма оперативных доказательств напрямую влияют не только на реализацию участниками оперативно-розыскной деятельности своих прав и обязанностей, но и на эффективность защиты личности, общества и государства от преступных посягательств, обеспечение их безопасности. От их точности и полноты (доброкачественности) в значительной мере зависят законность и обоснованность оперативных решений, успешное решение задач данной деятельности.

Предложение о необходимости урегулирования в законе содержания и формы результатов оперативно-розыскной деятельности нами неоднократно высказывалось и ранее <1>. Законодатель пошел по указанному пути, но сделал это не в Законе об ОРД, а в УПК РФ (п. 36.1 ст. 5). Такое решение вызывает возражение. Нормативное определение результатов оперативно-розыскной деятельности - предмет регулирования законодательства об оперативно-розыскной деятельности, а не УПК РФ.

<1> См.: Доля Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. М.: Спарк, 1996. С. 26; Он же. Представление результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд // Уголовное право. 1999. N 4. С. 42 - 43.

Согласно УПК РФ под результатами оперативно-розыскной деятельности понимаются сведения, полученные в соответствии с Федеральным законом об оперативно-розыскной деятельности, о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления, лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление и скрывшихся от органов дознания, следствия или суда. Такое определение результатов оперативно-розыскной деятельности не согласуется с задачами, стоящими перед данным видом деятельности (ст. 2 Закона об ОРД). За его пределами оказываются сведения, необходимые для решения задач по добыванию

информации о событиях или действиях, создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации.

Рассматриваемое определение не в полной мере отражает и динамику появления оперативно значимых сведений, реального процесса их формирования, происходящего при проведении оперативно-розыскных мероприятий. Отсутствует в нем и указание на ту роль, которую указанные сведения играют в процессе установления наличия или отсутствия обстоятельств, имеющих значение для данной деятельности, и решении стоящих перед ней задач.

Ранее нормативное определение результатов оперативно-розыскной деятельности было дано в п. 1 Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд <1>. И хотя оно не содержало отмеченного недостатка, присущего УПК РФ, и это определение результатов оперативно-розыскной деятельности было не полным. За его пределами оказывались сведения о фактах и обстоятельствах, не входящих в предмет доказывания по уголовному делу, но необходимых для правильной проверки и оценки доказательств, сформированных на основе результатов оперативно-розыскной деятельности. Не обладая сведениями о данных фактах и обстоятельствах, невозможно на основе результатов оперативно-розыскной деятельности сформировать доброкачественные доказательства. Так, например, без знания обстановки, в которой происходило восприятие при проведении оперативно-розыскного мероприятия обстоятельств и фактов, имеющих значение для уголовного дела, в процессе доказывания возникнут проблемы с проверкой достоверности доказательств, сформированных на основе указанных результатов оперативно-розыскной деятельности.

<1> В новой Инструкции нормативное определение результатов оперативно-розыскной деятельности дается путем воспроизведения содержания п. 36.1 ст. 5 УПК РФ.

Данное в Инструкции определение результатов оперативно-розыскной деятельности не согласовывалось и с содержанием ряда закрепленных в ней положений, в частности с требованиями, закрепленными в п. 7 и ч. 3 п. 18, устанавливающими необходимость представления органам расследования, прокурору или в суд данных, позволяющих проверить в условиях судопроизводства доказательства, сформированные на основе результатов оперативно-розыскной деятельности, а также информацию о времени, месте и обстоятельствах изъятия в ходе оперативно-розыскной деятельности предметов и документов, получения видео- и аудиозаписей, кино- и фотоматериалов, копий, слепков, об индивидуальных признаках указанных предметов и документов.

Под результатами оперативно-розыскной деятельности представляется более правильным понимать сведения, при формировании и на основе которых властные субъекты оперативно-розыскной деятельности в порядке, определенном Законом об ОРД и ведомственными нормативными актами, устанавливают наличие или отсутствие обстоятельств, имеющих значение для решения задач, стоящих перед данной деятельностью, формирования на их основе доказательств в уголовном судопроизводстве. С учетом вышеизложенного имеет смысл дополнить Закон об ОРД ст. 9.1, изложив ее в следующей редакции:

"Статья 9.1. Результаты оперативно-розыскной деятельности

Результаты оперативно-розыскной деятельности - сведения, при формировании и на основе которых властные субъекты оперативно-розыскной деятельности в порядке, определенном настоящим Федеральным законом и ведомственными нормативными актами, устанавливают наличие или отсутствие обстоятельств, имеющих значение для решения задач, стоящих перед данной деятельностью, и формирования на их основе доказательств в уголовном судопроизводстве".

Нельзя согласиться с предложением о включении в определение понятия результатов оперативно-розыскной деятельности требований "достаточной полноты и проверенности" <1>. Термин "достаточная полнота" неприемлем для характеристики результатов оперативно-розыскной деятельности в силу его неопределенности. Что касается необходимости проверки в рамках оперативно-розыскной деятельности ее результатов, то с этим следует согласиться, но с одной существенной оговоркой. Данное требование не всегда может быть распространено на результаты оперативно-розыскной деятельности, представляемые в уголовное судопроизводство. Достаточно распространенными на практике являются ситуации, когда отсрочка представления указанных результатов в уголовный процесс, обусловленная их проверкой, может привести к утрате актуальности данных результатов для уголовного судопроизводства. Исходя из этого указанное требование в нормативное определение результатов оперативно-розыскной деятельности включать нецелесообразно.

<1> См.: Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. С. 143 - 144.

В Законе имеет смысл прямо указать и на необходимость полного и точного отражения в оперативно-служебных документах сведений о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для оперативно-розыскной деятельности (оперативных доказательств), сформированных в ходе проведения соответствующих мероприятий.

В более детальном правовом регулировании нуждается первая часть оперативного доказывания, связанная со способами формирования оперативных доказательств. Речь идет о необходимости закрепления в Законе не только перечня оперативно-розыскных мероприятий (ст. 6 Закона об ОРД), но и регламентации каждого из них с точки зрения целей, оснований, участников, условий и порядка проведения <2>.

<2> На необходимость совершенствования правовой формы оперативно-розыскных мероприятий обращается внимание в юридической литературе. См.: Петрухин И.Л. Судебная власть: контроль за расследованием преступлений. М., 2008. С. 201 - 202.

Особо пристального внимания требует правовое упорядочение процесса оперативного доказывания, и в частности его частей, касающихся проверки и оценки оперативных доказательств. Эти части оперативного доказывания в настоящее время фактически оказались за пределами правового регулирования, что не способствует целостному регулированию оперативного доказывания, единообразному пониманию его на практике и в конечном счете снижает эффективность всей оперативно-розыскной деятельности.

Придание целостного регулирования всему оперативному процессу требует правового упорядочения не только оперативно-розыскных мероприятий, но и всех остальных его частей - проверки оперативных данных и их оценки. Дело в том, что сведения, полученные в результате проведения оперативно-розыскных мероприятий, нужны не сами по себе. Они должны быть надлежащим образом проверены, прежде чем будут использованы в качестве оснований для принятия соответствующих оперативных решений. В противном случае предлагаемое законодательное регулирование лишь одних оперативно-розыскных мероприятий не даст желаемого результата и не приведет к устранению существующих пробелов в Федеральном законе "Об оперативно-розыскной деятельности".

Указанные части оперативно-розыскной деятельности существуют в реальности. Неразвитость их законодательного регулирования не позволяет оперативным работникам получить целостного, а следовательно, и правильного представления обо всем оперативном

процессе. При осуществлении оперативно-розыскной деятельности они испытывают значительные трудности при установлении и использовании связей между образующими ее частями, закономерностями их развития в ходе получения сведений, имеющих значение для оперативно-розыскной деятельности, их проверки и оценки (принятия на их основе соответствующих оперативных решений). Это ведет к необоснованному расширению усмотрения в оперативно-розыскной деятельности, возможности использования недоброкачественных оперативных данных и, как следствие, увеличению риска принятия на их основе незаконных и необоснованных оперативных решений.

Исходя из этого предлагается дополнить Закон об ОРД ст. 9.2 следующего содержания:

"Статья 9.2. Проверка сведений, имеющих значение для решения задач оперативно-розыскной деятельности

Сведения, имеющие значение для решения задач оперативно-розыскной деятельности, формируемые в ходе оперативно-розыскных мероприятий, подлежат проверке путем их анализа и синтеза, сопоставления между собой, проведения новых оперативно-розыскных мероприятий".

Предлагаемое дополнение Закона будет прямо нацеливать оперативных работников на необходимость проверки сведений, имеющих значение для оперативно-розыскной деятельности, уже в процессе их формирования и указывать на те способы проверки, которые должны использоваться. Реализация данного предложения будет способствовать добыванию качественной информации, необходимой для решения задач оперативно-розыскной деятельности (включая информацию о событиях и действиях, создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации, которая приобретает существенное значение в процессе принятия политических решений). Включение в Закон предлагаемого дополнения создаст необходимые предпосылки для принятия на практике оперативных решений, основанных на доброкачественных оперативных данных.

Недостаток законодательного регулирования завершающей части оперативного доказывания может быть восполнен путем дополнения Закона об ОРД ст. 9.3 следующего содержания:

"Статья 9.3. Оценка сведений, имеющих значение для решения задач оперативно-розыскной деятельности

Должностные лица органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, принимая в пределах своей компетенции оперативные решения, оценивают сведения, имеющие значение для решения задач оперативно-розыскной деятельности, по своему внутреннему убеждению, основанному на совокупности имеющихся проверенных сведений, руководствуясь законом и правосознанием".

Такое дополнение Закона станет логическим завершением целостного законодательного регулирования всей оперативно-розыскной деятельности. Представляется крайне важным, что в нем содержится указание не только на способ оценки оперативной информации, но и критерии, которыми при этом должны руководствоваться на практике властные субъекты оперативно-розыскной деятельности, принимая соответствующие оперативные решения. Введение в Закон предложенной нормы имеет существенное практическое значение. Законодательное регулирование оценки оперативных данных, которая образует основу всех принимаемых оперативных решений, будет способствовать соблюдению принципа законности при принятии оперативных решений, усилит правовые гарантии защиты личности, общества и государства от преступных посягательств, повысит эффективность всей оперативно-розыскной деятельности.

Требует совершенствования и правовое регулирование комплекса вопросов, связанных с принятием решения о представлении результатов ОРД в уголовный процесс <1>. Согласно ч. 3 ст. 11 Закона об ОРД оно осуществляется на основании постановления руководителя органа,

осуществляющего оперативно-розыскную деятельность. Такой порядок представляется небесспорным и вызывает возражения. Было бы логичнее, если бы данное решение принималось соответствующим оперативным работником, ведущим дело оперативного учета <2>. Детальное обоснование этого предложения будет изложено в четвертом параграфе третьей главы настоящей работы.

<1> Еще в 1989 г. автор предлагал закрепить в Законе обязанность органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, представлять ее результаты в уголовный процесс, а властным субъектам уголовного судопроизводства предоставить право истребовать указанные результаты. См.: Доля Е.А. Доказывание и оперативная работа по уголовным делам. Укрепление законности и борьба с преступностью в условиях формирования правового государства // Сборник материалов Всесоюзной научно-практической конференции на тему "Формирование социалистического правового государства", организованной Институтом государства и права АН СССР, Всесоюзным обществом "Знание" и Союзом юристов СССР. Москва, 29 ноября - 1 декабря 1989 г. М.: Академия наук СССР. Институт государства и права, 1990. С. 129.

<2> Данное предложение было высказано впервые в 1999 г. См.: Доля Е.А. Представление результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд // Уголовное право. 1999. N 4. С. 45 - 47.

Представляется целесообразным дополнить ст. 22 Закона об ОРД после слов: "...и проведении оперативно-розыскных мероприятий" - текстом следующего содержания: "...проверке их результатов, заведении дел оперативного учета и принятии иных оперативных решений, предусмотренных настоящим Законом".

Предлагаемое дополнение будет способствовать осуществлению эффективного ведомственного контроля не только за соблюдением законности организации и проведения оперативно-розыскных мероприятий, но и за проверкой их результатов, принимаемых на их основе оперативных решений. Принятие указанного дополнения необходимо в связи с тем, что значительная часть принимаемых в ходе оперативно-розыскной деятельности решений связана с ограничением прав и свобод граждан.

Учитывая предложенные изменения и дополнения Закона об ОРД, соответствующие коррективы должны быть внесены и в Инструкцию о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд.

Существует еще одна проблема, по которой до настоящего времени отсутствует надлежащее решение в теории, законодательстве и на практике. Она напрямую касается комплекса проблем, связанных как с использованием результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании, так и с повышением эффективности всей оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности. Речь идет о допустимости и возможных пределах ознакомления следователя до возбуждения уголовного дела с информацией, содержащейся в делах оперативного учета, его участия в оперативно-розыскной деятельности, и в частности в планировании оперативно-розыскных мероприятий, консультировании работников оперативных подразделений по вопросам их проведения, закрепления и перспектив последующего использования результатов ОРД в уголовном процессе, правовой оценки материалов дел оперативного учета.

Что касается ознакомления следователя с материалами дел оперативного учета, то специалисты считают необходимым и полезным такое ознакомление. Эмпирические исследования в этой области свидетельствуют, что подавляющее большинство следователей и достаточное количество оперативных работников высказываются за необходимость ознакомления следователя со всеми материалами ОРД. Так, по данным И.Я. Дубинского, "за" высказались 98,7% следователей

и 71,4% оперативных работников, Д.И. Беднякова - 81 и 64% <1>. По данным А. Попова за необходимость ознакомления следователя со всеми материалами ОРД высказались 78,2% следователей и 56,3% оперативных работников.

<1> Указанные данные заимствованы из работы А. Попова. См.: Попов А. Оперативно-розыскная инициатива начала уголовно-процессуальной деятельности при непосредственном обнаружении признаков преступления органами дознания // Профессионал (популярно-правовой альманах МВД России). 1999. N 1 (28).

Относительно участия следователя в оперативно-розыскной деятельности высказана точка зрения, согласно которой следователь (дознаватель) не вправе принимать непосредственное участие в оперативно-розыскных мероприятиях. Она обосновывается тем, что следователь, во-первых, не является субъектом оперативно-розыскной деятельности и, во-вторых, в противном случае он должен быть допрошен в качестве свидетеля, что служит обстоятельством, исключающим его участие в производстве по уголовному делу <1>. Представляется, что это правильная точка зрения. В связи с этим критического отношения заслуживает позиция А. Попова, полагающего, что ознакомление следователя с оперативной информацией ни в коей мере не влияет на его объективность, не может сказаться на формировании его внутреннего убеждения при производстве по уголовному делу <2>.

<1> См.: Гармаев Ю.П. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности при расследовании уголовных дел о взяточничестве. М., 2005. С. 9.

<2> См. Попов А. Указ. соч.

Ю.П. Гармаев поступает непоследовательно: отступает от своей первоначальной позиции, когда не исключает участия следователя в планировании оперативно-розыскных мероприятий, консультировании оперативных работников по вопросам их проведения, закрепления, перспектив последующего использования и т.д. При этом он ссылается на то, что следователям на практике очень часто приходится буквально самим готовить проекты соответствующих оперативных документов, поскольку лица, уполномоченные к их подписанию, далеко не всегда способны их грамотно составить <1>.

<1> См.: Гармаев Ю.П. Указ. соч.

Отсутствие надлежащей юридической подготовки у оперативных работников не может служить оправданием для смешения оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности. Тем более что наличие правовых знаний должно являться одним из обязательных критериев их допуска к ведению оперативно-розыскной деятельности. Низкий уровень правовых знаний не позволит им, прежде всего, надлежащим образом решать задачи, стоящие перед оперативно-розыскной деятельностью, осуществлять ее эффективно <1>, соблюдать принцип законности и другие принципы при ведении дел оперативного учета.

<1> На низкую эффективность работы по сбору и анализу оперативной информации по делам оперативного учета обращал внимание Генеральный прокурор РФ (см.: Под надзором. Генеральный прокурор РФ Юрий Чайка ответил на вопросы корреспондента // Российская газета. 2008. 22 февр.).

В Законе об ОРД и УПК РФ следует урегулировать вопросы допуска следователей к оценке материалов по делам оперативного учета, правового значения данной оценки. Следователю, привлекавшемуся к такой оценке, должно быть запрещено возбуждать соответствующие уголовные дела (которым предшествовало ведение дел оперативного учета), принимать их к своему производству и участвовать в их расследовании. Пока вопросы допуска следователей к правовой оценке дел оперативного учета не получили надлежащего законодательного регулирования, имеет смысл в УПК РФ сформулировать соответствующий запрет для следователя. Он может быть осуществлен путем дополнения ст. 38 УПК РФ ч. 2 следующего содержания:

"Следователь, привлекавшийся к правовой оценке материалов дела оперативного учета, не вправе возбуждать по этим материалам уголовные дела, принимать их к своему производству и участвовать в их расследовании".

Глава 2. ТЕОРИЯ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ - МЕТОДОЛОГИЧЕСКАЯ ОСНОВА ФОРМИРОВАНИЯ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ НА ОСНОВЕ РЕЗУЛЬТАТОВ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ И ИХ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ В ДОКАЗЫВАНИИ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ

§ 1. Судебное доказательство - единственное средство установления истины по уголовным делам

Доказательство является единственным средством, используя которое дознаватель, следователь, прокурор и суд устанавливают наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения уголовного дела.

Той существенной ролью, которую играет доказательство в уголовном судопроизводстве, объясняется постоянное внимание к категории доказательства в теории и на практике. Его обоснованно относят к числу основных, исходных в теории доказательств и доказательственном праве. Оно лежит в основе решения в теории и законодательстве вопросов, касающихся относимости и допустимости доказательств, способов их собирания, проверки и оценки, оказывает существенное влияние на содержание правового положения участников уголовного судопроизводства. Поэтому правильное определение доказательства, правовых требований, предъявляемых к его содержанию и форме, считается первейшим и необходимым условием достижения истины, обеспечения законности, обоснованности и справедливости принимаемых решений <1>.

<1> См.: Дорохов В.Я. Понятие доказательства // Теория доказательств в советском уголовном процессе. М.: Юридическая литература, 1973. С. 197.

В настоящее время в теории и практике российского уголовного процесса преобладает точка зрения, в соответствии с которой под доказательствами понимаются любые полученные из установленных законом источников и в установленном им порядке сведения, на основе которых в определенном законом порядке орган дознания, следователь и суд устанавливают обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела (ст. 74 УПК РФ) <1>. Именно такое понимание доказательства лежало в основе ст. 69 УПК РСФСР 1960 г., согласно которой доказательствами по уголовному делу являлись любые фактические данные, на основе которых в определенном законом порядке орган дознания, следователь и суд устанавливают обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения дела.

<1> Здесь и далее автор основывается на понятии доказательства и правовых требованиях, предъявляемых к нему, сформулированных в теории уголовного процесса профессором В.Я. Дороховым. См.: Дорохов В.Я. Понятие доказательства в советском уголовном процессе // Советское государство и право. 1964. N 9. С. 108 - 117; Теория доказательств в советском уголовном процессе. Часть общая. М., 1966. С. 227 - 267.

Использованное ранее словосочетание "любые фактические данные" и используемое в действующем законе словосочетание "любые сведения" употребляются законодателем как синонимы и не меняют существа нормативного определения понятия доказательства. В силу этого попытку отдельных авторов обосновать существование принципиального различия между определением доказательства как фактических данных и их характеристикой как сведений о фактах (и на этой основе возражающих против однозначности понятий "доказательства" и "фактические данные") нельзя признать плодотворной и заслуживающей поддержки <1>.

<1> См.: Громов Н.А., Пономаренков В.А., Гущин А.Н., Францифоров Ю.В. Доказательства, доказывание и использование результатов оперативно-розыскной деятельности: Учеб. пособие. М.: Издательство "ПРИОР", 2001. С. 69 - 74.

Нельзя согласиться и с критикой ч. 1 ст. 74 УПК РФ в части того, что она якобы содержит нормативное определение только прямых доказательств <1>. Ее можно объяснить только поверхностным прочтением закона. В действительности содержание доказательств как любых сведений законодатель связывает не только с возможностью установления обстоятельств, подлежащих доказыванию, но и иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела. Исходя из этого рассматриваемое законодательное определение доказательства охватывает содержание и косвенных доказательств.

<1> См.: Барабаш А.С. Природа российского уголовного процесса, цели уголовно-процессуальной деятельности и их установление. СПб.: Издательство Р. Асланова "Юридический центр Пресс", 2005. С. 182 - 183.

Доказательство в уголовном процессе должно отвечать двум правовым требованиям, предъявляемым соответственно к его содержанию и форме, - относимости и допустимости <1>. В юридической литературе широкое распространение получило определение относимости и допустимости как свойств доказательств, характеризующих соответственно их содержание и форму <2>. Такое понимание относимости и допустимости представляется неточным. Его использование на практике затрудняет собирание именно относимых и допустимых доказательств. Дело в том, что при таком подходе внимание правоприменителей акцентируется на качествах уже собранных доказательств. Этот вывод подтверждается суждением сторонников анализируемого взгляда, согласно которому "относимость и допустимость - это критерии оценки, которым должно соответствовать каждое из доказательств, используемых следователем, прокурором, судом для обоснования выводов по делу" <3>.

<1> Из данной позиции исходил автор в своей монографии (см.: Доля Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. М., 1996. С. 27, 30, 31). По непонятным причинам А.М. Ларин в рецензии на данную работу допустил неточность, ошибочно приписав ее автору совершенно иную точку зрения, согласно которой относимость и допустимость - неотъемлемые свойства, атрибуты доказательств (см.: Ларин А.М. Рецензия на книгу Е.А. Доля "Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности" // Государство и право. 1997. N 7. С. 120).

<2> См.: Фаткуллин Ф.Н. Общие проблемы процессуального доказывания. Казань, 1976. С. 121, 130; Лупинская П.А. Понятие доказательств. Доказательства - средства доказывания // Уголовно-процессуальное право Российской Федерации / Под ред. П.А. Лупинской. М., 1997. С. 140; Ульянова Л.Т. Доказательства в уголовном процессе. Общие положения // Уголовный процесс / Под ред. К.Ф. Гуценко. М., 1997. С. 111; Громов Н.А., Пономаренков В.А., Гущин А.Н., Францифоров Ю.В. Доказательства, доказывание и использование результатов оперативно-розыскной деятельности: Учеб. пособие. М.: Издательство "ПРИОР", 2001. С. 78 - 81; Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. СПб.: Издательство Р. Асланова "Юридический центр Пресс", 2006. С. 325, 331, 333.

<3> См.: Громов Н.А., Пономаренков В.А., Гущин А.Н., Францифоров Ю.В. Указ. соч. С. 81.

Конечно, собранные доказательства с точки зрения сформировавшего их субъекта должны быть относимыми и допустимыми. С этим никто не спорит. Однако они будут таковыми лишь в том случае, если требования закона, обращенные к их содержанию и форме, будут учитываться субъектами доказывания не после того, как доказательство уже сформировано и осуществляется его проверка и оценка, а значительно раньше - еще при подготовке и проведении следственных и судебных действий, направленных на собирание доказательств. Только при соблюдении данного условия обеспечивается формирование относимых и допустимых доказательств <1>. И именно понимание относимости и допустимости доказательств как правовых требований, предъявляемых к их содержанию и форме, и ориентирует правоприменителей на их учет тогда, когда доказательства еще только формируются, а не тогда, когда они уже сформированы.

<1> Развернутая аргументация обоснования необходимости замены термина "собирание" доказательств на термин "формирование" доказательств будет приведена в § 3 главы 2 настоящей работы.

Сторонники понимания относимости и допустимости как свойств доказательств вольно или невольно, но фактически исходят из существования доказательств в готовом виде. При этом, например, относимость становится действительно присущей сведениям о фактах объективно, независимо от воли законодателя, которому, как полагают представители данной точки зрения, остается лишь опосредовать это объективное свойство <1>.

<1> См.: Громов Н.А., Пономаренков В.А., Гущин А.Н., Францифоров Ю.В. Указ. соч. С. 79.

На деле же ни относимость, ни допустимость не могут являться объективными свойствами, качествами доказательств в силу того, что самих доказательств (как сведений, имеющих значение для уголовного дела) в объективной действительности до производства соответствующих следственных и судебных действий просто не существует. Кроме этого, относимыми и допустимыми могут оказаться не все полученные в ходе производства по уголовному делу доказательства. Наглядные и многочисленные примеры именно такого положения дел дает практика.

После того как доказательства собраны (сформированы), их относимость и допустимость могут только проверяться. Внести какие-либо коррективы в относимость (неотносимость) и допустимость (недопустимость) уже собранных (сформированных) доказательств нельзя. В ходе проверки доказательств могут изменяться лишь наши представления об их относимости (неотносимости) и допустимости (недопустимости). В результате проверки может оказаться, что первоначально воспринятое как относимое и допустимое доказательство не отвечает данным требованиям. И это существенный аргумент в пользу того, что относимость и допустимость объективно доказательствам не присущи. Если бы это были свойства доказательств, органически

им присущие, то ненужными были бы проверка и оценка доказательств, как и нормы закона, их регулирующие. Излишней оказалась бы и предусмотренная законом процедура исключения доказательств (ст. 235 УПК РФ). Невозможно с помощью процедуры лишить доказательства свойства, которое ему объективно присуще.

Исходя из этого более точным, а следовательно, и правильным представляется понимание относимости и допустимости как правовых требований, предъявляемых соответственно к содержанию и форме доказательств. Именно такой подход реализован в нормах действующего уголовно-процессуального закона, регулирующих собирание не любых, а только соответствующих требованиям относимости и допустимости доказательств.

Относимость - правовое требование, обращенное к содержанию доказательства. Оно означает способность доказательства со стороны содержания служить средством установления истины по уголовному делу или, другими словами, связь содержания доказательства с обстоятельствами и фактами, имеющими значение для уголовного дела. Требование относимости сформулировано в ч. 1 ст. 74 УПК РФ.

При определении относимости доказательств, формируемых в ходе производства следственных и судебных действий, соответствующий субъект уголовного процесса должен руководствоваться не только требованиями, зафиксированными в ч. 1 ст. 74 УПК РФ. Он должен учитывать и положения ст. 73 УПК РФ, устанавливающие обстоятельства, подлежащие доказыванию по уголовному делу, другие статьи закона, определяющие основания производства следственных и судебных действий, их предмет, правовое положение субъектов, от которых исходят доказательства, и иных участников данных действий. При этом необходимо также принимать во внимание диспозиции статей Уголовного кодекса, по которым возбуждено уголовное дело, и особенности конкретного уголовного дела. Не имеющие значение для уголовного дела сведения не могут служить средством установления истины, не отвечают требованию относимости, а следовательно, не являются доказательствами.

Допустимость - правовое требование, предъявляемое к форме доказательства, законности его источника и способа собирания (формирования). Требование допустимости в общей форме закреплено в ч. 2 ст. 74 УПК РФ, согласно которой в качестве доказательств допускаются: показания подозреваемого, обвиняемого; показания потерпевшего, свидетеля; заключение и показания эксперта; заключение и показания специалиста; вещественные доказательства; протоколы следственных и судебный действий; иные документы.

Следует отметить, что в УПК РСФСР 1960 г. содержалась более точная формулировка требования допустимости. Приведенному перечню видов доказательств в нем предшествовало словосочетание: "Эти данные устанавливаются..." (ч. 2 ст. 69). Такая редакция подчеркивала неразрывную связь содержания доказательств - фактических данных - с теми правовыми формами, в которых они должны формироваться (собираться). В редакции ч. 2 ст. 74 УПК РФ указание на эту существенную связь отсутствует.

Уголовно-процессуальный кодекс РФ в отличие от ранее действовавшего Кодекса не включил в перечень видов доказательств акты ревизий и документальных проверок. Представляется, что это правильное решение. Признав за актами ревизий и документальных проверок значение доказательств, УПК РСФСР в то же время не урегулировал присущие им способы собирания (формирования). По отношению ко всем иным видам доказательств, перечисленным в ч. 2 ст. 69 УПК РСФСР, такое регулирование в законе содержалось. Указанный пробел не являлся простой случайностью. Он объясняется тем, что акты ревизий и документальных проверок не образовывали нового самостоятельного вида доказательств, которому должны быть присущи свои особенности формы и содержания, включая и соответствующий способ собирания. Производство ревизий и документальных проверок составляет часть правовой деятельности, относящейся к компетенции не органов расследования или суда, а иных органов, которые не являются субъектами уголовно-процессуальной деятельности. Именно по этому пути пошел законодатель в УПК РФ, предоставив

органу дознания, дознавателю, следователю лишь право требовать производства документальных проверок, ревизий при проверке сообщения о преступлении (ч. 1 ст. 144).

Результаты ревизий и документальных проверок, проведенных компетентными органами, если они имеют значение для уголовного дела, могут быть истребованы органами расследования, прокурором, судом или представлены иными участниками уголовного судопроизводства. В этих случаях на них должен распространяться правовой режим, свойственный такому виду доказательств, как иные документы.

Оправданно ли в принципе предоставление органам расследования, прокурору и суду права требовать производства ревизий и документальных проверок по уголовным делам, находящимся в их производстве? Думается, что нет. После того как уголовное дело возбуждено, для выяснения обстоятельств предмета доказывания и побочных фактов, требующих специальных познаний, в том числе и в области финансов, бухгалтерского учета, необходимо назначать экспертизу, а не ревизии и аудиторские проверки. Именно производство экспертизы обеспечивает надлежащие гарантии получения не только доброкачественного доказательства (заключения эксперта), но и соблюдение при его формировании, проверке, оценке прав и законных интересов обвиняемого. Причем их реализация обвиняемым начинается уже с момента ознакомления с постановлением о назначении экспертизы.

Это может выражаться в уточнении вопросов, поставленных перед экспертом, постановке перед ним дополнительных вопросов, заявлении ходатайств о предоставлении эксперту дополнительных материалов, относящихся к предмету экспертизы, о назначении эксперта из числа лиц, указанных обвиняемым, о присутствии при производстве экспертизы и даче объяснений эксперту, заявлении отвода эксперту (ст. 198 УПК РФ). Возможность реализации перечисленных прав наряду с соблюдением предусмотренных законом четких оснований назначения экспертизы, порядка ее производства, включая гарантии, связанные с правами, обязанностями и ответственностью эксперта (не уклоняться от явки по вызовам властных субъектов уголовного процесса; ответственность за дачу заведомо ложного заключения, за разглашение данных предварительного расследования), способствуют всесторонности, полноте и объективности исследования обстоятельств уголовного дела при производстве экспертизы.

В УПК РФ отсутствует законодательное определение ревизий и документальных проверок, не определены правовые требования к их содержанию и форме. Закон не содержит и процессуального порядка назначения, производства ревизий и документальных проверок, не регулирует он и правовое положение источников данных доказательств.

Отсутствие надлежащих гарантий доброкачественности сведений, получаемых в результате производства ревизий и документальных проверок, невозможность участия в их производстве обвиняемого отрицательным образом скажутся на содержании формируемых при их производстве доказательств, приведут к нарушению прав и законных интересов участников уголовного процесса. В результате вместо вероятных ожидаемых преимуществ, которые главным образом лежат в плоскости быстроты производства ревизий и документальных проверок, наступят вполне очевидные негативные последствия, выражающиеся в том числе и в удлинении сроков расследования и судебного разбирательства. И это закономерно, поскольку на проверку и оценку доказательств, сформированных в условиях отсутствия гарантий их доброкачественности, соблюдения прав и законных интересов участников уголовного процесса, потребуется значительное время.

Возможность проведения по возбужденному уголовному делу органами расследования ревизий и документальных проверок и признание за их результатами доказательственного значения на практике неизбежно приведут еще и к путанице в связи с тем, что в законе не прописаны основания для назначения ревизий и документальных проверок. Чем они отличаются от оснований для назначения экспертизы? С введением рассматриваемой возможности в законе появится лазейка для подмены экспертиз ревизиями и документальными проверками, что в

принципе недопустимо. Приведенные аргументы служат основаниями в пользу производства по уголовным делам именно экспертизы, а не ревизий и документальных проверок, которые лишены гарантий, присущих экспертизе <1>.

<1> В связи с этим вряд ли можно согласиться с идеей расширения способов собирания и проверки доказательств, в том числе и путем осуществления оперативно-розыскной и частной детективной деятельности. См.: Зинатуллин З.З. Уголовно-процессуальное доказывание: Учеб. пособие. Ижевск, 1993. С. 141 - 142.

Вместе с тем ревизии и документальные проверки по требованию органов расследования могут осуществляться, но не в связи с уголовным делом, находящимся в их производстве, а в стадии его возбуждения, при проверке заявлений и сообщений о преступлении, выяснении наличия признаков преступления. Именно по этому пути пошел законодатель в УПК РФ (ч. 1 ст. 144).

Доказательство - это всегда единство объективного содержания и субъективной формы. Объективность содержания доказательства обусловлена его связью с преступлением - обстоятельствами и фактами, подлежащими установлению по уголовному делу, содержание которых в конечном счете не должно зависеть от познающего субъекта. Субъективная форма доказательства связана с тем, что источником доказательства (сведений о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела) всегда выступает человек (субъект), занимающий или могущий занять определенное процессуальное положение, который, естественно, накладывает отпечаток на всю форму доказательства - его источник и способ собирания (формирования), учитываемые законодателем в требовании допустимости.

В связи с этим нельзя согласиться с критикой Д.И. Беднякова об ошибочности утверждения В.Я. Дорохова, что источником вещественных доказательств и документов являются лица, их обнаружившие или представившие, а источником протоколов следственных и судебных действий - лица, их составившие <1>.

<1> Бедняков Д.И. Указ. соч. С. 52 - 53.

Не вдаваясь в детальную аргументацию, отметим, что предмет материального мира (равно как, например, и обстановка места происшествия) не может являться носителем информации о преступлении (в смысле сведений о фактах и обстоятельствах), а находится в связи с преступлением через свои свойства и состояния, которые также не являются сведениями о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела. Чтобы стать содержанием доказательств ("превратиться" в относимую к уголовному делу информацию), эти свойства и состояния предмета (равно как и элементы обстановки места происшествия) должны быть восприняты, выделены следователем и зафиксированы им в виде соответствующих сведений в протоколах. Данные протоколы будут являться источниками фактических данных, а не источниками доказательств. Поэтому прав В.Я. Дорохов, утверждавший, что источником доказательств всегда выступает человек - субъект, занимающий определенное процессуальное положение <1>.

<1> Дорохов В.Я. Понятие доказательства // Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973. С. 213 - 214.

Допустимое доказательство формируется с учетом требований, предъявляемых законом к его источнику (ч. 2 ст. 74 УПК РФ) и способу собирания - соответствующему следственному или судебному действию (ст. ст. 166, 173, 174, 176 - 206, 275 - 290, 335, 365 УПК РФ). Именно при

формировании доказательств особое значение приобретает соблюдение установленных в законе применительно к каждому виду доказательств требований допустимости, касающихся: правового положения участников следственных и судебных действий; обязательности и пределов применения общих приемов познания; правовой упорядоченности последовательности действий следователя, судей и других участников процессуальных действий. Сформированные с учетом особенностей содержания и форм различных видов доказательств, задач, объектов и форм познания, эти требования отражают закономерности процесса познания на этапе собирания доказательств.

Обязательными условиями допустимости доказательств в уголовном процессе являются известность их происхождения, возможность проверки и оценки в условиях гласного судопроизводства. Если доказательство не отвечает этим требованиям, оно не может быть признано допустимым и не должно использоваться в доказывании по уголовному делу.

О признании исключительной важности соблюдения требования допустимости для формирования доброкачественных судебных доказательств, соблюдения законности, обеспечения прав и законных интересов личности в уголовном процессе свидетельствует содержащийся в новой Конституции Российской Федерации запрет на использование доказательств, полученных с нарушением федерального закона (ч. 2 ст. 50). Указанный запрет воспроизведен и конкретизирован в ч. 1 ст. 75 УПК РФ, в соответствии с которой доказательства, полученные с нарушением требований УПК, являются недопустимыми, не имеющими юридической силы и не могут быть положены в основу обвинения, а также использоваться для доказывания любого из обстоятельств, предусмотренных ст. 73 УПК РФ <1>.

<1> Вместе с тем действующее нормативное регулирование института допустимости доказательств далеко от совершенства. Так, представляется неконституционным положение, закрепленное в п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ. Подробнее об этом см.: Доля Е.А. Конституционность п. 1 ч. 2 ст. 75 // Законность. 2007. N 5. С. 4 - 11.

Учитывая значение правильного определения в законе требований, предъявляемых к содержанию и форме доказательств, принципиально важно было сохранить в ходе осуществляемой реформы уголовно-процессуального законодательства взгляд на доказательство как сведения о фактах, имеющих значение для уголовного дела, полученные из установленных в законе источников и в установленном законом порядке. Именно такое понимание доказательства выдержало проверку практикой, испытание временем.

Предпринимавшиеся в период подготовки УПК РФ попытки изменить, дополнить правовые требования, предъявляемые к содержанию и форме судебных доказательств, нельзя признать обоснованными и заслуживающими законодательного закрепления.

Например, трудно согласиться с трактовкой доказательства, содержащейся в проекте Общей части УПК РФ, подготовленном авторским коллективом под руководством С.А. Пашина <1>. В ст. 147, названной "Понятие доказательства", зафиксировано, что "Доказательствами являются любые законно полученные судом или стороной предметы, документы и другие материалы, использование которых в соответствии с положениями настоящего Кодекса допустимо для установления обстоятельств происшествия, а также иных имеющих значение при производстве по уголовному делу обстоятельств". Из приведенного текста видно, что вместо понятия "фактические данные" (сведения о фактах), закрепленного в действующем в то время законе (ч. 1 ст. 69 УПК РСФСР), предлагалось использовать словосочетание "предметы, документы и иные материалы".

<1> Российская юстиция. 1994. N 9.

Такое решение неверно в принципе. От того, что дознавателям, следователям, судьям (и иным субъектам, участвующим в доказывании) законом будет предписано рассматривать в качестве доказательств предметы, документы и другие материалы, они не перестанут в реальном процессе доказывания оперировать не чем иным, как сведениями о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для правильного разрешения уголовного дела. А именно: собирая доказательства, обнаруживать, рассматривать относимые к делу сведения и фиксировать их в соответствующих протоколах (при обнаружении фактов и обстоятельств, имеющих значение для дела, сведения о них также указываются в соответствующих протоколах); анализировать при проверке содержащиеся в доказательствах сведения и сопоставлять их с другими доказательствами; на основе сведений, почерпнутых из совокупности собранных и проверенных доказательств, делать выводы о наличии события преступления, лице, его совершившем, виновности этого лица и т.д. Другого не дано. Ибо в мышлении человека существуют, взаимодействуют, движутся не вещи, не предметы, а их образы, понятия, сведения о них <1>.

<1> См.: Дорохов В.Я. Понятие доказательства // Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973. С. 207.

Предлагаемое в ст. 147 определение исключает из понятия доказательства его содержание - относимые к делу фактические данные - и сводит понимание доказательства, по существу, лишь к его форме - допустимости (законности источника и способа собирания). Признавая значение требования допустимости для формирования доброкачественных доказательств, соблюдения в уголовном процессе прав и законных интересов личности, нельзя абсолютизировать форму доказательства, ибо это всегда происходит в ущерб его содержанию.

О том, что в рассматриваемом случае имеет место именно абсолютизация формы доказательства, придание требованию допустимости самодовлеющей роли, свидетельствует само содержание ст. 147. Она практически полностью посвящена регулированию требований, связанных с допустимостью использования предметов, документов и других материалов в качестве доказательств. Относимые к делу фактические данные (сведения о фактах), образующие содержание любого вида доказательств, в ней даже не упоминаются. В результате объективная связь фактических данных с преступлением, благодаря выявлению и использованию которой в процессе доказывания на практике только и представляется возможным устанавливать обстоятельства и факты, имеющие значение для правильного разрешения уголовного дела, в анализируемой статье отходит на второй план, затеняется.

Анализируя рассматриваемую статью, П.А. Лупинская обоснованно отмечала, что в ней из понятия доказательства исключен признак относимости, который поглощается таким признаком, как допустимость доказательства <1>.

<1> См.: Лупинская П.А. Проблемы реформы уголовно-процессуального законодательства в проектах УПК РФ // Материалы научно-практической конференции. М., 1995. С. 58.

Критического отношения заслуживает и ч. 4 ст. 147, которая допускает в качестве доказательств результаты оперативно-розыскных мероприятий и частных следственных действий. Такое решение построено на отождествлении доказательств и указанных мероприятий и действий. Оно ведет к смешению данных видов деятельности, чревато нарушением прав и свобод граждан в уголовном судопроизводстве <1>.

<1> На отмеченные и другие недостатки указанного проекта закона автор обращал внимание в одной из своих публикаций. См.: Доля Е.А. Проект Общей части УПК РФ: критический анализ // Государство и право. 1995. N 5. С. 83 - 92.

Практически всеми отмеченными выше недостатками страдает и нормативное определение понятия доказательства, содержащееся в рекомендательном законодательном акте - Модельном уголовно-процессуальном кодексе для государств - участников СНГ <1>. От предыдущего оно отличается тем, что в понятие доказательства кроме предметов и документов включены еще и сообщения (ч. ч. 1, 3 ст. 142). Такое решение вносит в определение доказательства неопределенность, позволяя отнести к доказательствам любое сообщение, полученное стороной с соблюдением требований, установленных настоящим Кодексом. Следуя ему в качестве доказательств, необходимо будет признавать все сообщения, полученные в стадии возбуждения уголовного дела (ст. ст. 220 - 223). Отсутствие в данном акте разъяснения понятия сообщения подтверждает обоснованность высказанных опасений.

<1> Принят на Седьмом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств - участников Содружества Независимых Государств 17 февраля 1966 г. // Приложение к "Информационному бюллетеню". 1966. N 10.

Не нашло поддержки и предложение включить в понятие доказательства требование достоверности <1>. При таком подходе доказательства будут появляться в уголовном деле только при вынесении приговора, поскольку вопрос о достоверности всех и каждого доказательства окончательно решается именно в данный момент <2>. Но тогда возникает вопрос: а что же собирается, проверяется и оценивается органами расследования и судом до вынесения приговора? Правильно отмечал В.Я. Дорохов, что "понятие судебного доказательства как достоверно установленного факта делает ненужным само это понятие, как и всю теорию доказательств..." <3>.

<1> См.: Комлев Б. О понятии доказательств // Социалистическая законность. 1991. N 11. С. 59; Царева Н.П. Документы-доказательства в уголовном судопроизводстве. М.: Приор-издат, 2003. С. 32, 54, 117. Следует отметить, что отмеченные предложения о включении в понятие доказательства достоверности не являются оригинальными. Они высказывалась и ранее. См.: Мосесян Г. Социалистическая законность. 1964. N 3. С. 47.

<2> В связи с этим нельзя признать удачным название статьи Е. Львовой и В. Паршуткина "Недостоверный протокол судебного заседания - не доказательство" (см.: Российская юстиция. 2003. N 9. С. 52 - 53). Такое название презюмирует требование достоверности к такому виду доказательств, как протоколы следственных действий и судебного заседания. В этом вопросе авторы статьи остаются последовательными по форме, но не правы по существу, когда требование достоверности рассматривают в качестве признака протокола судебного заседания (см.: Там же. С. 53). Фактически же в статье речь идет о необходимости точного отражения в протоколе судебного заседания хода и результатов судебного следствия.

<3> Дорохов В.Я. Понятие доказательства в советском уголовном процессе // Советское государство и право. 1964. N 9. С. 114 - 115.

Нельзя признать последовательной в данном вопросе позицию авторов, полагающих, что достоверность находится за пределами понятия доказательства, не входит в него, и в то же время утверждающих, что "относимость доказательств и достоверность доказательств - различные процессуальные понятия, которые всегда находятся во взаимосвязи и не существуют обособленно друг от друга" <1>.

<1> См.: Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. С. 330 - 332.

Непоследовательность приведенной позиции заключается в излишне категоричном противопоставлении понятий относимости и достоверности ("различные процессуальные понятия") и в одновременном признании того, что они "всегда находятся во взаимосвязи и не существуют обособленно друг от друга". Однако соответствующим реальности должно быть одно из двух - либо это "различные процессуальные понятия", либо они не являются таковыми и тогда действительно "находятся во взаимосвязи и не существуют обособленно друг от друга". Иного не дано.

Отмеченная непоследовательность является следствием ложной посылки, согласно которой относимость и достоверность доказательств всегда находятся во взаимосвязи и не существуют друг без друга. Относимость и достоверность доказательств могут находиться во взаимосвязи, но не всегда. Не все относимые доказательства оказываются достоверными. Могут существовать относимые доказательства, которые не являются достоверными, т.е. их содержание не соответствует действительности. Исходя из этого утверждение о том, что "относимость доказательств и достоверность доказательств - различные процессуальные понятия, которые всегда находятся во взаимосвязи и не существуют обособленно друг от друга", не соответствует действительности.

Отмеченная ложная посылка привела ее автора и к другому выводу, с которым также нельзя согласиться. Он утверждает, что "доказательства могут служить надежными средствами доказывания, если будут обладать свойством относимости и окажутся достоверными" <1>. В действительности доказательства могут служить надежными средствами доказывания вопреки приведенному утверждению и в случаях, когда они оказываются недостоверными. Недостоверное доказательство обязательно используется в процессе доказывания хотя бы для того, чтобы установить его недостоверность. И даже после этого оно не может быть исключено из процесса доказывания, а используется в нем. Примером может служить алиби обвиняемого, опровергнутое в результате его проверки и оценки в совокупности с другими собранными по уголовному делу доказательствами.

<1> См.: Там же. С. 331.

Нельзя согласиться с оценкой наших соображений относительно недопустимости включения в понятие доказательства их достоверности в силу того, что при таком подходе трудно будет ответить на вопрос о том, а что же собирается, проверяется и оценивается органами расследования и судом до вынесения приговора, как схоластических <1>.

<1> См.: Орлов Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе: Науч.-практ. пособие. М.: Проспект, 2000. С. 54.

Ю.К. Орлов, которому принадлежит указанная оценка, исходит при этом из того, что достоверность является свойством доказательств, и в то же время соглашается с процессуалистами, полагающими, что она не может быть предъявлена заранее к каждому доказательству в момент его получения <2>. Следует отметить крайнюю непоследовательность автора в данном вопросе. Ведь если достоверность является свойством доказательств, то они должны обладать им изначально, с момента их получения. В противном случае достоверность нельзя считать свойством доказательств.

<2> См.: Орлов Ю.К. Указ. соч. С. 53 - 54.

Ю.К. Орлов аргументирует свою позицию тем, что ему "непонятно, зачем тогда устанавливать достоверность доказательств (а это труд не из легких), если такого свойства у них нет" <1>. Отмеченная выше непоследовательность автора и ведет к непониманию нашей позиции в данном вопросе. Достоверность доказательства (соответствие его содержания действительности) не дается в готовом виде. Для ее установления действительно необходимо потрудиться. Достоверность доказательства подлежит установлению еще и потому, что данному требованию на практике отвечают не все доказательства. Поэтому рассматривать достоверность в качестве свойства доказательства неправильно.

<1> Там же.

Трудности с пониманием того, зачем устанавливать достоверность доказательств, обусловлены у Ю.К. Орлова его непоследовательностью в вопросе о времени появления доказательства. Главное, по его мнению, состоит в том, что, "строго говоря, любое доказательство становится таковым лишь при окончании производства по делу. До этого его можно называть таковым лишь условно". И буквально через несколько строк в этом же абзаце автор утверждает: "...правильней считать, что каждое доказательство становится таковым с момента его получения соответствующим субъектом и остается им, пока не будет по каким-то признакам забраковано и исключено из совокупности. Тогда сами собой отпадут псевдопроблемы типа: а что же мы ищем, собираем и исследуем" <1>. При таком подходе действительно трудно понять нашу позицию в данном вопросе. Невозможно, сохраняя последовательность, одновременно исходить из того, что "доказательство становится таковым лишь при окончании производства по делу", и в то же время "считать, что каждое доказательство становится таковым с момента его получения соответствующим субъектом" <2>.

<1> Там же.

<2> Позиция Ю.К. Орлова по данному вопросу в определенном смысле схожа с делением доказательств на два уровня А.И. Трусовым, которое он предлагает, опираясь на корифеев российской юриспруденции. Первый уровень - доказательства, допускаемые в орбиту судопроизводства вообще, которые обычно именовали просто "доказательствами". Второй уровень - это те же из допущенных в орбиту судопроизводства доказательств, на которых суд основывает приговор. Доказательства этого уровня именовали обычно "судебными доказательствами". См.: Трусов А. О допустимости и относимости доказательств // Советская юстиция. 1990. N 4. С. 15. Не вдаваясь в детальную аргументацию, поскольку она составляет предмет самостоятельного исследования, отметим, что уголовно-процессуальная природа доказательств в досудебном производстве и в суде единая. Об этом свидетельствуют их онтологическая, гносеологическая и правовая основы. Из единого нормативного определения доказательства исходит и законодатель.

Изменение своей позиции на диаметрально противоположную автор объясняет диалектикой сложного познавательного процесса, каковым является судебное доказывание <1>, правда, при этом он не поясняет, в чем конкретно в данном случае эта диалектика проявляется. С таким использованием диалектики согласиться довольно трудно. Предложенный подход не снимает неопределенности в вопросе о том, каким критерием руководствоваться при определении времени появления при производстве по уголовному делу доказательств. Следует ли при этом исходить из предложенного автором строгого подхода или того, который он считает более

правильным?

<1> Там же.

С учетом этого проблема типа: а что же мы ищем, собираем и исследуем? - в процессе доказывания не может быть отнесена к числу псевдопроблем и сама собой, вопреки мнению нашего оппонента, не отпадает. Подтверждением этому служит, в частности, и высказанное на страницах юридических изданий предложение о необходимости выделения в доказательстве такого свойства, как конвергентность (от лат. converge - сближаюсь, схожусь).

Под конвергентностью доказательства предлагается понимать способность единичного доказательства входить в совокупность однородных доказательств, приобретать в связи с этим доказательственное значение (силу), а также способствовать установлению силы других находящихся в этой совокупности доказательств <1>. При этом утверждается, что данное юридическое свойство доказательства превращает его "из единичного источника информации, не имеющего определенной юридической силы, в полноценное средство доказывания" <2>.

<1> См.: Будников В. Юридическая сила доказательств в уголовном судопроизводстве // Российская юстиция. 2003. N 10. С. 46.

<2> Там же.

Практическое значение предлагаемого нововведения, по мнению его автора, сводится к тому, "что ни одно доказательство не может обладать юридической силой и использоваться в доказывании, если его достоверность не подтверждена еще хотя бы одним однородным доказательством" <1>.

<1> См.: Будников В. Юридическая сила доказательств в уголовном судопроизводстве // Российская юстиция. 2003. N 10. С. 46.

Предложение признать в качестве свойства доказательства его конвергентность, т.е. способность единичного доказательства входить в совокупность однородных доказательств, приобретать в связи с этим доказательственное значение (силу), не имеет под собой объективной основы. Оно противоречит гносеологической природе доказательства, процесса доказывания, действующему законодательству и практике доказывания, ведет к дублированию в худшем варианте понятия относимости.

Сведения, отвечающие требованию относимости и допустимости, приобретают доказательственное значение значительно раньше, чем полагает автор рассматриваемой идеи. Они начинают использоваться субъектами доказывания (как доказательства) для установления обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела (т.е. в качестве доказательств), до того, а не после того, как их достоверность будет подтверждена хотя бы одним доказательством.

Фактически доказывание с помощью доказательств начинается в момент их формирования при производстве соответствующего следственного (судебного) действия. Связь доказательства с другими доказательствами (по терминологии В. Будникова - конвергентность доказательств) устанавливается позднее, уже в ходе его проверки (сопоставления с содержанием других доказательств, собирания новых доказательств). Установление данной связи входит в проверку доказательства, оно не придает и не может придать доказательству доказательственного значения. Нельзя еще раз придать доказательству свойства (доказательственного значения), которым оно уже

обладает с момента его формирования. В ходе проверки меняются не свойства доказательств (их доказательственная сила), а наше (познающих субъектов) отношение к ним.

Не может служить аргументом в пользу рассматриваемого предложения и утверждение его автора, согласно которому, "чтобы правильно сформированное органом предварительного расследования или судом доказательство могло выступать в качестве средства доказывания по уголовному делу, оно должно наряду с относимостью, достоверностью и допустимостью иметь дополнительное свойство, способное придавать ему определенную силу, т.е. возможность воздействовать на формирование внутреннего убеждения субъекта доказывания" <1>. "Воздействие" содержания доказательства на формирование внутреннего убеждения следователя, судьи происходит по мере формирования ими доказательства, а не после того, как доказательству будет "придана определенная сила" (доказательственное значение) в результате подтверждения его достоверности еще хотя бы одним доказательством. Указанной силой (доказательственным значением) каждое относимое и допустимое доказательство обладает изначально.

<1> Указ. соч. С. 45.

Анализируемое предложение не соответствует действующему нормативному определению понятия доказательства (ч. 1 ст. 74 УПК РФ) и практике доказывания. Закон не связывает понятие доказательства с его подтверждением другим доказательством. Следуя рассматриваемому предложению, доказательства будут появляться лишь после того, как их достоверность будет подтверждена еще хотя бы одним доказательством, что не соответствует и реальному процессу доказывания.

Не усиливает аргументацию и пример, приведенный В. Будниковым в обоснование своей идеи. Так, он полагает, что показания обвиняемого о наличии алиби могут приобрести юридическую силу лишь при подтверждении их истинности другими доказательствами. В противном случае показания обвиняемого о наличии алиби, по мнению В. Будникова, являясь единичным доказательством, не могут использоваться в качестве средств доказывания.

В действительности показания обвиняемого о наличии алиби начинают использоваться как доказательства не после подтверждения их истинности, а раньше. В частности, содержащиеся в них сведения используются в доказывании в качестве оснований для производства тех следственных и судебных действий, результаты которых могут подтвердить или опровергнуть алиби обвиняемого. Более того, и в тех случаях, когда алиби обвиняемого опровергается совокупностью собранных доказательств, оно, вопреки мнению В. Будникова, и после этого используется в доказывании. Об этом свидетельствует практика составления обвинительных заключений и приговоров. В подобных ситуациях в них обязательно содержится указание на то, что алиби обвиняемого опровергается совокупностью собранных, проверенных и оцененных по уголовному делу доказательств, и далее приводятся эти доказательства.

Показание обвиняемого о наличии алиби, "являясь единичным доказательством", должно использоваться и используется в качестве доказательства и в тех случаях, когда оно не подтверждается другими доказательствами. Так, на практике суды постановляют оправдательный приговор в случаях, когда в деле имеется неопровергнутое алиби обвиняемого.

Введение понятия конвергентности доказательств в теорию, законодательство и практику доказывания представляется излишним и в силу того, что оно охватывается более емким понятием - относимостью доказательств.

Последовательная реализация рассмотренного предложения приведет к фактическому исключению из процесса доказывания его неотъемлемой части - собирания доказательств, что самым негативным образом скажется на эффективности доказывания в целом.

Таким образом, как показывает проведенный анализ, идея конвергентности доказательств фактически представляет собой не что иное, как еще одну попытку признания в качестве обязательного признака доказательств их достоверности.

Позицию автора настоящей работы, согласно которой п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ представляет образец придания требованию допустимости чрезмерного значения, И.Б. Михайловская оценивает как иллюстрацию к тезису "о достоверности как критерии решения вопроса о допустимости доказательства" <1>. Данная оценка представляется весьма вольной и неверной по существу. В тексте публикации, на которую при этом ссылается И.Б. Михайловская, вообще не идет речи о достоверности доказательств. В ней утверждается, что в данном случае "допустимость (форма) "поглотила" содержание доказательств и процесса доказывания в целом, следствием чего явилось блокирование самой возможности доказывания по уголовным делам" <2>. Автор никогда не разделял и не разделяет позицию, согласно которой критерием решения вопроса о допустимости доказательств является их достоверность.

<1> См.: Михайловская И.Б. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе. М.: ТК Велби, Изд-во "Проспект", 2006. С. 109.

<2> См.: Доля Е.А. О доказательствах, доказывании и использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности по УПК РФ: Научно-практическая конференция "Правовая и криминологическая оценка УПК РФ" // Государство и право. 2002. N 10. С. 112 - 113. (При ссылке на нашу работу И.Б. Михайловская допустила ошибку в номере журнала.)

Вызвала серьезные возражения и трактовка понятия доказательства, содержащаяся в проекте Федерального закона "О борьбе с организованной преступностью" <1>. Во-первых, по соображениям принципиального характера представляется неприемлемой предлагаемая в проекте сама идея регламентации в отдельной статье (ст. 474) требований, предъявляемых специально к доказательствам по уголовным делам об организованной преступности.

<1> Данный проект неоднократно рассматривался обеими палатами Федерального Собрания РФ и в конечном счете был принят Государственной Думой и одобрен Советом Федерации. В конце 1995 г. закон был направлен Президенту Российской Федерации для подписания. Однако Президент РФ отклонил его.

С точки зрения теории познания, лежащей в основе процесса доказывания, по делам об организованной преступности оно осуществляется по тем же законам, что и познание по общеуголовным делам. И в том и в другом случае единственным средством установления истины выступают доказательства, которые в гносеологическом аспекте представляют собой сведения о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела. Поэтому нет никаких оснований для конструирования каких-то особых доказательств, с помощью которых будет осуществляться доказывание по делам об организованной преступности. Правовые требования, предъявляемые к содержанию и форме доказательств (их относимости и допустимости) в уголовном процессе, должны быть едиными и не зависеть от категории уголовных дел, по которым осуществляется доказывание.

Противоречил фундаментальным положениям теории доказательств, доказательственного права, практике доказывания и реализованный в ч. 1 анализируемой статьи множественный взгляд на доказательство. По уголовным делам об организованной преступности под доказательствами предлагалось понимать "любые фактические данные об обстоятельствах, имеющих значение для дела, полученные в порядке, установленном настоящим Кодексом, и содержащихся в письменных объяснениях и показаниях потерпевшего, свидетеля, письменных объяснениях и показаниях

подозреваемого, обвиняемого, а также видео- и аудиозаписях, кино- и фотоматериалах их допросов...".

Согласно такому определению доказательства, например в результате допроса свидетеля, в ходе которого была осуществлена звукозапись его показаний, будет получено не одно, а целых три доказательства. Первое - это показание свидетеля - его устное сообщение о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для дела, сделанное им на допросе. Вторым доказательством будет являться его письменное объяснение <1> - собственноручное изложение свидетелем сведений, сообщенных им на допросе (если он воспользовался предоставленным ему правом на собственноручное изложение своих показаний). Третьим доказательством станет звукозапись показаний свидетеля. Каждое из трех приведенных доказательств вписывается в логику анализируемого проекта закона и отвечает сформулированным в нем требованиям, предъявляемым к доказательству, что в принципе неверно. Из одного и того же источника доказательства (например, свидетеля) нельзя получить в одно и то же время три доказательства об одном и том же факте, обстоятельстве.

<1> Термин "объяснение" в данном случае использован крайне неудачно. Свидетель дает показания, а не объяснения.

В рассмотренном примере источником доказательства выступает свидетель - лицо, занимающее в уголовном процессе определенное правовое положение. Доказательством будут являться только его показания - устное сообщение об относимых к делу фактах, сделанное им на допросе. Что касается собственноручно изложенных свидетелем показаний (равно как и протокола его допроса), звукозаписи его показаний, произведенной при допросе, то их нельзя считать доказательствами. Нетрудно заметить, что они являются лишь различными формами закрепления свидетельских показаний - устного сообщения свидетеля. Причем следует иметь в виду, что в качестве основной формы закрепления показаний закон установил письменность (протоколирование, собственноручное изложение показаний). Звукозапись является факультативным средством фиксации показаний и без протокола не имеет самостоятельного доказательственного значения (ч. 8 ст. 166 УПК РФ) <1>.

<1> По указанным причинам нельзя согласиться с предложением рассматривать фонограмму допроса (обвиняемого, подозреваемого, свидетеля, потерпевшего) в качестве самостоятельного источника доказательств. См., например: Зинатуллин З.З. Указ. соч. С. 153.

Несколько странными выглядели и положения данной части статьи, относящие к доказательствам фактические данные об обстоятельствах, имеющих значение для дела, содержащиеся в видеозаписях, кино- и фотоматериалах допросов потерпевшего, свидетеля, подозреваемого и обвиняемого.

Видеозапись (без звукового сопровождения), кино- и фотосъемку имеет смысл использовать разве что только при допросе глухонемых и условии обязательного привлечения специалиста, понимающего их знаки. В остальных случаях видеозапись, кино- и фотосъемка допросов свидетелей просто лишены смысла. Вряд ли подобные примеры может дать практика. И это понятно, поскольку с помощью перечисленных технических средств можно зафиксировать последовательность действий допрашиваемых, следователя, внешний вид участников допроса, обстановку, в которой производился допрос, но нельзя запечатлеть содержание устной речи, в форме которой излагаются показания <1>. В результате в видеозаписи, кино- и фотоматериалах допросов просто не будет содержаться сведений о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, т.е. того, что и образует содержание доказательств в уголовном процессе. Поэтому данные материалы не будут отвечать правовому требованию относимости,

предъявляемому к содержанию доказательств. По указанным соображениям отрицательной оценки заслуживает положение ч. 4 ст. 189 УПК РФ, допускающее возможность фотографирования при допросе. Его следует изъять из текста закона.

<1> Дорохов В.Я. Понятие документа в советском праве // Правоведение. 1982. N 2. С. 57 - 58.

Соблюдение требований относимости и допустимости, предъявляемых к содержанию и форме доказательств, имеет важное практическое значение для формирования доброкачественных доказательств, оптимизации процесса установления истины по уголовным делам, обеспечения прав участников уголовного процесса, надлежащей защиты законных интересов личности, общества и государства, пострадавших в результате преступных посягательств.

Рассмотренные выше попытки изменить, дополнить правовые требования, предъявляемые к содержанию и форме доказательств, законодатель совершенно обоснованно не воспринял. В УПК РФ сохранен взгляд на доказательства как сведения (данные) об обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела (ч. 1 ст. 74).

Вместе с тем нормативное определение доказательства, сформулированное в ст. 74 УПК РФ, может быть усовершенствовано. Анализ содержания данной статьи показывает, что в ней акцент без достаточных к тому оснований несколько смещен с правовых требований, которым должно отвечать доказательство, на регулирование, хотя и в самой общей форме, целей использования доказательств. Об этом прямо свидетельствует содержание ч. 1 ст. 74 УПК РФ. В соответствии с ней под доказательствами понимаются "любые сведения, на основе которых суд, прокурор, следователь, дознаватель в порядке, определенном настоящим Кодексом, устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела (выделено мною. - Е.Д.)".

Акцентирование в статье о доказательствах связи доказательств с целями их использования в доказывании представляется обоснованным, но оно не должно вести к отказу от закрепления в данной статье общих правовых требований, предъявляемых к форме доказательств. Содержание статьи 74 УПК РФ прежде всего должно быть посвящено регулированию общих правовых требований, которым должны отвечать содержание и форма любого доказательства.

Положение закона о том, что доказательствами являются сведения, на основе которых властные субъекты уголовного процесса устанавливают наличие или отсутствие обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела (ч. 1 ст. 74 УПК РФ), не в полной мере соответствует содержанию и логике реального процесса познания, реализуемого при собирании (формировании) доказательств.

Чувственное познание обстоятельств и фактов, имеющих значение для уголовного дела, осуществляемое властными субъектами в форме собирания доказательств, в действительности начинается не после того, как в уголовном деле появятся относимые к делу сведения (доказательства), а несколько раньше - в процессе формирования этих сведений. Исходя из этого установление властными субъектами судопроизводства обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, начинается еще в процессе формирования доказательств (как сведений), т.е. до завершения их формирования. Этот момент не нашел отражения в анализируемой норме, в силу чего ее содержание не точно отражает, а следовательно, и регулирует ту часть процесса доказывания, в ходе реализации которой формируются доказательства и осуществляется чувственное непосредственное и опосредствованное познание обстоятельств, подлежащих доказыванию.

Из нормативного определения доказательства без достаточных к тому оснований оказалась исключенной и его важная характеристика, связанная с тем, что сведения, образующие содержание

доказательства, должны не только иметь значение для уголовного дела, но и позволять его правильно разрешить. Данная характеристика содержалась в ст. 69 УПК РСФСР 1960 г.

Согласно действующей редакции ч. 1 ст. 74 УПК РФ пределы использования доказательств ограничены целью установления на их основе обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела. Такое положение не соответствует действительности. Установление с помощью доказательств обстоятельств дела не является конечной целью доказывания. Доказательства используются в процессе доказывания не только для установления обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, но и для его правильного разрешения по существу.

С учетом изложенного ч. 1 ст. 74 УПК РФ имеет смысл сформулировать в следующей редакции: "Доказательствами по уголовному делу являются любые сведения, при формировании и на основе которых суд, прокурор, следователь, дознаватель в порядке, определенном настоящим Кодексом, устанавливает в процессе доказывания наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения уголовного дела". Предложенная редакция позволяет более точно отразить в законе пределы фактического использования доказательств в процессе доказывания, что будет способствовать повышению его эффективности на практике.

Кроме этого, в начале ч. 2 данной статьи словосочетание "в качестве доказательств допускаются" предлагается заменить словами "эти сведения устанавливаются".

Для того чтобы исключить любую возможность использования в качестве доказательств результатов оперативно-розыскной деятельности, имеет смысл дополнить рассматриваемую статью ч. 3 в следующей редакции: "Результаты оперативно-розыскной деятельности недопустимо использовать в качестве доказательств".

§ 2. Соотношение результатов оперативно-розыскной деятельности и доказательств

Для правильного решения комплекса вопросов, связанных с использованием результатов ОРД в доказывании, необходимо их сопоставить с доказательствами. Это позволит выделить то общее и то особенное, что им присуще, и использовать это на практике.

Результаты ОРД представляют собой сведения о фактах и обстоятельствах, которые могут отвечать правовому требованию относимости, предъявляемому к содержанию доказательств в уголовном процессе. Действительно, результаты ОРД могут содержать сведения о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, и в силу этого быть относимыми.

Однако одного соответствия требованию относимости недостаточно для того, чтобы признать их доказательствами. Необходимо, чтобы они 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. Этому требованию результаты ОРД не отвечают и отвечать не могут. Они получаются из источников, установленных Законом об ОРД, а не УПК РФ. Способами их получения являются оперативно-розыскные мероприятия, а не следственные и судебные действия, предусмотренные уголовно-процессуальным законом.

Следует отметить, что в специальной литературе, как правило, не проводится сравнение результатов ОРД и доказательств в приведенном выше аспекте. Оно, например, отсутствует в одном из учебников для юридических вузов в разделе, который прямо называется "Соотношение оперативно-розыскной информации и доказательств в уголовном процессе" <1>. Вместе с тем данное сравнение является ключевым для уяснения роли, значения и допустимых пределов использования как результатов ОРД, так и судебных доказательств.

<1> Егоршин В.М., Зорин В.В. Соотношение оперативно-розыскной информации и доказательств в уголовном судопроизводстве // Основы оперативно-розыскной деятельности: Учебник для юридических вузов / Под ред. В.Б. Рушайло. 4-е изд., стер. СПб.: Лань, 2002. С. 644 - 652. Не сопоставляют результаты ОРД и доказательства и авторы другого учебника. См.: Оперативно-розыскная деятельность: Учебник / Под ред. К.К. Горянинова, В.С. Овчинского, А.Ю. Шумилова. М.: ИНФРА-М, 2002. С. 566 - 571.

Тем обстоятельством, что результаты ОРД не отвечают правовому требованию допустимости, предъявляемому уголовно-процессуальным законом к законности источника и способа собирания доказательств, объясняется принципиальная недопустимость использования оперативно-служебных документов, удостоверяющих факт проведения и результаты конкретных оперативно-розыскных мероприятий, в качестве доказательств вообще и в качестве такого самостоятельного вида доказательств, как иные документы, в частности.

Нельзя признать оправданным подход, согласно которому недопустимость использования оперативно-служебных документов, удостоверяющих факт проведения и результаты конкретных оперативно-розыскных мероприятий, в качестве доказательств расценивается как факт принижения их правового значения <1>. Напротив, именно подход, не допускающий отождествления результатов ОРД и судебных доказательств, позволяет правильно определить роль, значение и допустимые пределы использования как оперативно-служебных документов, так и результатов ОРД в принципе.

<1> См.: Егоршин В.М., Зорин В.В. Указ. соч. С. 650. Допускает возможность приобщения к уголовному делу результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве иных документов Л.Н. Масленникова (см.: Тест N 83 // Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: практикум / Отв. ред. П.А. Лупинская. М.: Юристъ, 2005. С. 58, 295).

В рамках данного подхода лежит и ответ на вопрос о том, зачем вообще необходимо издание обобщенного (автономного) оперативно-розыскного закона, устанавливающего виды, основания и условия проведения ОРМ, если указанные оперативно-служебные документы совершенно незначительны по той роли, которую они играют для уголовного судопроизводства <1>. Принятие обобщенного оперативно-розыскного закона необходимо для упорядочения и повышения эффективности прежде всего оперативно-розыскной деятельности. В нем должны быть установлены и допустимые пределы использования результатов данной деятельности.

<1> Данный вопрос ставят В.М. Егоршин и В.В. Зорин, обосновывая допустимость использования оперативно-служебных документов в качестве такого самостоятельного вида доказательств, как иные документы. См.: Егоршин В.М., Зорин В.В. Указ. соч. С. 650 - 651.

Что касается порядка, условий формирования и допустимых пределов использования доказательств, то они регулируются не оперативно-розыскным законодательством, а УПК РФ, согласно которому порядок уголовного судопроизводства на территории Российской Федерации устанавливается настоящим Кодексом, основанным на Конституции Российской Федерации (ч. 1 ст. 1). Именно этим обстоятельством объясняется та роль оперативно-служебных документов для уголовного судопроизводства, вопрос о которой задавали в своей работе В.М. Егоршин и В.В. Зорин <1>.

<1> См.: Там же.

Позиция авторов, допускающих возможность использования оперативно-служебных документов в качестве доказательств (иных документов) в уголовном судопроизводстве, ведет в конечном счете к смешению оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности, возможности подмены одним видом деятельности другого, что в принципе недопустимо <1>. Именно такая подмена допускается и в тех случаях, когда утверждается, что результаты соответствующего оперативно-розыскного мероприятия могут изменить свой статус и быть признаны доказательствами <2>. Результаты соответствующего оперативно-розыскного мероприятия ни при каких условиях не могут изменить свой статус (результатов ОРД) и быть признаны доказательствами. При формировании доказательств на основе результатов ОРД происходит не изменение правового статуса результатов ОРД, а получение новых данных - доказательств.

<1> На необходимость проведения четкой грани между процессуальной и непроцессуальной деятельностью обращалось внимание в пояснительной записке к Концепции судебной реформы в РСФСР. См.: Концепция судебной реформы в Российской Федерации / Сост. С.А. Пашин. М.: Республика, 1992. С. 22.

<2> См.: Егоршин В.М., Зорин В.В. Указ. соч. С. 647.

На это крайне важное обстоятельство не обращается внимания в теории и на практике при сравнении результатов ОРД и доказательств. А оно является ключевым для разграничения результатов ОРД и доказательств, правильного нормативного регулирования использования результатов ОРД в доказывании, эффективного решения на практике всего комплекса связанных с этой проблемой вопросов. То обстоятельство, что результаты ОРД могут отвечать требованию относимости, вовсе не означает, что они представляют собой те же сведения, которые образуют содержание доказательств в уголовном процессе <1>.

<1> Данное положение в теории уголовного процесса и оперативно-розыскной деятельности впервые было сформулировано автором в 1996 г. См.: Доля Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. М.: Спарк, 1996. С. 69 - 71 и след.

Например, сведения, полученные при проведении оперативно-розыскного мероприятия, в ходе которого агент скрытно наблюдал за отъездом киллера к месту совершения заказного убийства (об адресе дома, из которого вышел киллер, его внешности, верхней одежде, имевшихся при нем предметах, марке, номере и цвете автомобиля, в который он сел, и т.п.), зафиксированные в деле оперативного учета, не являются теми же сведениями, которые будут получены от него о тех же самых обстоятельствах, но уже в результате его допроса в качестве свидетеля по уголовному делу.

В приведенном примере сведения об указанных фактах и обстоятельствах, содержащиеся в деле оперативного учета, и сведения об этих же фактах и обстоятельствах, содержащихся в свидетельских показаниях, несмотря на то что их источником является один и тот же человек, - это различные сведения об одних и тех же обстоятельствах, значимых для уголовного дела. Они получены в разное время (одни - в рамках ОРД, другие - в рамках уголовного судопроизводства) из различных по своей правовой природе источников (агента и свидетеля) и разными способами (посредством проведения оперативно-розыскного мероприятия и путем допроса свидетеля). Они могут совпадать по содержанию, но это не основание для их отождествления и тем более подмены одних другими. Если бы это были одни и те же данные, то для их получения не применялись бы разные правовые формы - оперативно-розыскная и уголовно-процессуальная.

Представление о возможности использования в качестве доказательств фактических данных, выявленных при проведении оперативно-розыскных мероприятий, получило широкое распространение среди процессуалистов. Так, А.И. Трусов полагает возможным оперировать этими данными в уголовно-процессуальном доказывании исключительно в порядке и формах, предусмотренных законом для собирания и исследования доказательств <1>. При этом не учитывается, что при собирании и проверке доказательств имеет место оперирование не теми фактическими данными, которые получены в рамках оперативно-розыскных мероприятий, а иными данными - доказательствами, формируемыми в уголовном процессе при проведении соответствующих следственных и судебных действий.

<1> Трусов А. О допустимости и относимости доказательств. С. 15.

Допускает отождествление сведений, полученных в ходе оперативно-розыскных мероприятий, и сведений, образующих содержание доказательств, П.А. Лупинская, когда утверждает: "Сведения, предметы, полученные в ходе оперативно-розыскных мероприятий, должны пройти процессуальный путь получения этих сведений лицом, ведущим производство по делу. Лицо, располагающее этими сведениями, должно быть допрошено в качестве свидетеля..." <1>. Лицо, ставшее в рамках оперативно-розыскной деятельности носителем сведений о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, в дальнейшем в качестве свидетеля на допросе сообщает не эти же сведения (полученные в ходе оперативно-розыскных мероприятий), а иные сведения - сведения, сформированные в рамках его допроса в качестве свидетеля.

<1> См.: Лупинская П.А. Допустимые доказательства // Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. М.: Юристъ, 2003. С. 232.

По указанным соображениям нельзя согласиться и с позицией по данному вопросу, занимаемой Л.Т. Ульяновой. Фактически солидаризируясь с мнением П.А. Лупинской, она отмечает, что "сведения, получаемые при проведении оперативно-розыскных мероприятий, должны быть проверены и оформлены в порядке, установленном УПК РФ" <1>. В порядке, установленном УПК РФ, оформляются и проверяются не сведения, получаемые при проведении оперативно-розыскных мероприятий, а доказательства, т.е. другие сведения.

<1> См.: Ульянова Л.Т. Собирание доказательств // Уголовный процесс: Учебник для студентов юридических вузов и факультетов / Под ред. К.Ф. Гуценко. М.: ИКД "Зерцало М", 2004. С. 223. Г.Н. Ветрова считает, что проверка оперативных данных "возможна только в ходе процессуальной деятельности, т.е. в уголовно-процессуальных формах". Она полагает, что "это и будет собирание доказательств в процессуальной форме" (см.: Ветрова Г.Н. Уголовно-процессуальная форма и ее роль в решении задач уголовного судопроизводства: Материалы международной научно-практической конференции "Актуальные проблемы уголовного судопроизводства: вопросы теории, законодательства, практики применения" (к 5-летию УПК РФ). М., 2007. С. 27). Суждение о собирании доказательств в процессуальной форме в целом возражений не вызывает. Однако вывод о том, что проверка оперативных данных возможна только в процессуальной форме, представляется излишне категоричным.

Аналогичного рода ошибку допускают и авторы, полагающие, что "собранные оперативно-розыскным путем фактические данные сами по себе без их получения и подтверждения в уголовно-процессуальном порядке доказательствами не являются" <1>. При такой трактовке получается, что в доказывании используются фактические данные, полученные оперативно-розыскным путем, а уголовно-процессуальная форма служит лишь получению и подтверждению этих данных, что,

конечно же, не соответствует действительности.

<1> См.: Вагин О.А., Исиченко А.П., Шабанов Г.Х. Оперативно-розыскные мероприятия и использование их результатов: Учеб.-практ. пособие. М.: Издательский дом Шумиловой И.И., 2006. С. 104.

Отмеченное обстоятельство не учитывается и авторами получивших широкое распространение концепций как прямого использования результатов ОРД в качестве доказательств, так и легализации, трансформации, преобразования, уголовно-процессуальной интерпретации результатов ОРД в доказательства по уголовным делам или перехода оперативно-розыскной информации в уголовный процесс <1>.

<1> См., например: Вечерин Э. Гласно о негласном // Социалистическая законность. 1990. N 7. С. 50 - 51; Зажицкий В. Правовая регламентация оперативно-розыскных мер // Социалистическая законность. 1990. N 7. С. 49; Он же. Понятие использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам // Проблемы формирования уголовно-розыскного права (Актуальные вопросы обнаружения преступлений с помощью негласных возможностей) / Под ред. А.Ю. Шумилова. Вып. 3. М.: Издательский дом Шумиловой И.И., 2000. С. 66; Егоршин В.М., Зорин В.В. Указ. соч. С. 647 - 648; Дубоносов Е.С. Основы оперативно-розыскной деятельности: Курс лекций / Под ред. Г.К. Синилова. М.: ЮИ МВД РФ; Книжный мир, 2002. С. 139 - 140; Басков В.И. Оперативно-розыскная деятельность: Учеб.-метод. пособие. М.: БЕК, 1997. С. 11, 128 - 130; Поляков М.П., Попов А.П., Попов Н.М. Уголовно-процессуальное использование результатов оперативно-розыскной деятельности: проблемы теории и практики / Под общ. ред. В.Т. Томина. Пятигорск: Изд-во ПГЛУ, 1998. С. 50; Золотых В.В. Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе. Ростов-на-Дону: Феникс, 1999. С. 208 - 217; Михайловская И.Б. Процесс доказывания // Уголовный процесс: Учебник / Под ред. И.Л. Петрухина. М.: ПБОЮЛ Грачев С.М., 2001. С. 163; Зникин В.К. Оперативно-розыскная деятельность как система добывания и собирания уголовно-процессуальных доказательств: Учеб. пособие. Кемерово: Кемеровский госуниверситет, 2000. С. 47, 50; Громов Н.А., Пономаренко В.А., Гущин А.Н., Францифоров Ю.В. Доказательства, доказывание и использование результатов оперативно-розыскной деятельности: Учеб. пособие. М.: ПРИОР, 2001. С. 80, 153; Поляков М.П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности: Монография / Под науч. ред. В.Т. Томина. Нижний Новгород: Нижегородская правовая академия, 2001. С. 220; Макарова Т.А. Использование в ходе предварительного следствия материалов аудио- и видеозаписи: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ижевск, 2004. С. 7, 12 - 13; Гармаев Ю.П. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности при расследовании уголовных дел о взяточничестве: Практ. пособие. М.: Издательский дом Шумиловой И.И., 2005. С. 6 - 7, 37, 41, 54 - 55.

Отождествление сведений, составляющих содержание результатов ОРД, и сведений, образующих содержание доказательств, допускается и в судебной практике. Именно такое отождествление имеет место в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 31 октября 1995 г. N 8 "О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия", согласно которому результаты оперативно-розыскных мероприятий могут быть использованы в качестве доказательств лишь в том случае, когда они проверены следственными органами в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством <1>. Следует отметить, что отмеченное отождествление результатов оперативно-розыскной деятельности и доказательств в судебной практике приняло довольно значительное распространение <2>.

<1> Пункт 14 данного Постановления.

<2> См.: Законность. 1999. N 5. С. 56 - 57; Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2003. N 10. С. 18 - 19. На многочисленные случаи использования в качестве доказательств результатов бесед, опросов подозреваемых, обвиняемых, осуществленных без их ведома, в рамках проведенных оперативно-розыскных мероприятий обращал внимание Е.Д. Горевой. См.: Горевой Е.Д. Определение понятия "доказательство" в УПК РФ нуждается в уточнении // Материалы международной научно-практической конференции "Актуальные проблемы уголовного судопроизводства: вопросы теории, законодательства, практики применения" (к 5-летию УПК РФ). М., 2007. С. 216 - 217.

Схожую с Верховным Судом позицию в данном вопросе занимает и Конституционный Суд Российской Федерации. Так, в Определении Конституционного Суда РФ от 4 февраля 1999 г. "По жалобе граждан М.Б. Никольской и М.И. Сапронова на нарушение их конституционных прав отдельными положениями Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" отмечается, что результаты оперативно-розыскных мероприятий являются не доказательствами, а лишь сведениями об источниках тех фактов, которые, будучи полученными с соблюдением требований Федерального закона Российской Федерации "Об оперативно-розыскной деятельности", могут стать доказательствами только после закрепления их надлежащим процессуальным путем, а именно на основе соответствующих норм уголовно-процессуального закона, т.е. так, как это предписывается ст. 49 (ч. 1) и ст. 50 (ч. 2) Конституции Российской Федерации.

Не оставляют сомнений в том, что Конституционный Суд в данном случае исходит именно из возможности использования результатов ОРД в качестве доказательств (а следовательно, тождественности результатов ОРД и доказательств), следующие строки из указанного Определения: "Решение же в каждом отдельном случае вопроса о том, являются ли конкретные материалы, представленные оперативными службами (в том числе произведенные при проведении оперативно-розыскных мероприятий аудиозаписи), достоверными и допустимыми и могут ли они, с учетом требований уголовно-процессуального закона, использоваться в качестве доказательств, относится к ведению судов общей юрисдикции".

Положения теории доказательств, уголовно-процессуального закона, касающиеся относимости и допустимости доказательств как правовых требований, предъявляемых к их содержанию и форме, принципиально важны не только для уголовного судопроизводства, но и для практики оперативно-розыскной деятельности. Исходя из них оперативные работники должны иметь в виду, что результаты оперативно-розыскной деятельности могут быть использованы в процессе доказывания не напрямую и только при соблюдении следующих условий:

1) если они отражают обстоятельства и факты, имеющие значение для уголовного дела (ч. 1 ст. 73 УПК РФ);

2) если они представлены в уголовный процесс в установленном законом порядке;

3) если они используются в качестве основы для формирования судебных доказательств в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством, регламентирующим собирание доказательств. Сформированные на их основе доказательства должны быть получены из установленных в Законе источников и при производстве соответствующих следственных, судебных действий, являющихся единственными законными способами собирания доказательств в уголовном процессе <1>.

<1> Существует еще одно условие: если обеспечивается безопасность лиц, ведущих оперативно-розыскную деятельность, и лиц, содействующих органам, осуществляющим

оперативно-розыскную деятельность, в связи с использованием результатов оперативно-розыскной деятельности, полученных с их участием, для формирования доказательств. Об этом условии пойдет речь в третьей главе работы.

Высказанное и обоснованное автором работы положение о необходимости рассматривать результаты оперативно-розыскной деятельности лишь в качестве основы, на которой в уголовном процессе могут быть сформированы доказательства, было произвольно интерпретировано отдельными авторами.

Так, в рецензии А.М. Ларина утверждалось, что в рассуждениях Е.А. Доля о соотношении ОРД и доказывания значительное место занимает представление о результатах оперативно-розыскной деятельности как об "основе формирования доказательств" <1>. Однако в рецензируемой работе в целом и на ее страницах, ссылку на которые приводит А.М. Ларин, такого понимания результатов оперативно-розыскной деятельности не содержится. В действительности в работе речь идет о понимании результатов оперативно-розыскной деятельности лишь как основы для формирования доказательств в уголовном процессе.

<1> Ларин А.М. Рецензия на работу Е.А. Доля "Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности". М.: Спарк, 1996. С. 111 // Государство и право. 1997. N 7. С. 120 - 121.

Между представлением А.М. Ларина о результатах оперативно-розыскной деятельности как об "основе формирования доказательств", которое он изложил в рецензии, и их пониманием автором работы "как основы для формирования доказательств в уголовном процессе" существует не терминологическое, а принципиальное различие. В трактовке А.М. Ларина формирование доказательств как бы переносится в сферу оперативно-розыскной деятельности. Из нашего же понимания результатов ОРД как основы для формирования доказательств прямо вытекает, что указанные результаты следует рассматривать лишь в качестве основы для формирования доказательств именно в уголовном процессе. То есть формирование доказательств на основе результатов ОРД происходит в рамках уголовного судопроизводства, а не в сфере оперативно-розыскной деятельности, как ошибочно посчитал А.М. Ларин.

Изложенное подтверждает вывод о том, что в своей рецензии на указанную работу А.М. Ларин невольно исказил позицию автора по рассматриваемому вопросу и возражал именно против этого искаженного понимания использования результатов оперативно-розыскной деятельности.

Аналогичную ошибку допускает и П.А. Лупинская, солидаризируясь в данном вопросе с критикой в наш адрес. Оспаривая возможность формирования в уголовном процессе доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности <1>, она, как и А.М. Ларин, фактически возражает не против данной возможности, а против того, чтобы "расценивать оперативно-розыскную деятельность как "основу формирования доказательств" <2>.

<1> Лупинская П.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности // Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. М.: Юристъ, 2003. С. 238 - 239.

<2> Лупинская П.А. Указ. соч.

Еще раз подчеркнем: в действительности наша позиция состояла и состоит в том, что мы предлагаем рассматривать результаты оперативно-розыскной деятельности не как "основу формирования доказательств", а лишь в качестве основы для формирования доказательств в

уголовном процессе. Предлог "для" в указанном контексте несет существенную смысловую нагрузку, которую не учли наши оппоненты. Проведенный анализ дает основания для вывода о том, что уважаемые авторы фактически опровергали не позицию, обоснованную в упомянутой работе, а иную позицию, существенно отличающуюся от нашей позиции. По указанным соображениям мы не можем согласиться с их критикой в наш адрес.

Таким образом, независимо от формы отражения в результатах оперативно-розыскной деятельности обстоятельств и фактов, имеющих значение для уголовного дела (в сознании людей, на предметах, в документах), они сами по себе не являются доказательствами в уголовно-процессуальном смысле, а могут быть использованы лишь в качестве основы для их последующего собирания (формирования). Судебные доказательства формируются не в ходе оперативно-розыскной деятельности, а только при осуществлении уголовно-процессуальных действий, являющихся способами собирания доказательств.

Только отождествлением доказательств с результатами оперативно-розыскной деятельности можно объяснить решения вопроса об использовании указанных результатов в доказывании, содержащиеся в уголовно-процессуальных кодексах ряда стран, ранее входивших в состав СССР.

Так, указанное отождествление имеет место в рекомендательном законодательном акте - Модельном уголовно-процессуальном кодексе для государств - участников СНГ <1>. Данным актом предписывается рассматривать в качестве доказательств материалы, полученные оперативно-розыскным путем или с использованием услуг частного детектива, если они получены в соответствии с законодательством, регулирующим осуществление оперативно-розыскной и частной детективной деятельности (ч. 4 ст. 142). Такое решение ведет к смешению оперативно-розыскной и частной детективной деятельности с уголовным судопроизводством, что в принципе недопустимо.

<1> Принят на седьмом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств - участников Содружества Независимых Государств 17 февраля 1966 г.

Содержащаяся в рассматриваемой норме оговорка в части того, что указанные материалы допускаются в качестве доказательств, если допрошенный в установленном порядке свидетель подтвердит их подлинность и сообщит об их происхождении и обстоятельствах получения, не меняет существа дела. В данной ситуации речь может идти о формировании в уголовном процессе на основе результатов оперативно-розыскной и частной детективной деятельности свидетельских показаний. Содержание показаний при этом образует устное сообщение, полученное от свидетеля на допросе, о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, воспринятых свидетелем лично или со слов других лиц в рамках оперативно-розыскной или частной детективной деятельности. Получение в рамках допроса указанных показаний не придает доказательственного значения ни оперативным материалам, ни материалам, исходящим от частных детективов. Они формируются за пределами уголовного процесса, вне процессуальной формы, не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам.

Отождествление результатов оперативно-розыскной деятельности с доказательствами, аналогичное с тем, которое содержится в УПК РФ, имеет место и в УПК Республики Казахстан. Из содержащегося в нем решения по данному вопросу следует, что указанные результаты, полученные при соблюдении требований закона, могут использоваться в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального закона, регламентирующими собирание, исследование и оценку доказательств (ст. 130).

Подобным образом решается вопрос об использовании результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании и в УПК Республики Молдова. Согласно ч. 4 ст. 93 данного Кодекса "фактические данные, полученные оперативно-розыскным путем, могут быть допущены в качестве

доказательств лишь в случае, если они получены и проверены с помощью..." доказательств "в соответствии с уголовно-процессуальным законом, с соблюдением прав и свобод человека или с ограничением некоторых прав и свобод, санкционированным судебной инстанцией". Содержащаяся в приведенной норме оговорка в части того, что использование результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств допустимо лишь в случае их получения и проверки с помощью других доказательств, не меняет существа неправильного решения рассматриваемого вопроса, а лишь подчеркивает отождествление результатов оперативно-розыскной деятельности и судебных доказательств. При этом не учитывается, что в процессе доказывания проверяются и оцениваются не результаты оперативно-розыскной деятельности, а судебные доказательства. В этой части анализируемая норма вступила в противоречие с нормами УПК Республики Молдова, регулирующими доказывание, собирание и оценку доказательств (ст. ст. 99 - 101).

Прямое отождествление результатов оперативно-розыскной деятельности с доказательствами содержится и в УПК Украины. В соответствии с ним доказательства устанавливаются в том числе и протоколами с соответствующими приложениями, составленными уполномоченными органами по результатам оперативно-розыскных мероприятий (ч. 2 ст. 65).

Проведение различия между результатами оперативно-розыскной деятельности и судебными доказательствами имеет не только теоретическое, но и существенное прикладное значение. Прежде всего, оно создает необходимые предпосылки для более точного и четкого правового регулирования всего комплекса вопросов, связанных с формулированием требований, которым должны отвечать представляемые в уголовный процесс результаты оперативно-розыскной деятельности, порядком их представления органам расследования, прокурору или в суд, формированием на их основе доброкачественных доказательств.

Учет различий между названными правовыми категориями важен для оперативных работников. Он позволит им в ходе осуществления оперативно-розыскной деятельности (прежде всего при проведении оперативно-розыскных мероприятий) не упустить из поля зрения те факторы, которые могут иметь существенное значение в будущем при формировании доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности, их последующей проверке и оценке.

Знание и использование указанных различий актуально и для субъектов уголовно-процессуальной деятельности. В первую очередь это касается властных субъектов уголовного судопроизводства. Руководствуясь данными различиями, они исключат возможность оперирования сведениями, полученными при проведении оперативно-розыскных мероприятий, в процессе доказывания, будут последовательно проводить четкую грань между оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельностью, не допускать их смешения или подмены друг другом.

Не менее важен учет различий между результатами оперативно-розыскной деятельности и доказательствами и для стороны защиты. Руководствуясь ими, она получит дополнительный инструмент для исключения из процесса доказывания сведений, не отвечающих требованиям, предъявляемым к доказательствам.

§ 3. Собирание, проверка и оценка доказательств

Центральную часть, стержень уголовно-процессуальной деятельности образует доказывание <1>, представляющее собой частный случай применения теории познания в интересах установления истины по уголовным делам. Доказывание состоит из собирания (формирования), проверки и оценки доказательств, представляющих собой части единого органического целого.

<1> В связи с этим заслуживает внимания обоснованное Ю.Н. Хохловым положение о том, что

сущность уголовного процесса большей частью скрывается под покровом уголовно-процессуального доказывания. См.: Хохлов Ю.Н. О начале реализации уголовной ответственности (к вопросу о поиске правоотношения в оперативно-розыскной деятельности) // Проблемы формирования уголовно-розыскного права (актуальные вопросы правового регулирования оперативно-розыскной, контрразведывательной, частной сыскной, уголовно-процессуальной и уголовно-исполнительной деятельности) / Под общ. ред. А.Ю. Шумилова. Вып. 1. М.: Издатель Шумилова И.И., 1998. С. 67.

Именно в процессе доказывания при формировании доказательств, их проверки и оценки органами расследования, прокурором и судом с участием таких субъектов уголовного процесса, как обвиняемый (подозреваемый), защитник, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик и их законные представители, происходит установление истины по уголовному делу.

Среди ученых-процессуалистов до настоящего времени нет единства взглядов на проблему истины в уголовном судопроизводстве. Часть из них полагают, что установление истины является целью уголовного судопроизводства, которая вполне достижима при производстве по уголовным делам <1>. Другие исходят из того, что установление истины нельзя рассматривать в качестве цели уголовного судопроизводства, в связи с чем, по их мнению, законодатель оправданно не включил данную цель в УПК РФ <2>.

<1> Строгович М.С. Учение о материальной истине в уголовном процессе. М., 1947. С. 141 - 142, 152 - 163; Он же. Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. М., 1955. С. 11 - 12; Трусов А.И. Основы теории судебных доказательств. М., 1960; Дорохов В.Я. Содержание истины как цели доказывания // Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973. С. 113 - 139; Курылев С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии. Минск, 1969. С. 24 - 38; Мотовеловкер Я.О. Установление истины в советском уголовном процессе. Ярославль, 1974. С. 21 - 22; Фаткуллин Ф.Н. Общие проблемы процессуального доказывания. 2-е изд. Казань, 1976. С. 16 - 25; Элькинд П.С. Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве. Л., 1976; Строгович М.С., Алексеева Л.Б., Ларин А.М. Советский уголовно-процессуальный закон и проблемы его эффективности. М., 1979. С. 226; Алексеев Н.С., Даев В.Г., Кокорев Л.Д. Очерк развития науки советского уголовного процесса. Воронеж, 1980. С. 46; Басков В.И. Истина в уголовном судопроизводстве // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. 1995. N 3. С. 38; Петрова О.В. Объективная истина и гарантия ее установления в уголовном процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2000. С. 20; Мурадьян Э.М. Истина как проблема судебного права. М.: Былина, 2002. С. 90 - 92 и др.; Зинатуллин З.З., Зинатуллин Т.З. УПК РФ 2001 года и проблема надлежащего уголовно-процессуального регулирования // Материалы международной научно-практической конференции, посвященной принятию нового Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. М., 2002. С. 29 - 30; Куцова Э.Ф. Уголовный процесс России: истина и состязательность // Законодательство. 2002. N 9; Коврига З.Ф. Новый Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: вопросы теории и правоприменительной практики // Юридические записки. Вып. 16. Воронеж, 2003. С. 107; Петрухин И.Л. Истина, достоверность и вероятность в суде // Юридический мир. 2003. N 8. С. 17; Быков В.М., Печников Г.А. Об установлении истины в уголовном судопроизводстве // Журнал российского права. 2004. N 3; Тарасов А.А. Еще раз об истине в уголовном судопроизводстве // Новый УПК РФ в действии. М., 2004. С. 71 - 78; Рябцева Е.В. Судебная деятельность в уголовном процессе России. Ростов н/Д: Феникс, 2006. С. 156 - 158; Алексеев А.И., Овчинский В.С., Побегайло Э.Ф. Российская уголовная политика: преодоление кризиса. М.: Норма, 2006. С. 23 - 31.

<2> Мизулина Е.Б. Уголовный процесс: концепция самоограничения государства. Тарту, 1991; Пашин С.А. Проблемы доказательственного права // Судебная реформа: юридический профессионализм и проблемы юридического образования: Дискуссии. М., 1995. С. 312, 322, 325; Никитаев В.В. Проблемные ситуации уголовного процесса и юридического мышления //

Состязательное правосудие: труды научно-практических лабораторий. М., 1996. С. 16; Григорьева Н. Принципы уголовного судопроизводства и доказательства // Российская юстиция. 1995. N 8. С. 40; Золотых В.В. Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе. Ростов н/Д, 1999. С. 37; Александров А. О значении концепции объективной истины // Российская юстиция. 1999. N 1. С. 23; Подольный Н.А. Категория справедливости в УПК РФ - изменение системы ценностей в уголовном процессе России // Материалы международной научно-практической конференции "Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: год правоприменения и преподавания". М., 2004. С. 52; Овсянников В.В., Овсянников И.В. Истина перестала быть критерием, и это хорошо // Закон. 2004. N 4. С. 113; Барабаш А.С. Природа российского уголовного процесса, цели уголовно-процессуальной деятельности и их установление. СПб., 2005. С. 113 - 118. Ранее ставили под сомнение правильность признания установления истины в качестве цели уголовного судопроизводства, в частности: Тадевосян В.С. К вопросу об установлении материальной истины в советском уголовном процессе // Советское государство и право. 1948. N 6. С. 66; Голунский С.А. Вопросы судопроизводства и судоустройства в новом законодательстве Союза ССР. М., 1959. С. 122.

Автор настоящей работы в вопросе о содержании истины, устанавливаемой по уголовным делам, разделяет позицию процессуалистов, которые включают в нее достоверное познание фактов, их правильную квалификацию и правильное определение меры наказания <1>.

<1> См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. С. 139.

В период разработки УПК РФ высказывались неоднократные предложения исключить из задач, стоящих перед уголовным судопроизводством, задачу установления истины по уголовным делам. Например, по мнению М.М. Боброва, "в процессе судебного расследования не истина устанавливается. Это блеф" <1>. К сожалению, законодатель стал на позицию сторонников данной точки зрения и исключил даже упоминание об истине из текста УПК РФ <2>.

<1> См.: Проблемы реформирования уголовно-процессуального законодательства в проектах УПК РФ. М., 1995. С. 48.

<2> Не были приняты во внимание мнения известных процессуалистов, в частности суждение Н.Н. Полянского, который, исследуя проблемы судебного права, называл начало объективной истины высшим началом уголовного процесса, определяющим его структуру. См.: Полянский Н.Н. Вопросы теории советского уголовного процесса. М.: Издательство Московского университета, 1956. С. 139.

Отсутствие в УПК РФ истины как цели доказывания, его противоречивость, несоответствие многих его положений реалиям жизни в значительной мере объясняются недостатками порядка его разработки и обсуждения на завершающем этапе подготовки. В связи с эти показательно высказывание В.С. Овчинского на одном из заседаний Комиссии Государственной Думы по противодействию коррупции: "По поводу УПК РФ я как бы причастен к обсуждению... Могу сказать на сто процентов: Генеральная прокуратура, МВД России, Таможенный комитет, Институт государства и права, НИИ МВД России, Академия управления МВД России - все дали категорические отрицательные отзывы на проект УПК РФ. Последний вариант проекта УПК РФ, который был подготовлен группой Козака вместе с Мизулиной и проф. Вициным, - этот проект УПК РФ держался в секрете, его даже не выдали экспертам, потом сразу вынесли на первое, второе, третье голосование и не учли никакие замечания ни одного из ведомств, ни одного из научных центров. Нет в России ни одного ученого, кроме этой узкой группы лиц, причастных к разработке УПК РФ, который бы этот УПК РФ поддерживал" <1>.

<1> См.: Стенограмма заседания Комиссии Государственной Думы по противодействию коррупции. 2004. 8 июля. С. 35 - 36 // Известия. 2003. 23 мая; см. также: Литературная газета. 2002. 6 марта.

Не вдаваясь в детальный анализ данной проблемы, поскольку она требует самостоятельного и отдельного исследования, отметим, что при этом было проигнорировано то важное обстоятельство, что противники установления истины в уголовном судопроизводстве, как правило, не анализировали и не опровергали доводов своих оппонентов <1>, а ограничивались лишь общими рассуждениями о невозможности ее установления.

<1> В теории наиболее полный и развернутый анализ характера и содержания истины, устанавливаемой в уголовном процессе, дан В.Я. Дороховым в изданной в 1966 г. и переизданной в 1973 г. "Теории доказательств в советском уголовном процессе" (см. его параграф в данных работах "Содержание истины как цели доказывания"). Из работ последних лет, в которых последовательно отстаивается идея необходимости рассмотрения истины как цели уголовного судопроизводства, следует отметить книгу Э.М. Мурадьяна (см.: Мурадьян Э.М. Истина как проблема судебного права. М.: Былина, 2002). Достаточно аргументированной в пользу необходимости закрепления в уголовно-процессуальном законодательстве истины как цели судопроизводства представляется статья Э.Ф. Куцова. С этой позиции автор обоснованно критикует действующий УПК РФ (см.: Куцова Э.Ф. Уголовный процесс России: истина и состязательность // Законодательство. 2002. N 9).

С учетом отмеченного вряд ли можно признать обоснованным упрек, обращенный к сторонникам рассмотрения истины как цели уголовного судопроизводства, в части того, что они не приводят "убедительной аргументации по вопросам о том, может ли в условиях состязательного процесса, где бремя доказывания вины лица возложено на обвинителя, а неустранимые сомнения толкуются в пользу обвиняемого, где существуют строгие правила признания не имеющими силы доказательств, полученных с нарушением закона, быть признан законным, обоснованным и справедливым приговор только тогда, когда обстоятельства дела установлены в соответствии с тем, что имело место в действительности. Каков критерий проверки истинности приговора?" <1>.

<1> См.: Лупинская П.А. Заключительное слово на международной научно-практической конференции, посвященной 5-летию принятия УПК РФ // Материалы международной научно-практической конференции "Актуальные проблемы уголовного судопроизводства: вопросы теории, законодательства, практики применения" (к 5-летию УПК РФ). М., 2007. С. 616.

Соблюдая логику и последовательность, противникам истины в уголовном судопроизводстве следовало вначале показать несостоятельность идеи истины как цели уголовного судопроизводства в условиях состязательного процесса, опровергнув аргументы, изложенные и опубликованные в соответствующих работах сторонников истины. Исходя из принципа научности они должны были аргументировать свою точку зрения, а не ограничиваться голым отрицанием позиции оппонентов. При этом в период, предшествующий принятию УПК РФ, им следовало также сначала обосновать невозможность использования практики в качестве критерия истины, устанавливаемой в уголовном процессе, и только после этого настаивать на исключении упоминания об истине как цели судопроизводства из УПК РФ, а не возлагать обоснование выдвинутых ими тезисов на своих оппонентов, как это делает уважаемая П.А. Лупинская.

Кроме аргументов, приводимых сторонниками истины в пользу необходимости ее установления в уголовном судопроизводстве, следует рассматривать и позицию Конституционного

Суда Российской Федерации, выраженную в его Постановлении от 16 мая 2007 г. N 6-П. В соответствии с ней "судебное решение, если существенно значимые обстоятельства события, являющегося предметом исследования по уголовному делу, отражены в нем неверно, не может рассматриваться как справедливый акт правосудия и должно быть исправлено независимо от того, что послужило причиной его неправосудности - неправомерные действия судьи, судебная ошибка или иные обстоятельства, объективно влияющие на законность, обоснованность и справедливость судебного акта" <1>.

<1> См.: пункт 3 Постановления Конституционного Суда Российской Федерации по делу о проверке конституционности положений ст. ст. 237, 413 и 418 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом президиума Курганского областного суда от 16 мая 2007 г. N 6-П // Российская газета. 2007. 2 июня.

Данное решение Конституционного Суда Российской Федерации содержит ответ и на первую часть поставленного выше вопроса - "может ли... быть признан законным, обоснованным и справедливым приговор только тогда, когда обстоятельства дела установлены в соответствии с тем, что имело место в действительности". Как следует из содержания приведенного Постановления, Конституционный Суд Российской Федерации однозначно и прямо связывает законность, обоснованность и справедливость судебного акта (приговора) с правильным ("верным") установлением обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу, а следовательно, и с необходимостью установления истины.

Что же касается второй части вопроса о критерии истинности приговора, то обоснованный и однозначный ответ на него сторонниками истины как цели уголовного судопроизводства в теории давно дан. В соответствии с ним критерием истины в уголовном судопроизводстве, как и во всех остальных областях человеческой деятельности, выступает общественно-историческая практика. Предпринимавшиеся их оппонентами попытки обосновать необходимость отказа от истины как цели уголовного судопроизводства, рассматривать в качестве критерия истины в уголовном судопроизводстве внутреннее убеждение судьи являются непоследовательными, внутренне противоречивыми и в силу этого неубедительными.

Как к явному преувеличению следует отнестись к суждению, согласно которому прежний УПК РСФСР ставил задачу непременно установить истину по каждому уголовному делу любыми средствами и прежде всего ориентироваться на признание обвиняемым или подозреваемым своей вины <1>.

<1> См.: Лупинская П.А. Доказательства и доказывание в новом уголовном процессе // Российская юстиция. 2002. N 7.

Не идеализируя прежний УПК, ради объективности следует отметить, что приведенное суждение противоречит содержанию целого ряда норм УПК РСФСР, которые устанавливали следующее: уголовное судопроизводство должно способствовать охране прав и свобод граждан (ч. 2 ст. 2); недопустимость привлечения в качестве обвиняемого иначе как на основаниях и в порядке, установленных законом (ст. 4); неприкосновенность личности, жилища, охрану личной жизни и тайну переписки (ст. ст. 11, 12); осуществление правосудия на началах равенства граждан перед законом и судом (ст. 14); обеспечение подозреваемому и обвиняемому права на защиту (ст. 19); запрет перелагать обязанность доказывания на обвиняемого, домогаться показаний обвиняемого и других участвующих в деле лиц путем насилия, угроз и иных незаконных мер (ст. 20); участие защитника в судопроизводстве (ст. 47); обязанность органа дознания, следователя, прокурора и суда разъяснять участвующим в деле лицам их права и обеспечить возможность осуществления этих прав (ст. 58); право, а не обязанность подозреваемого, обвиняемого давать показания (ст. 76,

ч. 1 ст. 77); требование о возможности положить признание обвиняемым своей вины в основу обвинения лишь при подтверждении признания совокупностью имеющихся доказательств по делу (ч. 2 ст. 77); недопустимость основания обвинительного приговора на предположениях и возможность постановления его лишь при условии, если в ходе судебного разбирательства виновность подсудимого в совершении преступления доказана (ч. 2 ст. 309); недопустимость включения в оправдательный приговор формулировок, ставящих под сомнение невиновность оправданного (ч. 3 ст. 314).

О том, что УПК РСФСР не ставил задачу ориентироваться в доказывании прежде всего на признание обвиняемым или подозреваемым своей вины, прямо указывает и закрепленное в ч. 2 ст. 71 УПК РСФСР положение, согласно которому никакие доказательства для суда, прокурора, следователя и лица, производящего дознание, не имеют заранее установленной силы.

Субъектами доказывания являются дознаватель, следователь, прокурор, суд. Они устанавливают наличие или отсутствие оснований для производства следственных и судебных действий, принимают решение об их производстве. На них лежит обязанность формировать, проверять и оценивать доказательства, принимать промежуточные и итоговые решения с целью установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу <1>. Невластные субъекты уголовного судопроизводства со стороны обвинения и защиты не осуществляют доказывания, но принимают в нем активное участие. Закон наделил их необходимыми правами и предусмотрел соответствующие уголовно-процессуальные формы, которые позволяют им оказывать существенное влияние на ход, содержание и результаты процесса доказывания.

<1> В этой связи представляется излишне категоричным суждение, согласно которому "установление обстоятельств, подлежащих доказыванию, закон понимает как процесс, а не как результат" (см.: Михайловская И.Б. Настольная книга судьи по доказыванию. С. 101). Не вдаваясь в детальную аргументацию, отметим, что установление обстоятельств, подлежащих доказыванию, это и процесс, и результат, взятый вместе с предшествующим процессом. Именно такое понимание вытекает из теории познания и действующего закона.

Указанные субъекты уголовного судопроизводства участвуют в доказывании посредством заявления ходатайств, участия в производстве следственных и судебных действий, судебных прениях, обжалования процессуальных действий и решений, связанных с доказыванием. Суд, прокурор, следователь, дознаватель обязаны разъяснять данным субъектам их права (в том числе и связанные с участием в доказывании. - Е.Д.) и обеспечивать возможность их осуществления (ч. 1 ст. 11 УПК РФ).

Мы не можем согласиться с оценкой нашей позиции по данному вопросу как ошибочной <1>. Отсутствие в ст. ст. 87 и 88 УПК РФ указания на участников уголовного судопроизводства со стороны обвинения и защиты объясняется законодательной техникой, а не тем, что данные субъекты не участвуют в проверке и оценке доказательств. Приведенные нормы следует рассматривать и толковать не изолированно, а в системной связи с другими нормами УПК РФ, регулирующими, например, права данных групп участников, позволяющими им участвовать не только в собирании, но и в проверке и оценке доказательств на предварительном расследовании и в суде.

<1> См.: Громов Н.А., Гущин А.Н., Луговец Н.В., Лямин М.В. Доказательства, доказывание и использование результатов оперативно-розыскной деятельности: Учеб. пособие. М.: Приор-издат, 2005. С. 112.

Собирание доказательств. Под собиранием доказательств в теории и практике уголовного судопроизводства принято понимать их поиск (розыск), обнаружение и получение (извлечение)

содержащейся в них информации органом расследования и судом <1>. Аналогично определяется собирание доказательств подавляющим большинством процессуалистов. Так, в фундаментальном труде "Теория доказательств в советском уголовном процессе" предназначение способов собирания и проверки доказательств усматривается в поиске, обнаружении, получении, закреплении, исследовании фактических данных <2>. Подобным образом трактуется собирание доказательств и в других работах <3>. Представление о том, что собирание доказательств состоит из их обнаружения, истребования, получения и закрепления, получило широкое распространение и в учебной литературе <4>.

<1> См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. С. 300; Курс советского уголовного процесса: Общая часть. М.: Юридическая литература, 1989. С. 612 - 613.

<2> См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. М.: Юридическая литература, 1973. С. 367.

<3> Так, например, М.С. Строгович рассматривал собирание доказательств как два следующих этапа: 1) их обнаружение; 2) рассмотрение и процессуальное закрепление доказательств. При этом он отмечал: "Чтобы установить тот или иной факт, необходимо прежде всего обнаружить соответствующее доказательство, например найти лицо, которое знает что-либо об этом факте и может быть допрошено в качестве свидетеля... Обнаруженное по делу доказательство должно быть воспринято следователем, расследующим дело, и судом, разбирающим дело, в установленном процессуальным законом порядке. Так, свидетель должен быть допрошен, его показания должны быть выслушаны следователем и судом..." (см.: Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т. 1. М.: Наука, 1968. С. 302).

<4> См.: Громов Н.А. Уголовный процесс России: Учеб. пособие. М.: Юристъ, 1998. С. 151; Уголовный процесс: Учебник для студентов юридических вузов и факультетов / Под ред. К.Ф. Гуценко. Изд. 5-е, перераб. и доп. М.: ИКД "Зерцало-М", 2004. С. 221; Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. М.: Юристъ, 2004. С. 251.

Необходимо отметить, что рассматриваемую часть процесса доказывания, которая в настоящее время в теории, законодательстве и на практике терминологически определяется как "собирание доказательств", точнее и правильнее называть "формирование доказательств". Словосочетание "собирание доказательств" не выражает и даже искажает существо деятельности, которую оно обозначает, этимологически предполагая наличие доказательств в готовом виде. Если исходить из такой посылки, то доказательства действительно остается просто собрать. Однако анализ реального процесса доказывания опровергает такую трактовку.

Термин "собирание доказательств" не соответствует ни онтологическим, ни гносеологическим, ни правовым основам доказывания.

Как уже отмечалось с точки зрения бытия, собрать можно то, что уже существует в действительности, - грибы, ягоды. Из готовых деталей можно собрать машину и т.п. Но невозможно собрать несуществующие грибы, ягоды, из неизготовленных деталей - машину.

Сам по себе факт совершения преступления ни в природе, ни в обществе доказательств (как сведений о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, полученных в установленном УПК РФ порядке) не порождает. Преступление отражается в субъективной (сознание людей) и объективной (в частности, на предметах) реальности, но это не доказательства, не сведения об обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, полученные из установленных в законе источников и в установленном им порядке (ст. 74 УПК РФ). Необходима целенаправленная предметно-практическая уголовно-процессуальная деятельность, позволяющая властным субъектам в рамках производства следственных и судебных действий осуществить

чувственное познание обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, в ходе которого и происходит формирование доказательств (сведений), отражающих эту часть действительности.

Именно по мере реализации этой деятельности возникают - говоря точнее, формируются - доказательства как сведения о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела. Минуя данную деятельность, невозможно обеспечить чувственное познание значимых для уголовного дела обстоятельств, вне которого невозможно не только формирование (появление) доказательств в уголовном судопроизводстве, но и создание предпосылок для осуществления дальнейшего процесса доказывания - проверки и оценки доказательств. Таким образом, сама действительность свидетельствует об отсутствии существования в ней доказательств в готовом виде. С учетом этого собрать доказательства невозможно.

Термин "собирание доказательств" находится в противоречии и с гносеологической стороной (основой) процесса доказывания. Он не выражает, затеняет, даже искажает ее. Называть собиранием доказательств часть доказывания, соответствующую чувственному познанию, значит не учитывать сути происходящего при этом сложного познавательного процесса, отвлекать внимание правоприменителей от существенного, определяющего в нем. Рассматриваемый термин не отражает возникновения и развития при производстве следственных и судебных действий знаний о преступлении, не позволяет понять, каким образом появляются доказательства - сведения о значимых для уголовного дела обстоятельствах. Его использование оставляет в тени особенности происходящего при возникновении доказательств чувственного познания, знание и учет которых позволяет законодателю сформулировать надлежащую правовую форму, реализация которой на практике ведет к формированию доброкачественных доказательств, соблюдению прав и законных интересов участников уголовного судопроизводства.

Существо всех следственных и судебных действий, под которыми в настоящее время понимается собирание доказательств, заключается в происходящем при этом чувственном непосредственном и опосредствованном познании следователем (судьями) фактов и обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела. Оно начинается буквально с первого момента применения властными субъектами установленной законом для данных действий уголовно-процессуальной формы.

В случаях, когда значимые для дела обстоятельства доступны чувственному непосредственному познанию в условиях производства соответствующих следственных и судебных действий, оно протекает по схеме, которая упрощенно может быть представлена в следующем виде: структурирование властным субъектом своего сознания и сознания участников следственного (судебного) действия на выделение в условиях его производства значимых для уголовного дела обстоятельств - восприятие властными субъектами (в досудебном производстве и понятыми) указанных обстоятельств и формирование в их сознании (через их ощущение, восприятия и представления) чувственных образов данных обстоятельств - отражение сведений о них в соответствующем протоколе.

При производстве следственных (судебных) действий, основу которых образует чувственное опосредствованное познание имеющих для дела обстоятельств, формирование доказательств осуществляется несколько по иной схеме. Огрубленно ее применительно, например, к допросу можно представить так: структурирование сознания допрашиваемого на актуализацию у него образов, тех значимых для дела обстоятельств, которые он воспринимал ранее непосредственно сам (либо со слов других лиц), - воспоминание допрашиваемым данных обстоятельств, их образов - устное сообщение допрашиваемым сведений о данных обстоятельствах - формирование в сознании допрашивающего на основе воспринятого устного сообщения мысленных образов данных обстоятельств - отражение сведений о них в протоколе.

Таким образом, до осуществления чувственного непосредственного и опосредствованного познания, реализуемого при производстве соответствующих следственных и судебных действий, доказательств ни в природе, ни в обществе не существует. Они продукт, результат этого познания,

осуществленного в рамках данных действий.

Термин "собирание доказательств" не согласуется и с правовой стороной доказывания. Он не охватывает и не выражает многообразия урегулированных законом условий и порядка, в которых осуществляются рассматриваемые действия, соблюдение которых только и обеспечивает появление доказательств (сведений) в уголовном процессе. Содержащийся в данном термине смысл ориентирует правоприменителя на собирание как бы уже существующих сведений, отвлекает его внимание от указанных условий и порядка, затрудняет понимание обусловленности ими относимости, допустимости и доброкачественности формируемых доказательств. Тем самым затеняется роль уголовно-процессуальной формы, в рамках которой только и может происходить формирование доказательств, отвечающих требованиям закона. Употребление данного термина создает предпосылки для использования на практике в качестве доказательств сведений, полученных за пределами предназначенной для этого уголовно-процессуальной формы.

Итак, то, что принято называть собиранием доказательств, если исходить из буквальной трактовки данного термина, ни в природе, ни в социальной действительности просто не существует. Поэтому термин "собирание доказательств" не имеет ни онтологического, ни гносеологического, ни правового обоснования. Он даже в самой общей форме не отражает анализируемой части действительности (доказывания), существо которой образует чувственное познание значимых для дела фактов, протекающее в рамках установленной законом уголовно-процессуальной формы.

Приверженцы взгляда на анализируемую часть процесса доказывания как на собирание доказательств прямо или косвенно, но фактически исходят из существования доказательств в готовом виде и поэтому отрицают возможность их формирования.

Например, В.И. Зажицкий аргументирует свою позицию тем, что "при производстве следственных действий сведения никто не может порождать или создавать. Они существуют объективно, как результат взаимодействия преступления и связанных с ним обстоятельств с материальным миром" <1>.

<1> См.: Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. СПб.: Юридический центр Пресс, 2006. С. 351; Он же. Понятие использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам // Проблемы формирования уголовно-розыскного права (Актуальные вопросы обнаружения преступлений с помощью негласных возможностей) / Под ред. А.Ю. Шумилова. Вып. 3. М.: Издательский дом И.И. Шумиловой, 2000. С. 62. Рассматриваемая позиции В.И. Зажицкого обусловлена фактическим отказом ее автора от учета значения и роли чувственного познания в доказывании.

Приведенная аргументация в методологическом отношении несостоятельна и поэтому неубедительна. Она строится на ложной посылке объективного существования сведений, которые "никто не может порождать или создавать". В действительности результатом "взаимодействия преступления и связанных с ним обстоятельств с материальным миром" являются не сведения, а следы преступления. Поэтому именно они, а не сведения о них объективно существуют как результат взаимодействия преступления с материальным миром. Исходить из объективного существования сведений - значит приписывать действительности свойства, которыми она не обладает, а следовательно, и обрекать себя на неизбежные ошибки в последующих умозаключениях об этой действительности, ее законодательном регулировании и практических действиях по оперированию с ней.

Анализируемая позиция объективного существования сведений как результата "взаимодействия преступления и связанных с ним обстоятельств с материальным миром" вызывает возражения еще и в связи с тем, что она не отражает всей полноты взаимодействия преступления

с окружающим миром. Она оставляет за пределами "взаимодействия" преступления с окружающим миром идеальный мир (сознание людей). Преступление "взаимодействует" <1> не только с материальным, но и миром идеальным, отражаясь и в сознании людей (будущих потерпевших, свидетелей, обвиняемых).

<1> Применительно к описанию рассматриваемого процесса употребление В.И. Зажицким понятия "взаимодействие" некорректно. Взаимодействие предполагает не только воздействие преступления на окружающую действительность, но и обратный процесс. Точнее в данном случае использовать понятие "отражение".

Объективное существование сведений автор объясняет результатом "взаимодействия преступления и связанных с ним обстоятельств с материальным миром". Это объяснение противоречит реальному положению. В результате отражения преступления в окружающей действительности, как уже отмечалось, возникают не сведения (не доказательства), а следы преступления. Предполагая объективное существование сведений, автор вольно или невольно допускает отождествление сведений со следами преступления. Он прямо пишет об этом, когда утверждает, что "в ходе следственных действий никакие сведения (следы преступления) никем не создаются и не формируются, а с помощью соответствующих процессуальных правил и способов обнаруживаются, извлекаются из материальных носителей и фиксируются в материалах уголовного дела" <1>.

<1> Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. С. 352 - 353.

Рассматриваемая позиция выражает механистическое представление об анализируемой части доказывания. В соответствии с ним уже существующие "сведения (следы преступления)" обнаруживаются, извлекаются из материальных носителей и фиксируются в материалах уголовного дела. При этом упускается главное, свойственное данной части доказывания, - процесс появления доказательств, не объясняется происхождение сведений, образующих их содержание, остается без ответа вопрос: как следы преступления в процессе их чувственного восприятия "превращаются" в сведения о них (в доказательства)? В конечном счете это ведет к искажению смысла и назначения уголовно-процессуальной формы. Ее существо сводится лишь к процессуальным правилам и способам обнаружения, извлечения из материальных носителей уже готовых "сведений (следов преступления)" и их фиксации в материалах уголовного дела, что не соответствует действительности.

Обнаружить, извлечь можно только то, что уже существует. Невозможно ни обнаружить, ни извлечь того, чего в действительности еще нет. Прежде чем доброкачественные сведения, образующие, например, содержание показаний, будут в ходе допроса "обнаружены" следователем, они должны быть сформированы. Именно это обеспечивается при реализации следователем установленной законом процедуры - условий и порядка совершения действий, предшествующих появлению в ходе допроса, исходящих от допрашиваемого относимых к делу сведений.

Аналогичная ситуация имеет место и при "обнаружении, извлечении из материальных носителей" в ходе следственных действий "следов преступления", их фиксации в материалах дела. Уже само "обнаружение, извлечение из материальных носителей следов преступления" не может происходить вне их чувственного познания, которое протекает в рамках установленной законом процедуры осмотра. Именно в ходе этого чувственного познания происходит формирование в сознании следователя и понятых образа воспринятых следов преступления, завершающееся изложением сведений о них в протоколе осмотра.

Таким образом, доброкачественность доказательств зависит в основном от того, насколько при их формировании учитываются требования уголовно-процессуальной формы, обусловленные особенностями происходящего при этом чувственного познания обстоятельств и фактов, имеющих значение для уголовного дела, которое предшествует появлению доказательств и "продуктом" которого они в действительности являются. Естественно, что на качество формируемых доказательств в определенной мере оказывает влияние и соблюдение требований процессуальной формы в части фиксации относимых к делу сведений в соответствующем протоколе.

Представление о том, что "сведения (следы преступления)" с помощью "процессуальных правил и способов обнаруживаются, извлекаются из материальных носителей", упускает главное в возникновении доказательств - идею движения, развития познания от незнания к знанию. За пределами указанного представления оказывается сложный процесс формирования сведений - доказательств. Оно создает предпосылки к отождествлению не только сведений с фактами, которые они отражают, но и сведений со следами преступления.

Если бы сведения существовали объективно, то рассматриваемая часть доказывания действительно сводилась бы к собиранию доказательств - их простому "обнаружению, извлечению", копированию в рамках соответствующих следственных и судебных действий <1>. Отпала бы и необходимость в установлении и соблюдении при производстве указанных действий сложных процедур, предшествующих "обнаружению, извлечению" сведений (следов).

<1> Представление об объективном существовании сведений согласуется и с выводом В.И. Зажицкого о том, что "содержанием соответствующих доказательств становятся сведения, выявленные оперативно-розыскным путем, т.е. результаты оперативно-розыскной деятельности" (см.: Зажицкий В.И. Новые нормы доказательственного права и практика их применения // Российская юстиция. 2003. N 7; Он же. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. С. 353 - 357). Исходя из этого автор утверждает, что результаты оперативно-розыскной деятельности правомерно использовать в качестве содержания показаний свидетеля, в качестве содержания вещественных доказательств (см.: Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. С. 364 - 365, 377). Не вдаваясь в детальный анализ этого утверждения (он будет осуществлен при рассмотрении формирования указанных видов доказательств), отметим, что оно вступает в противоречие с самой природой всей уголовно-процессуальной деятельности, которая имеет свое содержание и свою форму. Содержание показаний свидетеля, вещественных доказательств, равно как и других видов доказательств, формируется и выражается через присущую им уголовно-процессуальную форму, а не посредством оперативно-розыскной формы, в рамках которой формируются результаты оперативно-розыскной деятельности. Уголовно-процессуальная деятельность, равно как и оперативно-розыскная деятельность, имеет свое содержание и свою форму.

Анализируемое утверждение не учитывает и того значения, которое в теории, законодательстве и на практике совершенно обоснованно придается процессуальной форме (условиям и порядку) производства следственных и судебных действий. Она выступает одной из важнейших гарантий формирования доброкачественных доказательств, соблюдения прав и законных интересов участников уголовного судопроизводства, надлежащего решения его задач <1>. Но этим значение процессуальной формы не исчерпывается. В полной мере оно не может быть раскрыто без учета ее методологической роли. Она заключается в том, что рассматриваемая форма играет роль метода познания и одновременного преобразования той части действительности, в которой отразилось преступление (на которую оно воздействовало) и которая в ходе формирования и использования доказательств познается в процессе доказывания. Именно методологической функциональностью уголовно-процессуальной формы и обусловлены ее свойства, связанные с упомянутыми выше процессуальными гарантиями.

<1> В связи с этим представляется глубоко ошибочным представление, согласно которому "процедура получения фактических данных или сведений о фактах по смыслу закона не влияет на допустимость доказательств". См.: Вагин О.А., Исиченко А.П., Шабанов Г.Х. Оперативно-розыскные мероприятия и использование их результатов. М., 2006. С. 109.

Таким образом, в рамках уголовно-процессуальной формы начинается и заканчивается формирование относимых к уголовному делу и допустимых сведений (доказательств) - сведений, которые, вопреки мнению В.И. Зажицкого, появляются именно в результате проведения данных действий, а не существуют "объективно". Ведущая роль в этом процессе принадлежит властным субъектам уголовного судопроизводства.

По приведенным выше соображениям нельзя признать правильной по данному вопросу и позицию, занимаемую П.А. Лупинской. Она полагает, что "все сведения, собранные защитником, могут стать доказательствами после того, как они будут представлены лицам, ведущим судопроизводство, признаны ими имеющими значение по делу и приобретут необходимую процессуальную форму, а именно: лицо, опрошенное защитником, должно быть допрошено по правилам допроса свидетеля, потерпевшего, документы, предметы приобщены к делу соответствующим постановлением (определением)" <1>.

<1> См.: Лупинская П.А. Собирание доказательств // Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. М.: Юристъ, 2004. С. 254. Приведенная точка зрения П.А. Лупинской представляет собой дальнейшее развитие ее взгляда, согласно которому УПК РФ не исключает право субъектов процесса на стороне защиты собирать доказательства путем опроса защитником лиц с их согласия. Результаты опроса могут представляться властным субъектам с ходатайством о вызове для допроса лица, ранее опрошенного защитником. См.: Лупинская П.А. Доказательства и доказывание в новом уголовном процессе // Российская юстиция. 2002. N 7. С. 7.

Данная позиция, получившая в последние годы широкое распространение среди юристов <1>, обусловлена принижением значения уголовно-процессуальной формы, фактическим отрицанием того, что именно в данной форме происходит собирание (формирование) доказательств как относимых к делу сведений. Между тем форма всегда содержательна. Именно в рамках уголовно-процессуальной формы происходит формирование содержания доказательств. Только соблюдение предусмотренной законом формы (условий и порядка производства следственных и судебных действий) позволяет при этом получить искомое содержание (относимые к уголовному делу и допустимые сведения).

<1> См.: Громов Н.А., Францифоров Ю.В., Макаров Л.В. Сущность уголовно-процессуального доказывания // Следователь. 2001. N 1. С. 13; Макаров Л.В. Уголовная политика и совершенствование института защиты в уголовном процессе России // Конституционные основы организации и функционирования институтов публичной власти в Российской Федерации: Материалы Всероссийской научно-практической конференции (20 - 21 апреля 2000 г.). Екатеринбург, 2001. С. 54; Леви А.А., Игнатьева М.В., Капица Е.И. Особенности предварительного расследования преступлений, осуществляемого с участием адвоката. М.: Юрлитинформ, 2003. С. 35 - 37; Кореневский Ю.В., Падва Г.П. Участие защитника в доказывании по новому уголовно-процессуальному законодательству: Практ. пособие. М.: Юристъ, 2004. С. 76; Ульянова Л.Т. Собирание доказательств // Уголовный процесс: Учебник для студентов юридических вузов и факультетов / Под ред. К.Ф. Гуценко. Изд. 5-е, перераб. и доп. М.: ИКД "Зерцало-М", 2004. С. 222 - 223; Громов Н.А., Курушин С.А. Гарантии права на защиту обвиняемого в досудебных стадиях по

УПК РФ: Учеб.-практ. пособие. М.: Издательский дом И.И. Шумиловой, 2005. С. 61, 90; Михайловская И.Б. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе. М.: ТК Велби, Изд-во "Проспект", 2006. С. 140; и др.

Соглашаясь с некоторой условностью самого термина "собирание доказательств", П.А. Лупинская в то же время категорически возражает против его замены на "формирование доказательств", объясняя это тем, что в таком случае следователь как бы становится создателем доказательств, что противоречит природе доказательств <1>. При этом автор не раскрывает, в чем конкретно и какой природе доказательств противоречит термин "формирование доказательств". Между тем проведенный выше анализ свидетельствует о том, что следователь в действительности в определенном смысле создает доказательства (точнее, формирует их). И эта его деятельность ни в коей мере не противоречит ни онтологической, ни гносеологической, ни правовой природе как самих доказательств, так и рассматриваемой части процесса доказывания, а, наоборот, вытекает из них и согласуется с ними.

<1> Лупинская П.А. Собирание доказательств // Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. М.: Юристъ, 2003. С. 255.

Если термин "формирование доказательств" и противоречит природе доказательств, то только той, которая общеизвестна. Но, как отмечал Г.В.Ф. Гегель, общеизвестное еще не есть от того доказанное. Может быть, поэтому уважаемые оппоненты и не приводят в своих возражениях аргументов, опровергающих существо идеи формирования доказательств, а сосредоточивают свою критику на внешней стороне термина <1>.

<1> Например, В.И. Зажицкий неприятие термина "формирование доказательств" аргументирует тем, что в практическом обиходе им трудно оперировать. См.: Зажицкий В.И. Указ. соч. С. 356. Действительно, трудно оперировать данным термином, если исходить из существования доказательств в готовом виде. Тогда их согласно общеизвестному представлению действительно проще собрать. Но общеизвестное не всегда правильное.

П.А. Лупинская правильно подметила определенную условность термина "собирание доказательств". Но использование в теории, законодательстве, на практике условностей оправдано лишь при существовании для этого необходимых предпосылок, когда без условностей невозможно обойтись, когда они выполняют позитивную функцию. Зачем прибегать к условностям, если они искаженно отражают ту часть действительности, для обозначения которой предназначены, и вследствие этого затрудняют ее правильное понимание и познание в процессе доказывания. Учитывая, что доказывание, будучи одной из разновидностей процесса познания, представляет достаточно сложную деятельность, значительная часть которой вообще не поддается формализации, использование в ее описании условных терминов вряд ли можно считать оправданным.

Неоднозначную позицию в данном вопросе занимал А.М. Ларин. Признавая "некоторый резон" в использовании термина "формирование доказательств" только по отношению к показаниям обвиняемого, потерпевшего и свидетеля, он в то же время считал его неподходящим, особенно в применении к вещественным доказательствам, заключениям экспертов, к иным документам. Это аргументировалось тем, что "в отличие от показаний и протоколов следственных действий форма и содержание предметов, являющихся вещественными доказательствами, а равно иных документов и заключения эксперта образуются вне следственных действий и независимо от следователя" <1>. По указанным причинам деятельность следователя по формированию вещественных доказательств и документов, исходящих от других лиц, по его мнению, трудно было бы отграничить от фальсификации доказательств. Автор не конкретизировал, в чем конкретно будут

выражаться эти трудности. Сложно возражать против столь неопределенного аргумента. Но все же заметим: его в полной мере можно отнести и к достаточно детальным требованиям закона, регулирующим условия и порядок деятельности по собиранию доказательств.

<1> Ларин А.М. Рецензия на работу Е.А. Доля "Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности" // Государство и право. 1997. N 7. С. 120 - 121.

Что же фактически происходит при осуществлении уголовно-процессуальных действий, которые по общепринятой терминологии именуются собиранием вещественных доказательств, заключения эксперта, иных документов? И действительно ли форма и содержание перечисленных видов доказательств образуются вне следственных действий и независимо от следователя?

Собирание вещественных доказательств включает осмотр представленного или обнаруженного предмета, вынесение постановления о признании его вещественным доказательством и приобщении к уголовному делу (ч. 2 ст. 81 УПК РФ).

В начале осмотра следователь разъясняет его участникам (понятым, специалисту, иным субъектам уголовного судопроизводства в случае их участия в осмотре) их права, обязанности, объясняет порядок и цель осмотра. Тем самым их сознание ориентируется на обнаружение при осмотре не любых, а только значимых для уголовного дела свойств и состояний предмета. В ходе чувственного восприятия предмета участниками осмотра выделяются те его свойства и состояния, которые могут быть связаны с преступлением. На этой основе в их сознании формируется мысленный образ предмета с его свойствами и состояниями, значимыми для уголовного дела. При этом основная роль принадлежит следователю, который, руководствуясь диспозицией статьи УК РФ, по которой возбуждено уголовное дело, обстоятельствами, подлежащими доказыванию, особенностями конкретного уголовного дела, имеющимися в деле доказательствами, выделяет значимые для дела свойства и состояния предмета, обращает на них внимание понятых и сведения о них отражает в протоколе осмотра.

Именно таким образом происходит формирование, а не собирание вещественного доказательства - сведений об относимых к делу свойствах и состояниях предмета, сведений, которых до производства указанных действий не существовало. Источником доказательства при этом выступают следователь и понятые. Понятые и иные субъекты осмотра вправе обратить внимание следователя на те свойства и состояния предмета, которые, по их мнению, имеют отношение к делу. Данное обстоятельство отражается в протоколе осмотра.

Содержание вещественного доказательства формируется и выражается через его форму, роль которой выполняет протокол осмотра предмета. "Протокол осмотра предмета - это форма вещественного доказательства, выражающая его содержание" <1>.

<1> Дорохов В.Я. Природа вещественных доказательств // Советское государство и право. 1971. N 10. С. 111. Цитируемая работа В.Я. Дорохова до настоящего времени представляет собой наиболее полное исследование уголовно-процессуальной природы вещественных доказательств. Показательно, что в ней при характеристике формы вещественного доказательства автор неоднократно использует словосочетания "формирование вещественного доказательства", "процесс формирования вещественного доказательства", "особенности формирования вещественных доказательств", "вещественное доказательство... не сформировалось" (см.: Там же. С. 111).

Представление о том, что форма и содержание вещественных доказательств образуются вне следственных действий и независимо от следователя, создает предпосылки для теоретического

обоснования возможности прямого использования результатов ОРД в качестве доказательств.

Так, вступает в противоречие с действительной природой вещественных доказательств суждение, согласно которому результаты оперативно-розыскной деятельности могут использоваться в качестве содержания вещественных доказательств <1>. При таком подходе уголовно-процессуальная форма вещественного доказательства становится бессодержательной и теряет всякий смысл, ибо его (вещественного доказательства) содержание выносится за пределы уголовно-процессуальной деятельности. В результате получается, что содержание вещественного доказательства формируется в рамках оперативно-розыскной деятельности. С таким положением нельзя согласиться.

<1> См.: Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. С. 353 - 354, 377.

Содержание и форма присущи всем вещам, процессам и явлениям, они взаимообусловлены и существуют в единстве. Это положение в полной мере распространяется и на вещественное доказательство, которое имеет свое уголовно-процессуальное содержание и свою уголовно-процессуальную форму, существующие в единстве именно в уголовно-процессуальной системе.

В рамках оперативно-розыскной деятельности может происходить формирование предмета с присущими ему свойствами и состояниями, но не формирование содержания вещественного доказательства. В ходе оперативно-розыскного мероприятия в результате восприятия оперативным работником значимых для дела оперативного учета свойств и состояний предмета формируются результаты оперативно-розыскной деятельности (сведения, имеющие значение для данной деятельности), но не содержание вещественного доказательства. "Свойства, состояния обнаруженного предмета, сохраняющие соответствие с фактом, стороной события преступления... приобретают значение судебного доказательства в уголовно-процессуальной системе... Вне этой системы объективные свойства и состояния материального объекта не могут стать вещественными доказательствами" <1>.

<1> Дорохов В.Я. Указ. соч. С. 110.

Так, на основе сделанной при проведении оперативно-розыскного мероприятия негласной звукозаписи разговора членов организованной преступной группы, в ходе которого обсуждались детали подготовки к совершению преступления, представленной следователю, лишь только может быть сформировано вещественное доказательство. На первый взгляд может показаться, что в данном случае на пленке в готовом виде содержатся сведения, имеющие значение для уголовного дела, т.е. вещественное доказательство уже существует. Однако это поверхностное и в силу этого неверное представление.

Указанная пленка не содержит относимых к уголовному делу сведений, на ней запечатлена лишь магнитная запись (представляющая собой изменения магнитного поля). Для того чтобы сформировать вещественное доказательство, пленку необходимо осмотреть с применением соответствующего технического средства - магнитофона.

В ходе осмотра изменения магнитного поля, зафиксированные на пленке, с помощью магнитофона будут преобразованы в звуковые колебания (устную речь), которые воспримут лицо, производящее данное действие, и понятые. На этой основе в своем сознании они сформируют мысленные образы фактов и обстоятельств, о которых идет речь на пленке. С учетом требования относимости следователь (понятые) выделит из них те, которые имеют значение для уголовного дела, и сведения о них отразит в протоколе осмотра магнитной пленки <1>. Лишь после этого

можно говорить о завершении формирования вещественного доказательства (как относимых к делу сведений), которое найдет выражение в соответствующем постановлении. То есть и в данном случае имеет место формирование, а не собирание вещественного доказательства.

<1> Практика осмотра подобных пленок показывает, что значительная часть запечатленной на них устной речи, как правило, не имеет значения для уголовного дела, а поэтому в протоколах не отражается.

По указанным выше причинам нельзя согласиться с суждением А.М. Ларина и о том, что "форма и содержание предметов, являющихся вещественными доказательствами... образуются вне следственных действий и независимо от следователя" <1>, на этой основе оспаривающего обоснованность использования термина "формирование доказательств" применительно к вещественным доказательствам. До осмотра и независимо от следователя действительно происходит образование формы и содержания предметов, но именно предметов, а не вещественных доказательств (сведений). До попадания предметов в сферу уголовного судопроизводства они будут оставаться предметами, даже в тех случаях, когда служили, например, орудиями преступления. На предметах нет сведений. С преступлением они могут быть связаны лишь своими свойствами и состояниями.

<1> См.: Ларин А.М. Указ. соч. С. 120 - 121.

Сведения о свойствах и состояниях предметов, связанных с преступлением, которые и образуют содержание вещественных доказательств, формируются именно в рамках следственных действий (осмотров предметов) и в результате действий следователя (понятых). Они выражают содержание мысленного образа указанных свойств и состояний, сформированного в сознании следователя и понятых в ходе чувственного восприятия данных предметов в условиях их осмотра. Указанные сведения исходят от следователя (понятых).

О формировании сведений, образующих содержание вещественных доказательств, следователем свидетельствует и то обстоятельство, что он при этом обязан руководствоваться требованиями относимости и допустимости, обращенными соответственно к содержанию и форме формируемого вещественного доказательства. Прав В.Я. Дорохов, обращавший внимание на недопустимость подмены понятия вещественного доказательства материальным предметом (вещью) <1>.

<1> Дорохов В.Я. Указ. соч. С. 109 - 110.

Следователь может и не признать вещественным доказательством предмет, полученный в результате проведения оперативно-розыскных мероприятий, если в ходе его осмотра не будут выделены присущие ему свойства и состояния, значимые для уголовного дела. Поэтому, вопреки мнению А.М. Ларина и В.И. Зажицкого, содержание вещественных доказательств формируется в рамках уголовно-процессуальных действий, а не за их пределами. В этом смысле они ничем не отличаются от показаний свидетеля и потерпевшего, показаний обвиняемого и подозреваемого, протоколов следственных действий и судебного заседания, иных документов.

О формировании доказательств правомерно говорить применительно и к такому самостоятельному виду доказательств, как заключение эксперта. Оно включает в себя комплекс взаимосвязанных действий, а именно: вынесение постановления о назначении экспертизы, в котором определяется ее вид, формулируются вопросы, ставящиеся перед экспертом (ч. 1 ст. 195

УПК РФ); получение (при необходимости) образцов для сравнительного исследования; ознакомление подозреваемого, обвиняемого, его защитника (потерпевшего, свидетеля в случаях, предусмотренных законом) с постановлением о назначении экспертизы и разъяснение им прав, связанных с их участием в производстве экспертизы (ч. ч. 3, 4 ст. 195 УПК РФ); вызов эксперта и ознакомление его с данным постановлением, разъяснение ему его прав, обязанностей и ответственности (ч. 4 ст. 195 УПК РФ); производство экспертом экспертных исследований, формулирование на их основе выводов по поставленным перед ним вопросам, составление экспертом письменного заключения и его представление соответствующему властному субъекту (ст. 204 УПК РФ); предъявление заключения эксперта подозреваемому, обвиняемому, его защитнику, потерпевшему, свидетелю и разъяснение им права ходатайствовать о назначении дополнительной либо повторной экспертизы (ст. 206 УПК РФ). Пропуск, ненадлежащая реализация каждого из перечисленных действий могут отрицательным образом сказаться на содержании формируемого заключения эксперта и привести к признанию его недопустимым.

В приведенном перечне процессуальных действий, образующих в своем единстве способ формирования такого вида доказательств, как заключение эксперта, можно выделить те, осуществление которых структурирует сознание эксперта на установление в ходе проводимого им исследования не любых, а именно относимых к делу сведений. К ним относятся: вынесение постановления о назначении экспертизы, в котором определяется ее вид, формулируются поставленные перед экспертом вопросы, указываются представляемые ему материалы; ознакомление подозреваемого, обвиняемого, его защитника (потерпевшего, свидетеля в случаях, предусмотренных законом) с постановлением о назначении экспертизы и разъяснение им прав, связанных с их участием в производстве экспертизы; ознакомление эксперта с данным постановлением и разъяснение ему его прав, обязанностей и ответственности. Именно в ходе осуществления следователем, дознавателем с участием других субъектов уголовного судопроизводства данных действий начинается формирование (а не собирание) будущего заключения эксперта - доказательства, которого еще нет.

Приведенные выше соображения опровергают вывод о том, что в "отличие от показаний и протоколов следственных действий форма и содержание... заключения эксперта образуются вне следственных действий и независимо от следователя" <1>. Экспертизу как следственное действие, направленное на собирание такого самостоятельного вида доказательств, как заключение эксперта, назначает и проводит следователь. Эксперт осуществляет экспертное исследование, являющееся важной частью рассматриваемого способа формирования доказательств, и на его основе формулирует выводы по вопросам, поставленным перед ним следователем и другими субъектами уголовного судопроизводства.

<1> Ларин А.М. Указ. соч. С. 120 - 121.

Содержание заключения эксперта в значительной мере зависит от вида и рода экспертизы, поставленных перед экспертом вопросов, которые определяет и формулирует следователь, количества и качества материалов, предоставленных эксперту. Зависит оно и от того, насколько своевременно, полно и правильно эксперту были разъяснены его права, обязанности и ответственность. Во всем этом существенна роль следователя. Поэтому в формировании содержания и формы заключения эксперта существенную роль играет следователь, а само заключение эксперта формируется в рамках проводимого следственного действия - назначения и производства экспертизы, а не за его пределами.

Обоснованно говорить о формировании доказательств и применительно к иным документам (ст. 84 УПК РФ). Они появляются в уголовном процессе в результате истребования (представления) документов и ознакомления соответствующего властного субъекта с их содержанием.

Формирование содержания будущего иного документа при его истребовании властным

субъектом уголовного процесса начинается в момент подготовки следователем соответствующего письменного запроса в адрес компетентной организации, учреждения, должностного лица. В запросе должны содержаться сведения (вопросы) по интересующим следствие, суд фактам (обстоятельствам), знание которых необходимо для расследования, рассмотрения и разрешения уголовного дела. Данным запросом сознание того, кто будет отвечать на данный запрос (автора документа), ориентируется на отражение в исходящем от него документе не любых, а только значимых для уголовного дела сведений. Получив ответ на запрос, соответствующий властный субъект уголовного процесса должен путем прочтения ознакомиться с его содержанием (в суде к этому добавляется оглашение документа). При этом в его сознании формируется мысленный образ фактов и обстоятельств, сведения о которых содержатся в тексте полученного документа. Из них он выделяет только те, которые имеют значение для уголовного дела <1>, и именно они образуют содержание формируемого доказательства, которое уже в процессе формирования используется для установления указанных обстоятельств (ч. 1 ст. 74 УПК РФ).

<1> Данное обстоятельство имеет место в силу того, что на практике в представляемых документах, как правило, содержатся и не относимые к делу сведения.

В данный момент завершается формирование иного документа как доказательства, а содержащиеся в нем сведения могут и дальше использоваться соответствующим субъектом познания в процессе доказывания в ходе проверки и оценки доказательств по уголовному делу. На их основе дознаватель, следователь, прокурор, суд в порядке, определенном законом, устанавливают наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела (ч. 1 ст. 74 УПК РФ).

Исходя из этого противоречит действительности утверждение, согласно которому сведения, выявленные оперативно-розыскным путем, т.е. результаты оперативно-розыскной деятельности, содержащиеся в соответствующих письменных материалах, могут претендовать на роль такого вида доказательств, как иные документы <1>.

<1> См.: Зажицкий В.И. Указ. соч. С. 353 - 354.

Формирование содержания иных документов, хотя и в несколько измененном виде, происходит и в случае представления следователю документов защитником, другими невластными субъектами, т.е. в отсутствии запроса, исходящего от органов расследования или суда. В этом случае имеет место активное участие защитника в формировании документа. Документ вместе с копией своего запроса он должен представить следователю. Формирование иного документа при этом происходит в ходе ознакомления следователя с содержанием представленного запроса и документа и выполнения им последующих действий, которые были изложены выше.

Таким образом, имеет место формирование и иных документов. В силу этого утверждение о том, что "форма и содержание... иных документов... образуется вне следственных действий и независимо от следователя" <1>, не соответствует действительности.

<1> См.: Ларин А.М. Указ. соч. С. 120 - 121. Позицию А.М. Ларина по данному вопросу разделяет И.Б. Михайловская. Она считает, что приобретение иными документами статуса доказательств в случае их представления защитником не требует совершения каких-либо следственных действий, а предполагает лишь принятие соответствующим властным субъектом решения о приобщении этого документа к материалам дела (см.: Михайловская И.Б. Указ. соч. С. 146).

Термин "формирование доказательств" в полной мере корреспондирует с содержанием и формой таких самостоятельных видов доказательств, как показания свидетеля и потерпевшего, показания обвиняемого и подозреваемого, протоколы следственных действий и судебного заседания. Деятельность по их формированию, равно как и других видов доказательств, начинается еще до того, как они появятся.

Так, в начале допроса следователь, объясняя свидетелю, по какому делу он вызван, разъясняя ему его права, обязанности и ответственность, порядок производства допроса <1>, фактически ориентирует свидетеля на воспоминание имеющих значение для уголовного дела фактов и обстоятельств. Тем самым он способствует актуализации в его сознании образов не любых, а только значимых для уголовного дела и соответствующих действительности фактов и обстоятельств, воспринятых им ранее лично или со слов других лиц. Именно таким образом начинается формирование относимых к делу данных - данных, которых еще нет!

<1> Как пробел и непоследовательность в регламентации действующим законом процедуры допроса свидетеля на предварительном расследовании следует расценить отсутствие в ней указания на необходимость установления допрашивающим в начале допроса отношения свидетеля к подозреваемому, обвиняемому и потерпевшему. В УПК РСФСР подобное предписание имелось. Применительно к допросу свидетеля в ходе судебного следствия такое требование в УПК РФ содержится (ч. 2 ст. 278).

Формирование показаний продолжается в ходе устного сообщения свидетелем сведений о фактах и обстоятельствах, образы которых он воспроизвел в своем сознании под воздействием следователя. На основе услышанного следователь формирует в своем сознании мысленные образы тех фактов и обстоятельств, о которых сообщил свидетель. При этом он, руководствуясь требованием относимости, выделяет из них те, которые, по его мнению, имеют значение для уголовного дела.

Формирование показания свидетеля чаще всего продолжается и после того, как он в форме свободного рассказа сообщит на допросе относящиеся, по его мнению, к уголовному делу данные. Выслушав устное сообщение свидетеля, следователь при необходимости задает ему уточняющие и дополняющие вопросы, тем самым вновь структурирует его сознание, ориентируя с учетом уже ранее изложенных им данных и их сопоставления с имеющимися в деле на данный момент доказательствами на сообщение уточняющих и дополняющих относимых к делу сведений. Далее все относимые к делу сведения, которые на допросе были сообщены свидетелем, следователь фиксирует в протоколе допроса.

Формирование свидетельских показаний может быть продолжено и после того, как они со слов свидетеля зафиксированы в протоколе допроса следователем. Согласно закону, ознакомившись с протоколом допроса, свидетель вправе внести в него (в ранее данные им на допросе показания) дополнения и уточнения, подлежащие обязательному занесению в протокол (ч. 6 ст. 190 УПК РФ).

Потребность воспользоваться данным правом возникает у свидетеля в результате сложного мыслительного процесса, происходящего в его сознании при ознакомлении с записью своих показаний в протоколе допроса. При этом осуществляется сравнение двух (иногда и большего количества) мысленных образов <1>: первого, воспроизводящего значимые для уголовного дела факты и обстоятельства, которые свидетель воспринимал лично или со слов других лиц и о которых сообщил на допросе, и второго, который он воспроизвел в сознании на основании прочтения своих показаний, зафиксированных в протоколе. Когда содержание этих мысленных образов будет отличаться, у свидетеля возникнет потребность дополнения и уточнения протокола. Их совпадение будет означать полное и точное отражение в протоколе допроса показаний свидетеля и, как

следствие, отсутствие у него дополнений и уточнений к протоколу.

<1> Сравнение мысленных образов имеет место при формировании всех видов доказательств, когда участники следственных (судебных) действий знакомятся с протоколами данных действий.

Таким образом, в ходе допроса показания свидетеля не собираются, а формируются <1>.

<1> Изложенное выше относительно формирования показаний свидетеля в полной мере относится и к формированию показаний потерпевшего. Поэтому формирование показаний потерпевшего в работе не рассматривается.

Представление о существовании доказательств в готовом виде, оправдывающее возможность использования в качестве доказательств сведений, полученных за пределами уголовного процесса, не позволяет его сторонникам дать правильные рекомендации по разрешению следующих часто возникающих на практике ситуаций. Как быть, когда сведения, содержащиеся в объяснении лица или сообщенные оперативному работнику в ходе опроса, оказываются достоверными, а полученные при его последующем допросе - ложными? Давая рекомендацию "...о допустимости в этом случае содержащихся в объяснениях фактических данных в качестве доказательств по уголовному делу" <1>, ее автор поступает последовательно в соответствии со своим представлением о том, что сведения, выявленные оперативно-розыскным путем (результаты ОРД) становятся содержанием доказательств, но от этого указанное представление не становится правильным. Точно так же следует возразить и против утверждения о том, что в "основе показаний свидетеля будут лежать сведения об обстоятельствах совершения преступления, которые были сообщены оперативному сотруднику в ходе опроса" <2>.

<1> См.: Зажицкий В.И. Объяснения в уголовном процессе // Советская юстиция. 1992. N 6. С. 11.

<2> См.: Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. С. 365.

На формирование в уголовном процессе показаний свидетеля не должны оказывать влияние полученное от него ранее в административном порядке объяснение либо его опрос, проведенный в рамках оперативно-розыскного мероприятия. На допросе у свидетеля должны выясняться значимые для уголовного дела факты и обстоятельства, которые он воспринимал лично или со слов других лиц. Именно они образуют основу его показаний. Следователь обязан ориентировать свидетеля на сообщение сведений о значимых для уголовного дела фактах и обстоятельствах, воспринятых им лично или со слов других лиц, а не тех сведений, которые он ранее изложил в своем объяснении или сообщил оперативному работнику. Все иное противоречит природе свидетельских показаний, не согласуется с правовым статусом свидетеля, объектом и предметом его показаний (ст. 56 УПК РФ), ведет к подмене доказательств результатами административной либо оперативно-розыскной деятельности.

Рассмотренная позиция внутренне противоречива. Считая, что результаты опроса лица, проведенного оперативным работником, становятся содержанием такого доказательства, как показания свидетеля <1>, ее автор в то же время критикует тех юристов, которые объяснения очевидцев, полученные в процессе проверки заявлений о преступлениях, предлагают рассматривать в качестве доказательств (иных документов) <2>. При этом он не обращает внимание

на то обстоятельство, что его собственная позиция по данному вопросу находится в логическом соответствии с позицией юристов, которых он критикует.

<1> См.: Там же.

<2> См.: Там же. С. 394 - 400.

Формирование доказательств происходит и при допросе обвиняемого (подозреваемого). Анализ предусмотренной законом процедуры первого допроса обвиняемого позволяет выделить три этапа, через которые происходит формирование исходящих от него показаний.

На первом этапе имеет место разъяснение обвиняемому существа предъявленного обвинения и его прав. Это позволяет обвиняемому воспользоваться своими правами, сконцентрировать внимание на существе предъявленного обвинения, понять его, соотнести инкриминируемые ему действия с тем, что имело место в действительности, или той позицией, которую он решил занять по отношению к обвинению. При этом сознание обвиняемого структурируется на воспроизведение и сообщение не любых, а именно значимых для него и уголовного дела сведений, в результате в его сознании актуализируются образы фактов и обстоятельств, связанных с предъявленным обвинением. Таким образом, на первом этапе имеет место как бы подготовка сознания обвиняемого к сообщению на допросе относимых к уголовному делу сведений (в случае его желания дать правдивые показания), которые могут опровергнуть предъявленное обвинение, полностью или частично подтвердить его.

На втором этапе формирования показаний происходит устное изложение обвиняемым относимых к делу сведений, их восприятие допрашивающим и формирование на этой основе теперь уже в его сознании образов тех фактов и обстоятельств, о которых дал показания допрашиваемый. Параллельно с этим следователем начинает осуществляться первоначальная проверка получаемых показаний с точки зрения их относимости, точности, полноты и достоверности. Это достигается путем постановки уточняющих и дополняющих вопросов допрашиваемому и получения ответов на них. В результате обвиняемый может внести изменения и дополнения в сообщенные им ранее сведения, т.е. формирование его показаний будет продолжено.

На третьем этапе полученные показания обвиняемого фиксируются в протоколе допроса. Это происходит в ходе сложного процесса, когда допрашивающий на основе сформированных в его сознании образов тех фактов и обстоятельств, данные о которых он получил из воспринятого им устного сообщения обвиняемого, его ответов на уточняющие и дополняющие вопросы, в письменном виде отражает сведения о них в протоколе. При этом формирование показаний обвиняемого может быть также продолжено в случаях, когда, ознакомившись с протоколом допроса, обвиняемый внесет в него (в ранее данные им показания) дополнения и уточнения, подлежащие обязательному занесению в протокол <1>.

<1> Принимая во внимание, что процесс чувственного познания, осуществляемый в ходе формирования доказательств, продолжается и при написании протокола, представляется спорным выделять в процессе доказывания наряду с познавательной и удостоверительную деятельность. См.: Ратинов А.Р. Вопросы познания в судебном доказывании // Советское государство и право. 1964. N 8. С. 106 - 108; Теория доказательств в советском уголовном процессе. С. 288 - 290; Лупинская П.А. Решения в уголовном судопроизводстве: теория, законодательство и практика. М.: Юристъ, 2006. С. 112 - 114; Орлов Ю.К. Указ. соч. С. 13 - 15. Не приводя развернутой аргументации, так как это требует самостоятельного и отдельного рассмотрения, отметим, что в пользу нашей точки зрения свидетельствует применение в ходе составления протокола такого наиболее общего

приема познания, как описание. На то обстоятельство, что закрепление доказательств не представляет собой самостоятельного элемента доказывания, а является составной частью собирания и проверки доказательств, обращалось внимание и ранее. См.: Миньковский Г.М. Общая характеристика способов собирания и проверки доказательств // Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973. С. 368.

Особенно зримо процесс формирования доказательств иллюстрируется на примере такого самостоятельного вида, как протоколы следственных действий и судебного заседания (ст. 83 УПК РФ). Способом формирования данного вида доказательств выступают соответствующие следственные и судебные действия - обыск, выемка, осмотр, освидетельствование, следственный эксперимент, опознание. В рамках этих действий имеет место непосредственное чувственное познание их участниками обстоятельств и фактов (например, следов преступления), имеющих значение для уголовного дела, доступных восприятию только в условиях производства данных действий.

Формирование рассматриваемого вида доказательств включает в себя: разъяснение участникам данных следственных действий порядка и целей их производства, прав, обязанностей (ответственности, в случаях, когда она предусмотрена) и структурирование тем самым их сознания на восприятие относимых к уголовному делу фактов и обстоятельств в условиях производства данных действий; восприятие властными субъектами с участием иных субъектов фактов и обстоятельств, доступных их непосредственному восприятию в ходе проводимых действий, и формирование на этой основе в их сознании мысленных образов воспринятого; выделение в воспринятых фактах и обстоятельствах, их мысленных образах тех, которые имеют значение для уголовного дела; отражение сведений о данных фактах и обстоятельствах в протоколе соответствующего следственного действия (соответствующей части протокола судебного заседания); ознакомление с протоколом всех участников проведенного действия и внесение в него дополнений и уточнений.

Таким образом, без целенаправленной уголовно-процессуальной деятельности человека - субъекта доказывания по обнаружению в условиях производства указанных действий обстоятельств и фактов, имеющих значение для уголовного дела, их рассмотрению, созданию у него их мысленных образов и отражению сведений о них (доказательств) в соответствующем протоколе - невозможно формирование и данного вида доказательств.

Не возражая в принципе против использования термина "формирование доказательств", А.Р. Белкин в то же время понимает под ним "заключение в законную форму полученных следователем или органом дознания сведений, информации" <1>. Тем самым автор фактически также исходит из существования доказательств (относимых к делу сведений) в готовом виде. Этим принижается значение уголовно-процессуальной формы, ее смысл сводится лишь к заключению в законную форму полученных следователем или органом дознания сведений.

<1> См.: Белкин А.Р. Теория доказывания. М., 2005. С. 197 - 198.

Трактовка производства следственного действия как "заключение в законную форму полученных следователем, дознавателем сведений (доказательств)" не соответствует реальному процессу, происходящему при этом, искажает его. В соответствии с ней сведения (доказательства) сначала властными субъектами непонятно откуда и каким образом получаются, а потом происходит их "заключение в законную форму". В действительности применение уголовно-процессуальной формы (правовых требований, предъявляемых к содержанию и форме доказательств) начинается не после получения сведений, а значительно раньше, предшествует их появлению. Об этом прямо свидетельствуют требования закона о необходимости в начале следственного действия удостоверения в личности его участников, разъяснения им прав, ответственности, порядка его производства (ч. 5 ст. 164 УПК РФ).

Использование предусмотренной законом уголовно-процессуальной формы (условий и порядка) в целях формирования доброкачественных доказательств начинается с реализации следователем, дознавателем указанных предписаний. Соблюдение требований закона, направленных на формирование относимых и допустимых доказательств, крайне важно именно в начале и в процессе формирования доказательств, а не после того, как они сформированы (получены). Понимание собирания доказательств как "заключение в законную форму полученных следователем, дознавателем сведений" фактически сводит существо следственных действий к протоколированию, ориентирует правоприменителей главным образом на правильное закрепление в протоколах полученных при этом результатов. Не отрицая значения правильного отражения в протоколах относимых к уголовному делу сведений, нельзя не учитывать, что оно подчинено главным образом сохранению уже сформированных доказательств.

Возражая против того, что следственные и судебные действия являются единственными способами собирания доказательств в уголовном процессе, С.А. Шейфер предлагает ввести в закон процедуру представления доказательств <1>. При этом автор делает оговорку, утверждая, что фактически речь идет не о представлении доказательств, а о представлении предметов и документов. Но в таком случае логично и последовательно было бы говорить именно об их представлении, а не о представлении доказательств.

<1> См.: Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. Тольятти: Волжский университет им. В.Н. Татищева, 1997. С. 79.

В дальнейшем при обосновании порядка и содержания процедуры представления доказательств ее предлагается оформлять "протоколом представления доказательств". Анализ данной процедуры показывает, что под ее покровом фактически реализуется такое следственное действие, как осмотр. Об этом прямо свидетельствует предложение включить в состав участников представления доказательств понятых. Именно в рамках осмотра будут устанавливаться и отражаться в протоколе представления доказательств индивидуальные признаки представленных предметов, значимых для уголовного дела, о которых пишет С.А. Шейфер. Таким образом, предлагая проводить данное следственное действие (представление доказательств), являющееся в действительности способом собирания доказательств (осмотром), автор тем самым фактически солидаризируется с теми процессуалистами, которые считают следственные и судебные действия единственными способам собирания доказательств в уголовном процессе, позицию которых он критикует.

С учетом всего вышеизложенного аргументы оппонентов, утверждающих, что в ходе уголовно-процессуальной деятельности доказательства не формируются, а собираются или представляются <1>, и на этой основе ратующих за сохранение понятия "собирание доказательств", выглядят малоубедительными. В то же время термин "формирование доказательств" имеет под собой соответствующую онтологическую, гносеологическую и правовую основы. Он корреспондирует с той частью бытия, которую призван выражать, соответствует содержанию чувственного познания, образующего существо рассмотренной части доказывания, согласуется с требованиями уголовно-процессуальной формы, в которой оно реализуется. В итоге его использование будет способствовать правильному пониманию, толкованию и применению уголовно-процессуального закона на практике, а следовательно, и повышению эффективности всей уголовно-процессуальной деятельности.

<1> См.: Ларин А.М. Указ. соч. С. 120; Лупинская П.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности // Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. М.: Юристъ, 2003. С. 238 - 239; Она же. Собирание доказательств // Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А.

Лупинская. М.: Юристъ, 2004. С. 255; Зажицкий В.И. Указ. соч.

Обоснованный взгляд на рассмотренную часть процесса доказывания как формирование доказательств позволяет внести уточнения в понятие доказательства и статью УПК РФ, содержащую его нормативное определение. Под доказательствами следует понимать любые сведения, в процессе формирования и на основе которых властные субъекты уголовного судопроизводства при участии других субъектов уголовного судопроизводства в порядке, определенном уголовно-процессуальным законом, устанавливают наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, и разрешают его по существу.

Исходя из данного определения ч. 1 ст. 74 УПК РФ предлагается сформулировать в следующем виде: "Доказательствами по уголовному делу являются любые сведения, в процессе формирования и на основе которых властные субъекты уголовного судопроизводства при участии других субъектов уголовного судопроизводства в порядке, определенном уголовно-процессуальным законом, устанавливают наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, и разрешают его по существу".

Правосудие, включающее в себя деятельность по установлению обстоятельств совершенного преступления, лица, его совершившего, его виновности и назначению соразмерного, справедливого наказания, осуществляется только судом. Но доказывание в суде происходит в более благоприятных условиях, чем те, которые имеют место в досудебном производстве.

Положение о том, что доказательства не собираются, а формируются, в полной мере распространяется и на судебное следствие. Доказательства, сформированные на стадии предварительного расследования, сыграли свою роль. В судебном разбирательстве процесс доказывания, осуществляемый посредством доказательств судом, начинается заново, как бы с нуля. Если бы он начинался с уровня знания о преступлении, достигнутого в досудебных стадиях, то это означало бы, что суд в своих выводах по уголовному делу в большей мере основывался не на знаниях о преступлении, полученных им самим, а на знаниях следователя, дознавателя, прокурора.

Суд должен сам в процессе доказывания установить обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела. Осуществить это, минуя чувственное и рациональное познание, осуществляемое в процессе собирания (формирования), проверки и оценки доказательств, судьи не могут. Суд заново осуществляет собирание (равно как их проверку и оценку) доказательств путем производства соответствующих судебных действий, учитывающих особенности доказывания в суде. Исходя из этого нельзя согласиться с представлением, согласно которому "исследование доказательств в ходе судебного разбирательства как бы "надстраивает" их процессуальную форму (вполне адекватную в условиях предварительного расследования), придает им более высокий юридический статус, наделяет способностью служить обоснованием обвинительного приговора" <1>.

<1> См.: Михайловская И.Б. Указ. соч. С. 120.

При таком подходе получается, что суд, собирая доказательства, продолжает оперировать доказательствами, собранными на стадии предварительного расследования, "надстраивая" их процессуальную форму. Формируя доказательство, суд должен оперировать только теми сведениями, которые были получены им в рамках проведенного им судебного действия. При этом суд может использовать и другие доказательства (в том числе и полученные на стадии предварительного расследования), связанные с формируемым доказательством через отображаемые факты (например, при постановке вопросов допрашиваемому). Но это нельзя расценивать как "надстройку" процессуальной формы доказательств, полученных в досудебном

производстве, и на этой основе проводить различие в юридическом статусе указанных доказательств.

Вызывает возражение и позиция, согласно которой доказывание в стадии судебного разбирательства сводится к новому исследованию собранных на предварительном следствии и дополнительно представленных или истребованных доказательств, завершающемуся констатацией от имени государства определенных фактических обстоятельств и актом применения норм материального права <1>. В суде заново исследуются все обстоятельства совершенного преступления. О новом исследовании судом доказательств, собранных на предварительном следствии, можно говорить лишь применительно к ограниченному количеству случаев, когда, например, показания свидетеля, полученные на предварительном следствии, противоречат его показаниям, данным в суде. Поэтому существо доказывания в суде состоит не в новом исследовании доказательств, собранных на предварительном следствии, а в осуществлении судом заново всего процесса доказывания - собирания (формирования), проверки и оценки доказательств.

<1> См.: Якубович Н.А. Понятие и содержание процесса доказывания // Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973. С. 299.

Чувственному познанию в суде соответствует проведение судебных действий, направленных на формирование доказательств, - допросов подсудимого, потерпевшего, свидетелей, экспертиз, осмотров, следственных экспериментов <1>, предъявления для опознания, освидетельствования. В ходе их производства судьями осуществляется чувственное непосредственное и опосредствованное познание обстоятельств и фактов, имеющих значение для уголовного дела. Именно в результате производства данных действий появляются доказательства - сведения, в процессе формирования которых и в дальнейшем на основе которых суд в порядке, определенном законом, устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела.

<1> Представляется правильным именовать данное действие не следственным, а судебным экспериментом.

Затеняют и даже искажают реальный процесс познания, происходящий на судебном следствии, положения ст. 274 УПК РФ, устанавливающие возможность представления сторонами доказательств суду <1>. Они вступают в системное противоречие с содержанием практически всех норм (ст. ст. 275, 277, 278, 280, 282 - 290 УПК РФ), входящих в главу "Судебное следствие", поскольку фактически в них идет речь не о представлении сторонами доказательств суду, а о производстве судебных действий, направленных на формирование доказательств.

<1> Представление о том, что невластные участники уголовного процесса представляют доказательства не только в стадии предварительного расследования, но и на стадии судебного разбирательства, в настоящее время является господствующим (об этом см., например: Кореневский Ю.В., Падва Г.П. Участие защитника в доказывании по новому уголовно-процессуальному законодательству: Практ. пособие. М.: Юристъ, 2004. С. 16 - 17, 114; Лупинская П.А. Понятие доказывания // Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. М.: Юристъ, 2003. С. 244; Кисленко С.Л., Комиссаров В.И. Судебное следствие: состояние и перспективы развития. М.: Юрлитинформ, 2003. С. 51, 57.

То обстоятельство, что в отличие от предварительного расследования все невластные

участники уголовного процесса в суде могут принимать в данных действиях наиактивнейшее участие, не означает представления ими доказательств суду. Представить суду можно то, что уже существует в готовом виде. Стороны могут представить суду свидетелей, документы, предметы и т.д. Но они не могут представить суду доказательства - сведения о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела. Указанные сведения появляются в суде лишь в результате производства соответствующих судебных действий, например допросов свидетелей, оглашения документов, осмотра предметов и других действий, направленных на формирование доказательств.

Поэтому применительно к судебному следствию в ст. 274 УПК РФ более точно было бы говорить не о порядке исследования доказательств, а о порядке их формирования и проверки. Это будет способствовать единообразию терминологии, используемой законодателем. Об оправданности предлагаемого решения свидетельствует и то обстоятельство, что в нормах Общей части УПК РФ применительно к суду термин "исследование доказательств" вообще не используется.

Таким образом, под исследованием в данном случае фактически понимается проверка доказательств. Исследовать можно то, что существует. Нельзя исследовать несуществующие доказательства. Прежде чем суд с участием других субъектов судебного разбирательства приступит к исследованию, а точнее к проверке доказательств, они должны быть сформированы. С учетом этого предлагается следующая редакция ч. ч. 1, 2 и 4 данной статьи:

"Статья 274. Порядок формирования и проверки доказательств

1. Очередность формирования и проверки доказательств определяется стороной, по предложению которой формируются доказательства.

2. Первыми формируются доказательства по предложению стороны обвинения. После формирования и проверки доказательств по предложению стороны обвинения формируются и проверяются доказательства по предложению стороны защиты...

4. Если в уголовном деле участвует несколько подсудимых, то очередность формирования по их предложению доказательств определяется судом с учетом мнения сторон".

Предлагаемая редакция ч. ч. 1, 2 и 4 ст. 274 УПК РФ будет более точно, а следовательно, и правильно отражать реальный процесс формирования и проверки доказательств в суде. Она будет полностью соответствовать общим положениям УПК РФ, регулирующим доказывание (ст. ст. 85, 87), корреспондировать и с нормами закона, определяющими именно порядок производства допросов подсудимого, потерпевшего, свидетелей, производства судебной экспертизы, осмотров, следственных экспериментов, предъявления для опознания, освидетельствования, о которых идет речь в ст. ст. 275, 277, 278, 280, 282 - 290 УПК РФ, т.е. судебных действий по формированию доказательств, а не их представлению сторонами суду.

Формирование доказательств в суде принципиально не отличается от формирования доказательств на предварительном расследовании. Существующие между ними различия позволяют говорить лишь об особенностях, присущих формированию доказательств в этих стадиях.

Особенности формирования доказательств в суде проявляются в следующем: оно происходит в условиях наиболее полного действия всех принципов уголовного процесса; суду, как правило, известен круг возможных источников доказательств, поэтому ему не нужно тратить время на их поиск; формирование доказательств осуществляется судом - субъектом независимым и подчиняющимся только закону; формирование доказательств происходит, как правило, в присутствии всех субъектов уголовного процесса, которые могут участвовать в нем, что позволяет суду в одно и то же время посмотреть на формируемое доказательство через призму процессуальных интересов различных участников уголовного процесса; формирование доказательств в суде ограничено пределами судебного разбирательства; суд может учитывать

результаты предварительного расследования, связанные с формированием, проверкой и оценкой доказательств; в случаях, когда суд лишен возможности непосредственно сформировать отдельные доказательства, закон допускает оглашение и исследование доказательств, полученных в стадии предварительно расследования, что является вынужденным отступлением от непосредственного исследования доказательств.

Несмотря на то что в судебном разбирательстве наиболее полно действует принцип состязательности и равноправия сторон, нельзя отрицать ведущей роли суда в формировании доказательств на судебном следствии. Об этом прямо свидетельствуют положения закона, согласно которым: председательствующий разъясняет всем участникам судебного разбирательства их права и обязанности, порядок их осуществления, а также ответственность в случаях, когда она предусмотрена законом (ч. 2 ст. 243, ст. ст. 267, 268, 269, 270, ч. 1 ст. 277, ч. 2 ст. 278 УПК РФ); именно суд заслушивает показания подсудимого, потерпевшего, свидетелей, заключение эксперта, осматривает вещественные доказательства, оглашает протоколы и иные документы, проводит другие судебные действия по исследованию доказательств (ч. 1 ст. 240 УПК РФ); суд по собственной инициативе может назначить судебную экспертизу, вызывать для допроса эксперта (ст. ст. 282, 283 УПК РФ); осмотр местности и помещения, следственный эксперимент, предъявление для опознания, освидетельствование производятся судом (ст. ст. 287 - 290 УПК РФ) <1>.

<1> В связи с этим критического отношения заслуживает позиция процессуалистов, отводящих суду пассивную роль в доказывании. См., например: Савицкий В.М. Организация судебной власти в Российской Федерации. М., 1996. С. 7; Адамайтис М. Право суда на инициативу в исследовании доказательств мешает его беспристрастности // Российская юстиция. 2003. N 11. С. 32.

Проведенный анализ установленной уголовно-процессуальным законом процедуры производства следственных и судебных действий, являющихся способами формирования соответствующих видов доказательств, позволяет выделить три этапа, через которые происходит формирование любого вида доказательств.

На первом из них соответствующий властный субъект разъясняет участникам данных действий существо происходящего, их права и обязанности (в предусмотренных случаях и ответственность). При этом происходит структурирование их сознания на сообщение не любых, а только значимых для уголовного дела сведений (на непосредственное восприятие только тех фактов и обстоятельств, которые имеют значение для уголовного дела).

На втором этапе имеют место восприятие сведений, исходящих от источника доказательства (непосредственное восприятие в условиях проводимого действия обстоятельств и фактов), и формирование на этой основе у властного субъекта мысленных образов тех фактов и обстоятельств, о которых ему было сообщено (которые он перед этим непосредственно воспринял). Одновременно, исходя из требования относимости, он выделяет из них те, которые имеют значение для уголовного дела.

На третьем этапе происходит фиксация в протоколах следственных действий (судебного заседания) тех относимых к уголовному делу сведений, которые были сформированы на основе образов, созданных в сознании властных субъектов в ходе производства данных действий.

Итак, применительно ко всем видам доказательств обоснованно утверждать, что они являются результатом осуществления сложного комплекса взаимосвязанных познавательных действий (следственных, судебных) по их формированию. Именно в ходе реализуемого при этом властным субъектом (с участием иных субъектов уголовного судопроизводства) чувственного непосредственного и опосредствованного познания фактов и обстоятельств и происходят формирование относимых сведений (доказательств) и их закрепление в соответствующем

протоколе, т.е. формирование, а не собирание доказательств. До производства следственных и судебных действий доказательств (как сведений о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела) не существует.

Таким образом, доказательства не собираются и не представляются, а формируются в ходе производства предусмотренных законом следственных и судебных действий, в рамках которых осуществляется сложный процесс чувственного непосредственного и опосредствованного познания соответствующим властным субъектом обстоятельств и фактов, имеющих значение для уголовного дела.

Используемые в законе термины "собирание" и "представление" доказательств не только не раскрывают существа деятельности, которую они призваны отражать, но и искажают ее, затрудняя законодательное регулирование и его реализацию на практике. Употребление в теории, уголовно-процессуальном законодательстве, на практике терминов "собирание доказательств", "представление доказательств" можно объяснить только сложившимися традиционными представлениями, но никак не существом деятельности, которую данный термин должен выражать. От них следует отказаться, но для этого потребуется определенное время. Поэтому под собиранием и представлением доказательств мы будем подразумевать деятельность по их формированию.

Предлагаемый подход затрагивает глубинные основы судопроизводства, влечет существенные последствия для деятельности не только по собиранию доказательств, но и для доказывания в целом. Исходя из него становится понятным, что относимость и допустимость не свойства доказательств, а правовые требования, предъявляемые соответственно к их содержанию и форме. Соблюдая данные требования, властные субъекты уголовного судопроизводства при участии иных субъектов не просто собирают доказательства, а формируют их. Источником доказательств при этом становится всегда человек - лицо, занимающее (могущее занять) соответствующее правовое положение: не только свидетель, потерпевший, обвиняемый, подозреваемый, эксперт, как принято считать традиционно, но и понятые, дознаватель, следователь и, как это ни парадоксально, судья.

Взгляд на анализируемую часть доказывания как на формирование доказательств согласуется и с фундаментальной идеей развития, прогрессивного преобразования действительности в процессе доказывания, пронизывающей все судопроизводство. При таком подходе судьи не могут быть пассивными, осуществляя доказывание (познание обстоятельств и фактов, имеющих значение для уголовного дела). По указанной причине трудно согласиться с предложением о запрещении использования властных полномочий суда при отношении суда к доказыванию субъекта и их сохранению только в организационной сфере процесса <1>.

<1> Новицкий В.А. Теория процессуального доказывания и правоприменения: Монография. Ставрополь: Изд-во СГУ, 2002. С. 89.

Не учитывается то, что доказательства именно формируются в ходе производства предусмотренных законом следственных и судебных действий, и авторами, отстаивающими позицию, согласно которой сторона защиты участвует в доказывании путем собирания доказательственной информации с последующим заявлением ходатайств о приобщении ее к делу в качестве доказательств <1>.

<1> Алиев Т.Т., Громов Н.А., Макаров Л.В. Уголовно-процессуальное доказывание. М.: Книга-сервис, 2002. С. 75. 98, 112.

Любую имеющую значение для уголовного дела информацию, собранную защитником, нельзя рассматривать в качестве доказательств <1>. Предложение приобщать указанную информацию по ходатайству стороны защиты к уголовному делу в качестве доказательств не учитывает правовой природы данной информации и, по сути, приравнивает ее к доказательствам, что недопустимо. В действительности в рассматриваемом случае речь должна идти не о заявлении стороной защиты ходатайства о приобщении указанной информации к уголовному делу в качестве доказательств, а о заявлении ей ходатайства перед властным субъектом о необходимости производства соответствующего следственного либо судебного действия, направленного на собирание доказательств <2>.

<1> О собирании доказательств защитником путем получения им предметов, документов и иных сведений, опроса лиц с их согласия, истребования справок, характеристик, иных документов, например, прямо пишут О.А. Вагин, А.П. Исиченко, Г.Х. Шабанов. См.: Вагин О.А., Исиченко А.П., Шабанов Г.Х. Оперативно-розыскные мероприятия и использование их результатов. М., 2006. С. 109.

<2> Предлагаемый нами подход исключает правовую неопределенность относительно информации, собранной адвокатом в процессе, о которой пишет В.А. Новицкий (см.: Новицкий В.А. Теория процессуального доказывания и правоприменения. С. 101). Более того, при этом становится понятной недопустимость влияния указанной информации на внутреннее убеждение судей, которую допускает В.А. Новицкий. См.: Новицкий В.А. Указ. соч. С. 101.

Необходимость осуществления данного действия должна вытекать из существа информации, представленной стороной защиты в обоснование заявленного ходатайства. При его производстве будет сформирована (в рамках уже следственного либо судебного действия) новая (а не та информация, которая ранее была собрана и представлена стороной защиты) имеющая значение для уголовного дела информация, отвечающая не только требованию относимости, но и требованию допустимости. Именно эта информация и составляет содержание сформированного доказательства. По содержанию данное доказательство может совпадать с информацией, собранной и представленной стороной защиты, но это не основание для их отождествления и тем более подмены доказательств информацией собранной защитой.

Представление о том, что сторона защиты собирает доказательства, основывается на принципе состязательности и равноправия сторон. Так, например, С.А. Шейфер видит в расширении возможности сбора доказательств стороной защиты на предварительном расследовании усиление состязательных начал в судебном разбирательстве <1>.

<1> См.: Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. Тольятти: Волжский университет им. В.Н. Татищева, 1997. С. 10.

Учитывая, что принципу состязательности и равноправия сторон в значительной мере подчинена не только структура УПК РФ, но и реализованная в нем уголовно-процессуальная форма, имеет смысл проанализировать пример, связанный с абсолютизацией указанного принципа. При этом будут показаны причины онтологического и гносеологического характера, препятствующие реализации идеи собирания доказательств стороной защиты в процессе доказывания.

В период разработки нового уголовно-процессуального законодательства в журнале "Российская юстиция" (N 9 за 1994 г.) был опубликован проект Общей части УПК Российской Федерации, подготовленный авторским коллективом под руководством С.А. Пашина. В данном проекте такие основополагающие начала состязательности, как отделение друг от друга функций уголовного преследования, защиты и осуществление их различными органами (ч. 2 ст. 24), вошли в

противоречие с содержанием ч. 2 ст. 13 (носящей более общий характер, чем ст. 24). Она устанавливает, что органы уголовного преследования (прокурор, следователь, дознаватель) должны с одинаковой тщательностью выявлять обстоятельства как уличающие, так и оправдывающие подозреваемого (обвиняемого), как отягчающие, так и смягчающие его ответственность. В результате уголовное преследование в проекте фактически не отделено от защиты, равно как и то, что они будут осуществляться одними и теми же органами (органами, действующими на стороне обвинения). В итоге по отношению к стороне обвинения принцип состязательности в смысле ч. 2 ст. 24 не выдержан.

Не удалось последовательно реализовать в анализируемом проекте УПК принцип состязательности и равноправия сторон и по отношению к стороне защиты. Разрешение стороне защиты вести параллельное расследование оценивалось авторами проекта в качестве наиболее существенной новеллы, воплощающей принцип состязательности в уголовном судопроизводстве <1>. Однако с этим утверждением нельзя согласиться. Использование защитой предоставленного ей разработчиками проекта УПК права осуществлять частные расследовательские меры, в том числе посредством частного детектива (п. 5 ч. 1 ст. 89), обернется на практике тем, что она утратит присущую только ей качественную определенность и превратится в свою противоположность - обвинение.

<1> См.: Новые идеи уголовной юстиции // Российская юстиция. 1994. N 9. С. 1.

Причины, по которым не только защитника, но и других участников со стороны защиты недопустимо наделять правом производства действий, направленных на собирание доказательств, не выходя за пределы содержания принципа состязательности и равноправия сторон, вскрыть невозможно. Они кроются глубже и обусловлены предпосылками онтологического и гносеологического характера. Краткое их изложение можно свести к следующему. В объективной и субъективной реальности следы преступления отражаются в слитном, нерасчлененном виде. В силу этого вне процесса познания, реализуемого в уголовном судопроизводстве в форме доказывания, выделить из них те, которые образуют содержание оправдательных доказательств, и отделить их от тех, которые станут содержанием обвинительных доказательств, часто представляется просто невозможным. Как следствие, при осуществлении предлагаемых в проекте частных расследовательских мер, особенно на первоначальном этапе расследования, будет трудно, а порой и просто невозможно определить, какое доказательство формируется - обвинительное или оправдательное. Более того, если первоначально стороной защиты доказательство оценивалось как оправдательное, то не исключено, что впоследствии оно может быть расценено как обвинительное.

Наделив сторону защиты указанным правом, законодатель не только создал бы предпосылки для ее смешения с обвинением, но породил бы непреодолимые трудности и для самой защиты. Сторона защиты будет вынуждена либо проводить частные расследовательские меры выборочно, отражая в соответствующих документах лишь то, что, по ее мнению, на данном этапе оправдывает подозреваемого (обвиняемого), не исключая при этом возможности оценки в дальнейшем зафиксированного как обвинительного доказательства, либо вообще не фиксировать ничего, если она столкнется с обстоятельствами (сведениями), на ее взгляд, обвинительными, отягчающими ответственность. В итоге параллельное расследование, проводимое стороной защиты, задуманное как воплощение принципа состязательности, обернется на практике своей противоположностью. А именно: осуществление функции защиты превратится в уголовное преследование, а сторона защиты станет стороной обвинения.

Реализация на практике анализируемой новеллы создаст непреодолимые трудности и для стороны обвинения при осуществлении ею уголовного преследования. Следователь, дознаватель будут лишены возможности выполнить неотложные следственные действия. Производство указанных действий стороной обвинения после того, как обстоятельства, факты, входящие в их

предмет, стали объектом частных расследовательских мер, не даст желаемого результата. Следы преступления к этому времени могут исчезнуть естественным путем либо будут уничтожены заинтересованными лицами. Любая отсрочка с производством неотложных следственных действий неизбежно ведет к утрате, причем не только обвинительных, но и оправдательных доказательств.

Закрепление в законе идеи параллельного расследования может привнести в уголовный процесс нездоровую конкуренцию. Такое расследование неизбежно обернется в конечном счете производством, по сути, одних и тех же действий сторонами, многочисленными повторными вызовами граждан, отвлечением их от обычных занятий. Кроме того, кто будет нести расходы, связанные с осуществлением частных расследовательских мер (да и частных следственных действий, предусмотренных ст. ст. 75, 81, 89 и 161 проекта)? В условиях значительной дифференциации в доходах и имущественном положении граждан параллельное расследование может привести к двойному стандарту судопроизводства: один - для бедных, другой - для богатых, т.е. фактическому неравенству граждан перед законом и судом, нарушению положений ст. 19 Конституции России и, как следствие, к возрастанию социальной напряженности в обществе.

Воплощенная в рассматриваемом проекте форма состязательности придает неожиданное звучание и таким новым для отечественного уголовного процесса правовым понятиям, содержащимся в проекте, как "наблюдатель" и "частные следственные действия". Анализ ст. 101 позволяет сделать вывод, что содержание этой статьи не соответствует ее названию "Наблюдатель". Возлагаемые на данного субъекта обязанности "выполнять законные просьбы лица, производящего частное следственное действие, и оказывать ему содействие с использованием принадлежащих наблюдателю должностных полномочий" (п. 3 ч. 3 ст. 101) свидетельствуют о том, что функция наблюдателя ему фактически не свойственна. Более того, предусмотренное проектом назначение наблюдателя из числа сотрудников органа дознания (ч. 1 ст. 101) и возложение на него обязанности по применению мер принуждения, необходимых для начала и обеспечения нормального хода частного следственного действия (ч. ч. 1, 5 ст. 205), ставит под вопрос правомерность их названия частными. По существу, при таком подходе они приобретают публично-правовой характер, так как обеспечиваются принудительной силой государства.

Таким образом, в проекте имеет место такая форма реализации принципа состязательности и равноправия сторон, которая привела к абсолютизации частного начала в уголовном судопроизводстве. В результате частное начало судопроизводства, доведенное до крайности, вступило не только в противоречие с его публичным началом, но и, как всякая крайность превратилось в свою противоположность - публичность. При этом публичное начало в лице наблюдателя, становясь на службу частного интереса, закономерно превращается в частное начало. Противоположности сходятся <1>!

<1> Анализ идеи параллельного расследования, проводимого стороной защиты, был осуществлен автором в одной и из ранее опубликованных статей. См.: Доля Е.А. Проект Общей части Уголовно-процессуального кодекса РФ: критический анализ // Государство и право. 1995. N 5. С. 83 - 92.

По указанным выше причинам представляется неточным мнение Л.Б. Алексеевой о том, что предоставление защитнику обвиняемого права вести самостоятельное расследование не нашло широкой поддержки из-за:

а) неразработанности приемлемой процедуры адвокатского расследования;

б) отсутствия коренной перестройки предварительного следствия (включая возможность широкого участия в нем судьи);

в) отсутствия желания со стороны адвокатов прилагать значительные усилия по собиранию доказательств <1>.

<1> См.: Алексеева Л.Б. Некоторые вопросы реализации принципа состязательности в проекте нового Уголовно-процессуального кодекса РФ // Судебная реформа: итоги, приоритеты, перспективы: Материалы конференции. Серия "Научные доклады". N 47. М.: Московский общественный научный фонд, 1997. С. 118 - 119. В целом же с выводом Л.Б. Алексеевой о том, что теоретическая разработка содержания принципа состязательности оставляет желать лучшего, следует полностью согласиться. Об этом см.: Алексеева Л.Б. Указ. соч. С. 120. К этому необходимо добавить, что указанный вывод следует распространить практически на все принципы уголовного судопроизводства, включая их систему. В теории отсутствует разработка онтологических и гносеологических основ как указанных принципов, так и их системы.

Именно отмеченным выше противоречием содержания принципа состязательности и равноправия сторон онтологическим и гносеологическим основам уголовного судопроизводства <1> объясняется и непоследовательность законодателя в реализации данного принципа и в действующем УПК РФ. Согласно ч. 2 ст. 15, в которой он прямо закреплен, функции обвинения и защиты отделены друг от друга и не могут быть возложены на один и тот же орган или одно и то же должностное лицо. В то же время законодатель предписывает следователю, дознавателю при производстве по уголовному делу доказывать не только обстоятельства, указывающие на виновность лица в совершении преступления, но и обстоятельства, исключающие преступность и наказуемость деяния, смягчающие наказание, обстоятельства, могущие повлечь за собой освобождение от уголовной ответственности и наказания (ч. 1 ст. 73 УПК РФ).

<1> Данное обстоятельство не учитывают авторы, в принципе допускающие последовательную реализацию принципа состязательности и равноправия сторон в досудебном и судебном производстве и полагающие, что это может быть обеспечено в том числе и предоставлением стороне защиты права на "параллельное" расследование. Об этом см., например: Давлетов А. Проблема состязательности решена в УПК РФ неудачно // Российская юстиция. 2003. N 8.

Обязанность реализации следователем, дознавателем, по сути, функции защиты четко проявляется и в нормах закона, предписывающих данным субъектам соответственно в обвинительном заключении и обвинительном акте приводить перечень доказательств, подтверждающих обвинение, и перечень доказательств, на которые ссылается сторона защиты (п. п. 5, 6 ч. 1 ст. 220, п.п. 6 ч. 1 ст. 225 УПК РФ). Аналогичный подход используется и в ч. 4 ст. 220 УПК РФ, устанавливающей требования к списку лиц, подлежащих вызову в судебное заседание, который прилагается к обвинительному заключению.

Непоследовательность законодателя в реализации принципа состязательности и равноправия сторон обнаруживается и в нормах, регулирующих собирание доказательств участниками уголовного судопроизводства со стороны защиты, и прежде всего защитником. Так, в ч. 1 ст. 86 УПК, посвященной собиранию доказательств, закреплено положение, согласно которому собирание доказательств осуществляется в ходе уголовного судопроизводства дознавателем, следователем, прокурором и судом путем производства следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных настоящим Кодексом. В части второй данной статьи законодатель наделяет подозреваемого, обвиняемого, а также потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика и их представителей правом собирать и представлять письменные документы и предметы для приобщения их к уголовному делу в качестве доказательств.

В части третьей анализируемой статьи прямо говорится о праве защитника собирать

доказательства путем:

1) получения предметов, документов и иных сведений;

2) опроса лиц с их согласия;

3) истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставлять запрашиваемые документы или их копии.

Содержание приведенной статьи свидетельствует о двойственном отношении законодателя к собиранию доказательств.

Из ее первой части следует, что доказательства собираются только властными субъектами уголовного судопроизводства и только путем производства следственных и иных процессуальных действий, предусмотренных законом. В части второй и третьей анализируемой нормы законодатель отходит от этой позиции, наделяя правом представлять и собирать доказательства уже и невластных субъектов судопроизводства. Причем применительно к защитнику он в самых общих чертах прописывает и конкретные способы собирания доказательств.

Двойственный подход к решению рассматриваемого вопроса законодателя, отсутствие по нему единого мнения в теории не могли не сказаться отрицательным образом и на практике судопроизводства. В одних случаях суды признают результаты опроса защитником лиц с их согласия в качестве доказательств, в других случаях - отвергают их доказательственное значение.

Положения части второй и третьей ст. 86 УПК РФ, подлежащие применению в системной связи с другими нормами уголовно-процессуального закона, не дают оснований рассматривать в качестве доказательств полученные и представленные невластными участниками уголовного судопроизводства (включая защитника) предметы, документы, иные сведения (в том числе полученные защитником путем опроса лиц с их согласия), а следовательно, и как допускающие возможность собирания доказательств данными участниками. О правильности именно такого вывода свидетельствует содержание уголовно-процессуальных норм, регулирующих показания подозреваемого и обвиняемого, потерпевшего и свидетеля. При их анализе обнаруживается, что единственными способами собирания указанных видов доказательств являются проводимые в ходе досудебного производства по уголовному делу или в суде в соответствии с требованиями ст. ст. 173 - 174, 187 - 191, 275, 278 и 280 УПК РФ следственные и судебные действия (допрос подозреваемого, допрос обвиняемого, допрос потерпевшего и допрос свидетеля). Данные действия по собиранию доказательств не проводятся ни защитником, ни другими невластными участниками уголовного судопроизводства. Не собирает защитник и доказательств других видов.

Не могут служить аргументом в пользу того, что защитник (равно как и другие невластные участники уголовного судопроизводства) собирает доказательства, и положения закона, предоставляющие ему право участвовать в следственных и судебных действиях (включая оказание юридической помощи своему подзащитному или свидетелю). Анализ данных норм однозначно свидетельствует о том, что защитник (и иные невластные участники уголовного судопроизводства) фактически лишь участвует в допросах подозреваемого, обвиняемого, а также в иных следственных (судебных) действиях, являющихся способами собирания доказательств и производимых с участием подозреваемого, обвиняемого либо по его ходатайству или ходатайству самого защитника (п. 5 ч. 1 ст. 53, ч. 5 ст. 189, ст. ст. 275, 277, 278, 282, 283, 287 - 290 УПК РФ).

Неоднозначность позиции законодателя по рассматриваемому вопросу, образно выражаясь, подлила масла в огонь продолжающейся длительное время среди процессуалистов дискуссии по поводу права стороны защиты собирать и представлять доказательства. Сторонники наличия у стороны защиты такого права (а их в настоящее время, судя по количеству публикаций, немало), кроме ссылки на ч. ч. 2 и 3 ст. 86 УПК РФ, аргументируют свою позицию требованиями принципа

состязательности и равноправия сторон. Исходя из него они считают необходимым уравнять возможности стороны обвинения и защиты по собиранию доказательств и рассматривать представленные стороной защиты предметы, документы, результаты опроса в качестве доказательств <1>.

КонсультантПлюс: примечание.
Статья Н.А. Колоколова "Параллельное адвокатское расследование" включена в информационный банк согласно публикации - "ЭЖ-Юрист", 2005, N 21, "Адвокатская практика", 2005, N 4.

<1> См.: Петрухин И.Л. Состязательность и правосудие // Государство и право. 1994. N 10. С. 137; Он же. Теоретические основы реформы уголовного процесса в России. Ч. II. М., 2005. С. 12; Громов Н.А., Францифоров Ю.В., Макаров Л.В. Сущность уголовно-процессуального доказывания // Следователь. 2001. N 1. С. 13; Макаров Л.В. Уголовная политика и совершенствование института защиты в уголовном процессе России // Конституционные основы организации и функционирования институтов публичной власти в Российской Федерации: Материалы Всероссийской научно-практической конференции 20 - 21 апреля 2000 г. Екатеринбург, 2001. С. 54; Бормотова Л.В. Направления, средства защиты и способы их реализации в ходе досудебного производства по уголовному делу // Вестник ОГУ. 2005. N 3. С. 35; Леви А.А., Игнатьева М.В., Капица Е.И. Особенности предварительного расследования преступлений, осуществляемого с участием адвоката. М.: Юрлитинформ, 2003. С. 35 - 37; Карякин Е. Допустимость доказательств, собранных защитником, и осуществление функции защиты в уголовном судопроизводстве // Российская юстиция. 2003. N 6; Давлетов А. Право защитника собирать доказательства // Российская юстиция. 2003. N 7. С. 51; Кореневский Ю.В., Падва Г.П. Участие защитника в доказывании по новому уголовно-процессуальному законодательству: Практ. пособие. М.: Юристъ, 2004. С. 76; Пикалов И.А. Роль защитника в процессе доказывания, при производстве расследования по уголовному делу // Закон и право. 2004. N 11. С. 19 - 22; Громов Н.А., Курушин С.А. Гарантии права на защиту обвиняемого в досудебных стадиях по УПК РФ: Учеб.-практ. пособие. М.: Издательский дом И.И. Шумиловой, 2005. С. 61, 90; Колоколов Н.А. Параллельное адвокатское расследование: цена результатов // Уголовный процесс. 2005. N 12; Лазарева В.А. О некоторых обвинительных тенденциях в судебной практике и эмансипации процессуальной формы // Материалы международной научно-практической конференции "Актуальные проблемы уголовного судопроизводства: вопросы теории, законодательства, практики применения" (к 5-летию УПК РФ). М., 2007. С. 235 - 238 и др.

Противники данного подхода, опираясь на положения ч. 1 ст. 86, ст. 87, ч. ч. 2 и 3 ст. 88 УПК РФ, утверждают, что доказывание осуществляют властные субъекты уголовного судопроизводства, а поэтому сторона защиты не вправе собирать доказательства. Представленные стороной защиты предметы, документы, результаты опроса, по их мнению, доказательствами не являются и могут рассматриваться лишь в качестве материалов, дающих основания стороне защиты для заявления ходатайств о производстве соответствующих следственных или судебных действий <1>. Именно в результате производства данных действий властными субъектами уголовного судопроизводства и будут собраны доказательства.

<1> См.: Калиновский К.Б. О праве адвоката собирать доказательства в российском уголовном процессе // Криминалистический семинар. Вып. 3 / Отв. ред. В.В. Новик. СПб.: Санкт-Петербургский юридический институт Генеральной прокуратуры РФ, 2000. С. 92 - 96; Победкин А.В. Некоторые вопросы собирания доказательств по новому уголовно-процессуальному законодательству России // Государство и право. 2003. N 1; Ульянова Л.Т. Собирание доказательств // Уголовный процесс: Учебник для студентов юридических вузов и факультетов / Под ред. К.Ф. Гуценко. Изд. 5-е, перераб.

и доп. М.: ИКД "Зерцало-М", 2004. С. 222 - 223; Камышин В.А. Защитник как субъект собирания доказательств: желаемое и действительное // Вестник ОГУ. 2005. N 3. С. 61 - 64.

Отмеченная выше двойственность законодателя не дает основания для вывода о том, что доказательства собираются защитником и другими невластными участниками уголовного судопроизводства. Положения ч. ч. 2 и 3 ст. 86 УПК РФ, касающиеся права защитника и других невластных субъектов собирать и представлять доказательства, могут быть правильно истолкованы только в системной связи со всеми другими нормами доказательственного права.

В первую очередь при этом следует учитывать нормативное определение доказательства. Реальные место и роль защитника в собирании, проверке и оценке как частях единого органического целого - процесса доказывания невозможно определить без учета требований закона, предъявляемых к доказательству - единственному средству, с помощью которого доказывание и может осуществляться. В соответствии с ч. 1 ст. 74 УПК РФ доказательствами по уголовному делу являются любые сведения, на основе которых властные субъекты уголовного судопроизводства в порядке, определенном законом, устанавливают обстоятельства и факты, имеющие значение для уголовного дела. Другими словами, согласно закону доказательствами признаются относящиеся к уголовному делу сведения, которые были собраны (точнее, сформированы) именно судом, прокурором, следователем, дознавателем в порядке, определенном УПК РФ, т.е. их формирование прошло через сознание указанных субъектов. Только в этом случае властные субъекты уголовного судопроизводства смогут, как это предписывает закон, устанавливать наличие или отсутствие обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела.

Только в рамках чувственного (непосредственного или опосредствованного) познания, которому в доказывании соответствует собирание доказательств, властные субъекты уголовного судопроизводства могут при производстве следственных и судебных действий кратчайшим путем сформировать относимые к делу сведения (доказательства) и таким образом воссоздать в своем сознании чувственный образ обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела.

В ходе опроса защитником лица с его согласия чувственное познание (опосредствованное) обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, осуществляет защитник, а не те субъекты, о которых говорит закон в статьях о доказательстве и собирании доказательств (ст. ст. 74, 86 УПК РФ). Именно в его сознании, а не в сознании дознавателя, следователя, судьи при этом создается мысленный образ указанных обстоятельств.

Для формирования в сознании властных субъектов образа данных обстоятельств необходимо, чтобы они сами допросили в качестве свидетеля лицо, опрошенное защитником. Только таким образом они, минуя опосредующие звенья (опрос лица защитником), смогут кратчайшим путем осуществить, соблюдая требования уголовно-процессуального закона, чувственное опосредствованное познание значимых для уголовного дела обстоятельств, сведения о которых содержались в объяснении, полученном защитником. Поэтому сведения, полученные в результате опроса защитником, доказательством не являются, а проведенный опрос нельзя рассматривать как собирание доказательств защитником.

Положение закона о признании доказательствами сведений, на основе которых властные субъекты уголовного судопроизводства в порядке, определенном законом, устанавливают обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела, корреспондирует и с содержанием статьи, определяющей обстоятельства, подлежащие доказыванию (ч. 1 ст. 73 УПК РФ). Предписание данной статьи обращено к властным субъектам уголовного судопроизводства. Оно может быть выполнено лишь в том случае, если именно указанные субъекты будут собирать, проверять и оценивать доказательства, т.е. осуществлять познание данных обстоятельств сами. О том, что доказывание, а следовательно, и собирание доказательств осуществляют властные субъекты уголовного судопроизводства, свидетельствуют и нормы, регулирующие проверку и оценку доказательств (ст. ст. 17, 87, ч. ч. 2 и 3 ст. 88 УПК РФ).

Нормы закона, наделяющие потерпевшего, гражданского истца, подозреваемого, обвиняемого, защитника, гражданского ответчика правом представлять доказательства (ст. ст. 42, 44, 46, 47, 53 и 54 УПК РФ), не могут быть истолкованы буквально. Кроме приведенных выше причин указанные субъекты не могут представить доказательств и в силу особенностей социальной формы движения материи, связанной с тем, что доказательства в готовом виде ни в природе, ни в обществе не существуют <1>. Представить следователю, суду можно то, что физически существует, например предмет, документ, человека. Но доказательства как относимые к делу сведения в готовом виде не существуют. Они могут быть сформированы властными субъектами только в условиях и в порядке предусмотренных законом следственных и судебных действий. Условия и порядок производства данных действий (уголовно-процессуальная форма) выступают важнейшей гарантией доброкачественности формируемых при этом доказательств, соблюдения прав и законных интересов участников процесса, надлежащего решения задач судопроизводства <2>.

<1> Данное положение в полной мере распространяется и на властных субъектов уголовного судопроизводства. Они тоже не могут представить, равно как и собрать, доказательства.

<2> Определяющее влияние уголовно-процессуальной формы на доброкачественность формируемых доказательств проявляется, в частности, в том, что закон регулирует обязательность и пределы применения наиболее общих приемов познания, образующих центральную часть всех способов собирания доказательств.

Именно представлением о том, что доказательства существуют в готовом виде, можно объяснить широко используемые в законе термины "собирание доказательств" и "представление доказательств". Из существования доказательств в готовом виде фактически исходят и все авторы, полагающие, что защитник и другие невластные субъекты уголовного судопроизводства вправе представлять доказательства.

По указанным выше причинам нельзя рассматривать в качестве доказательств полученные и представляемые невластными участниками уголовного судопроизводства предметы, документы, иные сведения (включая результаты опроса лиц защитником) и на этой основе утверждать, что данные участники собирают доказательства.

Защитник (равно как и другие невластные субъекты уголовно-процессуальной деятельности) представляет не доказательство, а всего лишь предмет. На его основе дознавателем, следователем или судом может быть сформировано вещественное доказательство. Для этого дознаватель, следователь, суд должны в установленном законом порядке осмотреть указанный предмет. Если при этом будут выделены его свойства и состояния, имеющие значение для уголовного дела, то сведения о них найдут отражение в соответствующем протоколе, а сам предмет будет признан вещественным доказательством и приобщен к делу постановлением (определением).

О том, что защитник (равно как и другие названные выше участники судопроизводства) представляет не доказательства, а предмет, свидетельствует и нормативное определение доказательства. Согласно закону под доказательством понимаются не предметы, а сведения, на основе которых властные субъекты уголовного судопроизводства устанавливают обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела (ч. 1 ст. 74 УПК РФ).

Аналогичным образом обстоит дело и с документами, представленными защитником органам расследования или в суд. Их нельзя рассматривать в качестве доказательств (иных документов), собранных защитником. В данном случае речь может идти о заявлении защитником ходатайства с просьбой рассмотреть документ и приобщить его к уголовному делу. Указанный документ может послужить основой для формирования такого вида доказательств, как иные документы. Для этого с его содержанием путем прочтения должен быть ознакомлен соответствующий властный субъект. В суде обязательной частью способа собирания иного

документа станет и его оглашение. Если при этом будет установлено, что в тексте документа содержатся относимые к уголовному делу сведения и он отвечает иным требованиям, предъявляемым к указанному виду доказательств, данный документ должен быть признан доказательством - иным документом и приобщен к делу.

Допускают ошибку авторы, полагающие, что защитник собирает фактические данные, обладающие свойством относимости, которым следователь придает свойство допустимости, в результате чего в уголовном деле появляются доказательства <1>. Применение, например, уголовно-процессуальной формы допроса не придает и не может придать сведениям, полученным защитником при опросе лица с его согласия, статуса доказательства. Облачить в уголовно-процессуальную форму свидетельских показаний сведения, полученные защитником при опросе лица с его согласия, и таким образом придать им свойство допустимости в принципе невозможно, если не считать допрос свидетеля (как и любое другое следственное, судебное действие, являющееся способом собирания доказательств) пустой формальностью.

<1> См.: Макарова З. Состязательность нужна, но какая? // Законность. 1999. N 3. С. 25; Михайловская И.Б. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе. М.: ТК Велби; Изд-во "Проспект", 2006. С. 47, 140. 147 - 148.

При допросе указанного лица в качестве свидетеля с соблюдением требования допустимости получаются (формируются) иные сведения, чем те, которые от него были получены при опросе защитником. По содержанию они практически в полной мере никогда не совпадут с содержанием тех сведений, которые ранее были получены защитником при опросе. Их относимость к уголовному делу, например, при допросе на предварительном следствии будет определять следователь, который в отличие от защитника обязан обращать внимание, а следовательно, и фиксировать в материалах дела сведения, не только оправдывающие обвиняемого (смягчающие его вину), но и данные обвинительного характера. Аналогичная ситуация будет иметь место при допросе указанного свидетеля и в суде. Уголовно-процессуальная форма всегда содержательна, а содержание формируемых доказательств должно быть получено только в рамках предусмотренной законом уголовно-процессуальной формы.

Отмеченная ошибка получила широкое распространение в юридической литературе. Ее повторяют и авторы, утверждающие, что вся получаемая защитником на основании ч. 3 ст. 86 УПК РФ "значимая для дела информация еще не служит доказательством. Чтобы приобрести статус доказательств, собранные сведения должны быть облечены в определенную процессуальную форму одного из видов доказательств..." <1>.

<1> См.: Громов Н.А., Францифоров Ю.В., Макаров Л.В. Сущность уголовно-процессуального доказывания // Следователь. 2001. N 1. С. 13; Макаров Л.В. Уголовная политика и совершенствование института защиты в уголовном процессе России // Конституционные основы организации и функционирования институтов публичной власти в Российской Федерации: Материалы Всероссийской научно-практической конференции 20 - 21 апреля 2000 г. Екатеринбург, 2001. С. 54; Леви А.А., Игнатьева М.В., Капица Е.И. Особенности предварительного расследования преступлений, осуществляемого с участием адвоката. М.: Юрлитинформ, 2003. С. 35 - 37; Кореневский Ю.В., Падва Г.П. Участие защитника в доказывании по новому уголовно-процессуальному законодательству: Практ. пособие. М.: Юристъ, 2004. С. 76; Громов Н.А., Курушин С.А. Гарантии права на защиту обвиняемого в досудебных стадиях по УПК РФ: Учеб.-практ. пособие. М.: Издательский дом И.И. Шумиловой, 2005. С. 61, 90 и др.

Аналогичную позицию в данном вопросе занимает и П.А. Лупинская, пришедшая к выводу "о том, что документы, предметы, сведения, полученные в результате опроса защитником лиц, не

отвечают такому обязательному свойству доказательства, как допустимость, так как они не получены и не закреплены в процессуальном порядке и в процессуальной форме. Поэтому все сведения, собранные защитником, могут стать доказательствами после того, как они будут представлены лицам, ведущим судопроизводство, признаны ими имеющими значение по делу и приобретут необходимую процессуальную форму, а именно: лицо, опрошенное защитником, должно быть допрошено по правилам допроса свидетеля, потерпевшего, документы, предметы приобщены к делу соответствующим постановлением (определением)" <1>.

<1> См.: Лупинская П.А. Собирание доказательств // Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. М.: Юристъ, 2004. С. 254. Приведенная точка зрения П.А. Лупинской представляет собой дальнейшее развитие ее позиции по данной проблеме, согласно которой "УПК РФ вовсе не исключает право субъектов процесса на стороне защиты собирать доказательства, о чем прямо сказано в ч. 2 ст. 86". См.: Лупинская П.А. Доказательства и доказывание в новом уголовном процессе // Российская юстиция. 2002. N 7. С. 7.

Из правильного тезиса, согласно которому документы, предметы, сведения, полученные в результате опроса защитником лиц, не отвечают требованию допустимости, автор делает неправильный вывод о том, что "все сведения, собранные защитником, могут стать доказательствами (выделено нами. - Е.Д.) после того, как они будут представлены лицам, ведущим судопроизводство, признаны ими имеющими значение по делу и приобретут необходимую процессуальную форму, а именно: лицо, опрошенное защитником, должно быть допрошено по правилам допроса свидетеля, потерпевшего, документы, предметы приобщены к делу соответствующим постановлением (определением)" <1>.

<1> Аналогичную позицию в данном вопросе занимает и Л.Т. Ульянова. Она отмечает: "...все, что может собрать защитник, не приобретает статуса уголовно-процессуального доказательства. Чтобы сведения, выявленные и собранные защитником, стали доказательствами, необходимо придать им процессуальную форму. Для этого защитник должен заявить ходатайство о приобщении к делу предметов, документов, справок и о допросе опрошенного защитником лица в качестве свидетеля или потерпевшего. Если дознаватель, следователь, прокурор, суд удовлетворят это ходатайство, то собранные сведения обретут статус доказательства". См.: Ульянова Л.Т. Собирание доказательств // Уголовный процесс: Учебник для студентов юридических вузов и факультетов / Под ред. К.Ф. Гуценко. Изд. 5-е, перераб. и доп. М.: ИКД "Зерцало-М", 2004. С. 222 - 223.

Данный вывод обусловлен принижением значения уголовно-процессуальной формы, фактическим отрицанием того, что именно в данной форме происходит собирание (формирование) доказательств как относимых к делу сведений. Между тем форма всегда содержательна. Именно в рамках уголовно-процессуальной формы происходит формирование содержания доказательств, представляющее собой единичные акты чувственного познания обстоятельств и фактов, имеющих значение для уголовного дела. Только соблюдение предусмотренной законом формы (условий и порядка производства следственных и судебных действий) позволяет при этом получить искомое содержание (относимые к уголовному делу и допустимые сведения).

Все сведения, собранные защитником, о которых пишет П.А. Лупинская, не могут стать доказательствами и "после того, как они будут представлены лицам, ведущим судопроизводство, признаны ими имеющими значение по делу и приобретут необходимую процессуальную форму...". Представление защитником указанных сведений лицам, ведущим уголовное судопроизводство, как отмечалось ранее, можно рассматривать лишь в качестве его ходатайства о вызове и допросе соответствующего лица в качестве свидетеля (потерпевшего, подозреваемого, обвиняемого). Признание властными субъектами судопроизводства представленных защитником сведений имеющими значение для уголовного дела при рассмотрении заявленного ходатайства будет

означать только наличие законных оснований для вызова и допроса лица, а следовательно, и удовлетворение данного ходатайства. Таким образом, выполнение двух из трех вышеназванных условий создает лишь надлежащие предпосылки для производства допроса, и не более того.

Третье условие, о котором пишет П.А. Лупинская, - приобретение сведениями, собранными защитником, необходимой процессуальной формы (путем допроса опрошенного лица) - выполнить невозможно. В рамках допроса происходит не приобретение сведениями, ранее собранными защитником путем опроса, необходимой процессуальной формы, а формирование новых (других по своей правовой природе и предназначению) сведений - доказательств <1>.

<1> Позицию, согласно которой сведения, собранные защитником обвиняемого, после представления их следователю, суду и совершения ими соответствующих следственных и судебных действий приобретают процессуальную форму показаний свидетеля, П.А. Лупинская отстаивает и в более поздней работе. См.: Лупинская П.А. Заключительное слово на международной научно-практической конференции, посвященной 5-летию принятия УПК РФ. С. 619 - 620.

Тот факт, что сведения, полученные защитником в результате опроса лица, и относимые к делу сведения, сформированные в ходе последующего допроса указанного лица в качестве свидетеля, имеют единую основу (предыдущее восприятие данным лицом лично или со слов других лиц фактов и обстоятельств, имеющих значение для дела), не может служить причиной для их отождествления. Наличием у них единой основы объясняется возможность совпадения указанных данных между собой с точки зрения их содержания. Но и это обстоятельство не аргумент для вывода о том, что сведения, собранные защитником, могут стать доказательствами после приобретения ими необходимой процессуальной формы (допроса лица, опрошенного защитником в качестве свидетеля).

При соблюдении необходимой процессуальной формы на допросе формируются доказательства (новые относимые к уголовному делу данные), но ни в коем случае не происходит приобретение сведениями, ранее полученными в результате опроса защитником лица, указанной процессуальной формы. Какой смысл в придании сведениям, собранным защитником, необходимой процессуальной формы, если в результате "приобретения ими данной формы" получаются те же самые сведения? Только признанием за процессуальной формой допроса значения простой формальности можно объяснить подобный подход.

Любая форма содержательна. Не существует бессодержательных форм и неоформленных содержаний. Разные правовые формы предназначены для познания, формирования и выражения разных содержаний. Именно в этом заключается одно из диалектических проявлений взаимосвязи формы и содержания, этих относительных противоположностей, переходящих друг в друга. Именно потому, что уголовно-процессуальная форма всегда содержательна, она и может играть роль одной из важнейших гарантий получения доброкачественных доказательств, соблюдения прав и законных интересов участников судопроизводства, надлежащего решения его задач.

Формирование сведений, полученных в результате опроса защитником лица, происходит в ином пространстве и времени, в другой правовой форме. Они исходят от лица, не занимающего правового положения свидетеля с установленными для него обязанностями, правами и ответственностью. Их получение осуществляется субъектом, на которого законом не возложена обязанность доказывания по уголовным делам. Данные сведения формируются в иных условиях, при соблюдении иного (вне урегулированного законом) порядка, чем тот, который имеет место в последующем при формировании относимых к делу сведений (доказательств) на допросе данного лица в качестве свидетеля. Их формирование происходит за пределами действий и сознания властных субъектов уголовного судопроизводства, на которых по закону лежит обязанность осуществления доказывания.

Признание доказательственного значения за сведениями, полученными защитником при опросе, ведет к нарушению положений ч. 1 ст. 74 УПК РФ, согласно которым доказательствами признаются только те сведения, с помощью которых властные субъекты судопроизводства устанавливают наличие или отсутствие обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела. То есть доказательствами (при последовательном толковании закона) являются только те сведения, которые сформированы самими указанными субъектами, поскольку установление ими обстоятельств, имеющих значение для дела, начинается уже в момент формирования ими доказательств при производстве соответствующего процессуального действия, а не после того, как доказательства уже сформированы защитником в результате опроса. Данное положение распространяется на все виды доказательств.

Будучи полученными в рамках опроса, указанные сведения выполнили свое предназначение (то, ради чего они получались защитником), послужив основанием для вызова и допроса соответствующего лица. Их формирование как оснований для допроса происходило за пределами процесса доказывания, и это правомерно. Однако они не могут использоваться в процессе доказывания при собирании, проверке и оценке доказательств. На их основе, в частности при допросе даже того лица, от которого ранее было получено объяснение защитником, следователь не должен формировать свои знания о преступлении (устанавливать наличие или отсутствие обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела).

Если согласиться с возможностью собирания доказательств защитником, т.е. признать доказательственное значение за результатами проведенного им опроса, равно как и за предметами, документами и иными сведениями, полученными им (другими невластными участниками уголовного судопроизводства) за пределами производства следственных и судебных действий, то необходимо будет признать, что законодатель устанавливает двойной стандарт относительно допустимости доказательств. Один - детально урегулированный - к доказательствам, собираемым властными субъектами уголовного судопроизводства, и другой, совершенно упрощенный (можно даже сказать никакой), - к доказательствам, собираемым защитником (представляемым другими невластными субъектами уголовного судопроизводства). Это подрывает единое понятие доказательства, разрушает всю систему правовых гарантий его доброкачественности, ведет к нарушению принципа состязательности и равноправия сторон (существенно ослабляет сторону обвинения и неоправданно усиливает сторону защиты).

По рассматриваемому вопросу нельзя согласиться и с точкой зрения, высказанной Ю.В. Кореневским. В соответствии с ней, чтобы приобрести статус доказательств, сведения, собранные защитником (информация, полученная защитником), должны быть облечены в определенную процессуальную форму одного из видов доказательств, предусмотренных ч. 2 ст. 74 УПК РФ, и таким образом происходит их преобразование в процессуальные доказательства <1>. Если П.А. Лупинская и другие вышеприведенные авторы полагают, что доказательствами являются те же сведения, которые были собраны защитником, а в ходе допроса им лишь придается процессуальная форма, то Ю.В. Кореневский считает, что таким образом указанные сведения преобразуются в доказательства.

<1> См.: Кореневский Ю.В. Адвокатский мониторинг // Уроки реформы уголовного правосудия в России (по материалам работы Межведомственной рабочей группы по мониторингу УПК РФ и в связи с пятилетием со дня его принятия и введения в действие): Сб. статей и материалов / Под ред. Е.Б. Мизулиной и В.Н. Плигина, науч. ред. Е.Б. Мизулина. М.: Юристъ, 2006. С. 233 - 234.

При допросе в качестве свидетеля лица, ранее опрошенного защитником, происходит формирование новых сведений - доказательств, а не преобразование сведений, полученных в результате опроса, в доказательства. Идея преобразования результатов опроса в доказательства не имеет под собой объективной основы, руководство ею на практике негативным образом скажется на результатах доказывания. Исходя из нее при производстве следственных действий,

направленных на собирание доказательств, властные субъекты обязаны будут ориентировать, например, свидетелей сообщать на допросе не сведения об известных им фактах, имеющих значение для уголовного дела, а сведения, которые лицо сообщило ранее в ходе опроса. Естественно, что это значительно усложнит процесс доказывания, сделает его более громоздким, трудоемким, приведет к ошибкам в доказывании, необоснованному удлинению процессуальных сроков.

Вышесказанное в полной мере относится и к предложению В.В. Паршуткина трансформировать протокол опроса лица с его согласия в установленной законом процессуальной форме "из источника доказательств в полноценное в процессуальном отношении доказательство" <1>. По своей сути направленности оно не отличается от проанализированных ранее, но имеет некоторые особенности.

<1> См.: Паршуткин В.В. Опрос адвокатом лиц с их согласия // Возможности защиты в рамках нового УПК России: Материалы научно-практической конференции адвокатов, проведенной Адвокатской палатой г. Москвы при содействии Коллегии адвокатов "Львова и партнеры". 17 апреля. 2003 г. / Под ред. Г.М. Резника, Е.Ю. Львовой. М.: ЛексЭст, 2004. С. 63, 69, 71.

Вместо преобразования сведений, полученных в результате опроса, протокол опроса лица в установленной законом процессуальной форме предлагается трансформировать из источника доказательств в полноценное в процессуальном отношении доказательство. При этом автор рассматривает протокол опроса лица защитником как источник доказательства. Это ошибочное представление. Источником доказательства любого вида всегда выступает человек - лицо, занимающее либо могущее занять определенное процессуальное положение. Протокол опроса лица является лишь источником сведений (фактических данных), но не источником доказательств. Трансформировать его в полноценное в процессуальном отношении доказательство невозможно.

Вызывает возражение и предлагаемое В.В. Паршуткиным деление доказательств на неполноценные (лишь значимые в процессуальном отношении доказательства), получаемые в досудебном производстве, и полноценные в процессуальном отношении, получаемые в суде. Закон не знает такого деления. Содержащиеся в нем требования к доказательству едины для досудебного и судебного производства. Иного и не может быть, если исходить из единой системы принципов судопроизводства, действующей во всех его стадиях.

Доказывание в суде отличается от доказывания в досудебном производстве не только тем, что в суде наиболее полно реализуется принцип состязательности и равноправия сторон, как полагает В.В. Паршуткин <1>. Доказывание в суде происходит при наиболее полном действии и иных принципов судопроизводства, ему присущи и другие особенности, связанные главным образом с условиями, в которых оно протекает. Все это в совокупности делает судебное разбирательство наиболее совершенной формой, в которой протекает доказывание. Однако это не может служить основанием для деления доказательств на полноценные и неполноценные. То обстоятельство, что, например, возможности защитника по участию в доказывании в досудебном производстве отличаются от его аналогичных возможностей в суде, вовсе не означает, что в первом случае он неполноценный участник процесса, а во втором - полноценный.

<1> См.: Паршуткин В.В. Опрос адвокатом лиц с их согласия // Возможности защиты в рамках нового УПК России: Материалы научно-практической конференции адвокатов, проведенной Адвокатской палатой г. Москвы при содействии Коллегии адвокатов "Львова и партнеры". 17 апреля 2003 г. / Под ред. Г.М. Резника, Е.Ю. Львовой. М.: ЛексЭст, 2004. С. 69.

Предложение В.В. Паршуткина противоречиво и в другом отношении. Так, он утверждает, что

протокол опроса лиц с их согласия является не чем иным, как источником доказательств, предусмотренным п. 6 ч. 2 ст. 74 и ст. 84 УПК РФ (иные документы) <1>. Данное утверждение не учитывает уголовно-процессуальной природы такого самостоятельного вида доказательств, как иные документы. Иные документы образуют только собранные допустимыми законом способами (истребования, представления) письменные документы, в которых компетентными учреждениями, предприятиями, организациями, должностными лицами или гражданами изложены или удостоверены обстоятельства и факты, имеющие юридическое значение и относящиеся к предмету доказывания или побочным фактам <2>.

<1> Там же. С. 62.

<2> См.: Дорохов В.Я. Понятие документа в советском праве // Правоведение. 1982. N 2. С. 53 - 60.

Содержание иных документов не могут составлять сведения о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, которые были восприняты лицом лично или со слов других лиц. Сведения об указанных фактах и обстоятельствах должны получаться в результате допроса соответствующего лица в качестве свидетеля. Каждому виду доказательств соответствует свой строго предназначенный способ собирания, который учитывает не только особенности содержания формируемого вида доказательства, но и особенности присущего только ему правового положения источника доказательства и источника фактических данных.

Показательно, что в дальнейшем В.В. Паршуткин не обосновывает свое утверждение о необходимости признании протокола опроса лица с его согласия иным документом, а приходит к выводу о возможности трансформации сведений, полученных в ходе устного опроса, в доказательство путем заявления ходатайства о допросе свидетеля по обстоятельствам, которые он уже изложил защитнику <1>.

<1> См.: Дорохов В.Я. Понятие документа в советском праве // Правоведение. 1982. N 2. С. 62, 67.

Не способствует правильному решению рассматриваемой проблемы и позиция, занятая Межведомственной рабочей группой по мониторингу введения в действие Уголовно-процессуального кодекса РФ. В части применения ст. 84 УПК РФ она рекомендовала рассмотреть вопрос о ее дополнении положениями, регламентирующими порядок принятия следователем предметов, документов и иных сведений, собранных и представленных защитником, а также порядок признания их в качестве доказательств <1>. Аналогично рода рекомендации, направленные на предоставление дополнительных гарантий адвокату-защитнику по сбору доказательств, получили одобрение участниками целого ряда конференций, проведенных в рамках мониторинга УПК РФ <2>.

<1> См.: Материалы научно-практической конференции на тему "Идеология и практика реформирования уголовного правосудия" // Информационный бюллетень. Ч. 1. Владивосток, 2003. С. 16.

<2> См.: Уроки реформы уголовного правосудия в России (по материалам работы Межведомственной рабочей группы по мониторингу Уголовно-процессуального кодекса РФ и в связи с пятилетием со дня его принятия и введения в действие): Сб. статей и материалов / Под ред. Е.Б. Мизулиной и В.Н. Плигина, науч. ред. Е.Б. Мизулина. М.: Юристъ, 2006. С. 818, 822, 831, 840 -

841.

Представление о том, что все предметы, документы и иные сведения, собранные и представленные защитником (другими невластными участниками судопроизводства), могут стать доказательствами после приобретения ими необходимой процессуальной формы (в рамках соответствующего следственного или судебного действия), создает предпосылки для их использования на практике в качестве доказательств. О реальности данной угрозы свидетельствует, например, позиция В.А. Новицкого, допускающего возможность влияния указанной информации, в частности, на внутреннее убеждение судей <4>.

<4> См.: Новицкий В.А. Теория процессуального доказывания и правоприменения: Монография. Ставрополь: Изд-во СГУ, 2002. С. 101.

По имеющим значение для дела фактам и обстоятельствам, сведения о которых, например, были получены в результате опроса лица защитником, данное лицо должно быть допрошено. При этом знания о преступлении, получаемые субъектом, ведущим судопроизводство, в процессе и результате допроса должны формироваться только на основе тех относимых к делу сведений (доказательств), которые были сформированы на допросе, а не в результате опроса. Этим положением необходимо руководствоваться и в тех случаях, когда сведения об одних и тех же значимых для дела фактах и обстоятельствах, полученных в рамках опроса и на допросе, существенным образом противоречат друг другу.

Сведения, ранее полученные защитником от лица в рамках опроса, и сведения, представленные субъектам, ведущим судопроизводство, не могут играть роль доказательств в процессе доказывания ни при собирании, ни при проверке, ни при оценке доказательств. Доказывание - это оперирование субъектами, ведущими судопроизводство в целях установления обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, сведениями (доказательствами), полученными (сформированными) именно в рамках производства следственных и судебных действий. В рассматриваемом случае - сведениями, полученными на допросе лица в качестве свидетеля, а не теми сведениями, которые получены в ходе ранее проведенного опроса указанного лица. Только в результате допроса свидетеля формируются показания свидетеля, которые закон называет доказательствами (ч. 2 ст. 74 УПК РФ). Именно на их основе закон предписывает субъектам, ведущим уголовное судопроизводство, в определенном законом порядке устанавливать обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела (ч. 1 ст. 74 УПК РФ).

Применительно к собиранию (формированию) доказательств это означает, что при чувственном непосредственном и опосредствованном познании, имеющем место в ходе производства следственных и судебных действий, образы фактов и обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, должны формироваться в сознании властных субъектов, проводящих данные действия, только на основе того, что имело место в рамках данных действий, а не за их пределами (например, на основе данных, полученных в результате опроса защитником лица). Все иное - отступление от процессуальных гарантий получения доброкачественных доказательств, соблюдения прав и законных интересов лиц, от которых исходят относимые к делу данные, образующие содержание доказательств.

Возложение законом обязанности доказывания (собирания, проверки и оценки доказательств) на властных субъектов уголовного судопроизводства вместе с тем не означает, что невластные субъекты уголовно-процессуальной деятельности, как со стороны обвинения, так и со стороны защиты, исключены из этого процесса. Уголовно-процессуальный закон не дает оснований для такого вывода.

Указанные участники являются самостоятельными и полноценными субъектами уголовно-процессуальной деятельности с присущими им процессуальными интересами. Их правовое

положение по действующему законодательству позволяет им активно участвовать в процессе доказывания (в формировании, проверке и оценке доказательств), существенным образом влиять на его направленность и содержание исходя из своих (представляемых) процессуальных интересов. Они могут достигать этого посредством: участия в производстве следственных и судебных действий, являющихся способами формирования доказательств; заявления ходатайств; представления предметов и документов, могущих служить основой для формирования доказательств; принесения жалоб на действия и решения властных субъектов уголовного судопроизводства, связанных с формированием, проверкой и оценкой доказательств <1>.

<1> Об этом также см.: Доля Е. К вопросу о праве стороны защиты собирать и представлять доказательства // Уголовное право. 2007. N 4. С. 79 - 83.

Вышеизложенное дает основания для внесения следующих изменений в УПК РФ:

1. Из соответствующих статей, предусматривающих право невластных субъектов уголовного судопроизводства представлять доказательства, оно должно быть исключено. Вместо него указанные субъекты должны быть наделены правом представлять предметы и документы.

2. Защитника, гражданского ответчика и представителя гражданского ответчика следует лишить права собирать доказательства.

3. В УПК РФ необходимо использовать термин "формирование доказательств". С учетом этого статью 86 ("Собирание доказательств") следует назвать "Формирование доказательств", изложив ее в следующей редакции:

"Статья 86. Формирование доказательств.

Формирование доказательств осуществляется дознавателем, следователем, прокурором и судом в ходе производства предусмотренных настоящим Кодексом для соответствующих видов доказательств следственных и судебных действий.

Иные субъекты уголовного судопроизводства со стороны обвинения и защиты участвуют в формировании доказательств путем:

1) участия в производстве следственных и судебных действий, являющихся способами формирования доказательств;

2) заявления ходатайств;

3) представления предметов и документов, могущих служить основой для формирования доказательств;

4) принесения жалоб на действия и решения властных субъектов уголовного судопроизводства, связанных с формированием доказательств".

Проверка доказательств. Сформированные в ходе производства следственных и судебных действий доказательства, прежде чем лечь в основу промежуточных и конечных выводов на предварительном следствии и в суде, должны быть проверены.

Под проверкой доказательств в уголовном процессе понимается деятельность лица, производящего дознание, следователя и суда, связанная с анализом и синтезом доказательств, сопоставлением их с другими доказательствами и собиранием новых доказательств <1>. Цель проверки доказательств в теории уголовного процесса принято трактовать как уяснение качеств и свойств самих проверяемых доказательств - их достоверности или недостоверности, правильности

или неправильности <2>.

<1> Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973. С. 301 - 302; Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. М., 1958. С. 163 - 164; Курс советского уголовного процесса: Общая часть. М., 1989. С. 613 - 614.

В связи со ссылкой на указанные способы проверки доказательств автор не может согласиться с критикой, высказанной А.М. Лариным в его адрес, в части того, что "суждение о том, что проверка доказательств осуществляется посредством их анализа и синтеза, сопоставления между собой и собирания новых доказательств (с. 47 - 48), почти дословно повторяет написанное полвека назад" (см.: Ларин А.М. Рецензия на книгу Е.А. Доля "Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности". М., 1996 // Государство и право. 1997. N 7. С. 122). В рецензируемой работе автор не претендовал на оригинальность в этом вопросе и тем более на авторство признанных в теории способов проверки доказательств, о чем свидетельствует соответствующая ссылка, в которой прямо упоминается имя М.С. Строговича. Поэтому в тексте, на который сослался в подтверждение своего критического замечания рецензент (с. 47 - 48), вопреки его мнению, дословное повторение написанного полвека назад М.С. Строговичем отсутствует. Для того чтобы убедиться в этом, достаточно ознакомиться с текстом рецензируемой работы. В действительности на с. 47 - 48 рецензируемой А.М. Лариным работы речь идет о выделении и исследовании совершенно новой стороны проверки доказательств, связанной с формированием, накоплением и развитием знаний о свойствах, связях и отношениях фактов и обстоятельств, устанавливаемых в ходе проверки доказательств. Эта сторона проверки доказательств, как и процесса доказывания в целом, в науке уголовного процесса до этого не выделялась и не исследовалась. С учетом этого ссылка на предшественников, в отсутствии которой автора упрекнул А.М. Ларин, в данном случае неуместна.

<2> См.: Белкин Р.С. Указ. соч. С. 48 - 49, 59; Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. М., 1968. Т. 1. С. 303; Арсеньев В.Д. Указ. соч. С. 15 - 16; Курс советского уголовного процесса: Общая часть. М., 1989. С. 614. Представление о том, что проверка доказательств направлена на установление достоверности сведений о преступлении и доброкачественности источника их получения, широко распространено и в учебной литературе. См., например: Ульянова Л.Т. Проверка доказательств // Уголовный процесс: Учебник для студентов юридических вузов и факультетов / Под ред. К.Ф. Гуценко. Изд. 5-е, перераб. и доп. М.: ИКД "Зерцало-М", 2004. С. 224; Лупинская П.А. Проверка доказательств // Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. М.: Юристъ, 2004. С. 256; Михайловская И.Б. Процесс доказывания и его элементы // Уголовно-процессуальное право Российской Федерации. М., 2006. С. 216.

Такое определение цели проверки доказательств представляется правильным, но лишь отчасти. При таком подходе происходит отрыв правовой стороны проверки доказательств от гносеологической основы доказывания. В результате под проверкой понимается только процесс накопления знаний о качествах и свойствах лишь самого проверяемого доказательства. Из нее, по существу, исключается вторая, не менее важная сторона - поиск, накопление знаний о свойствах, связях и отношениях фактов и обстоятельств, устанавливаемых данным доказательством. Как следствие, искажается и сам процесс получения знаний о проверяемых доказательствах, поскольку вне поля зрения исследователей остаются важные моменты, связанные с выявлением объективных фактов, которыми в действительности руководствуются субъекты доказывания при определении путей, форм и средств проверки каждого доказательства.

Отмеченная сторона проверки доказательств существует в реальном процессе познания по каждому уголовному делу, и ее выделение имеет важное не только теоретическое, но и прикладное значение. Ее учет позволяет исследовать процесс накопления знаний не только о самом проверяемом доказательстве, но и относимых к делу фактах, обстоятельствах объективной

действительности, отражением которых является доказательство. При этом становится возможным внести уточнения и в законодательное регулирование этой части доказывания.

Знания, получаемые в ходе проверки доказательства о самом доказательстве - его качествах, свойствах, сторонах, - нужны не сами по себе, а для того, чтобы учесть их влияние на достоверность тех сведений о событии преступления, которые несет доказательство. Но при этом нельзя упускать из виду, что роль знания, получаемого по мере проверки доказательства любого вида о самом доказательстве, не ограничивается только последующим учетом влияния выявленных качеств и свойств на его содержание.

Не менее важно и то, что данное знание, накапливаемое по мере проверки, и это надо подчеркнуть, играет огромную методологическую роль для субъектов доказывания при выделении ими именно тех сторон доказательства, которые требуют исследования, при определении направленности, последовательности и характера следственных и судебных действий по его проверке, т.е. путей, форм и средств проверки, представляющих собой не что иное, как метод познания по любому уголовному делу. Выявленные при этом закономерности становится возможным использовать в процессе доказывания. Данная сторона доказывания, связанная с формированием метода доказывания по уголовным делам, согласуется и с идеей развития, пронизывающей все судопроизводство, представляет ее конкретизацию.

Эта сторона проверки доказательств, как и процесса доказывания в целом, в науке уголовного процесса не выделялась и не исследовалась <1>. Ее выделение позволяет не только глубже исследовать процесс доказывания, но и создает реальные предпосылки для алгоритмизации процесса познания по конкретным уголовным делам, создания саморазвивающихся программ расследования, широкого использования в этих целях компьютерных технологий. По существу, речь идет о возможности выхода на качественно новый уровень осуществления уголовно-процессуальной деятельности, резкого повышения ее эффективности.

<1> Данная сторона проверки доказательств была выделена при исследовании гносеологической и правовой сторон процесса доказывания, их сопоставлении между собой. Впервые результаты данного исследования были приведены в кандидатской диссертации, защищенной автором в 1982 г. Более глубокий анализ этой стороны проверки доказательств был осуществлен позднее. Его результаты в развернутом виде изложены в статье, опубликованной в 1994 г. См.: Доля Е.А. Проверка доказательств в российском уголовном процессе (стадия предварительного расследования) // Правоведение. 1994. N 1. С. 54 - 60. Об этом см. также: Он же. Проблема начала в теории уголовного процесса (постановка вопроса) // Государство и право. 1996. N 10. С. 59 - 60.

Деятельность следователя, судей по проверке доказательств, осуществляемая посредством их анализа и синтеза, сопоставления между собой и собирания новых доказательств <1>, завершающаяся оценкой всей совокупности собранных и проверенных доказательств, выступает в процессе доказывания как "сам себя конструирующий метод" познания по уголовному делу. Существо проверки доказательства любого вида нельзя сводить только к установлению качеств и свойств самого доказательства. Нужно всегда иметь в виду, что в ходе проверки создаются условия для осуществления дальнейшего процесса познания по уголовному делу - как самой проверки, так и последующей оценки всей совокупности собранных и проверенных доказательств. Так же как собирание доказательств уже в зародыше имеет все предпосылки для последующей полной, всесторонней и объективной их проверки, так и проверка содержит предпосылки для оценки совокупности доказательств, обусловливает реальность ее проведения.

<1> Учитывая роль данных способов для проверки доказательств всех видов, нами было

предложено включить их в содержание статьи закона, регулирующей проверку доказательств. Об этом см.: Доля Е.А. Проверка доказательств в российском уголовном процессе (стадия предварительного расследования). С. 60. Впоследствии это предложение было практически полностью учтено в проекте УПК РФ, подготовленном рабочей группой Министерства юстиции РФ. В ст. 81 данного проекта зафиксировано: "Проверка состоит в анализе полученного доказательства, его сопоставлении с другими доказательствами, собирании новых доказательств...". См.: Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации // Юридический вестник. 1995. N 31. С. 7. В дальнейшем законодатель без достаточных к тому оснований не включил в ст. 87 УПК РФ такой способ проверки доказательств, как анализ и синтез. Неудачно в редакционном отношении в этой статье изложен третий способ проверки доказательств - собирание новых доказательств.

Отмеченная зависимость между собиранием, проверкой и оценкой доказательств как частями единого органического целого носит объективный характер и обусловлена самим объектом познания по уголовному делу <1> - свойственной ему противоречивостью, невозможностью его познания сразу, в целом. В то же время она выступает одной из предпосылок возможности постепенного проникновения в его общественно-правовую сущность.

<1> Данная зависимость, являясь одним из существенных элементов диалектической связи, отражающей сложность взаимодействия между субъектом и объектом познания в ходе доказывания, также свидетельствует о необходимости рассмотрения онтологической, гносеологической и правовой сторон доказывания в их единстве.

Характер, направленность, объем проверки доказательств, разнообразие применяемых при этом методов не зависят от произвольного усмотрения следователя, судей. Они определяются объективными факторами: особенностями расследуемого преступления; видом проверяемого доказательства; количеством и качеством собранных доказательств, связанных с проверяемым доказательством через отображаемые факты; соотношением известных и предполагаемых по делу фактов, их характером, местом и значением для установления истины по делу; объемом установленных и неустановленных связей данных фактов с другими фактами и обстоятельствами <1>.

<1> Теория доказательств в советском уголовном процессе. Общая часть. М., 1966. С. 137.

Кроме этого, необходимо учитывать и особенности, присущие каждому единичному проверяемому доказательству. Они могут быть обусловлены как индивидуальными свойствами восприятия, запоминания и воспроизведения лица, являющегося источником доказательства, так и в значительной степени характером общественных отношений, участие в которых обусловило известность ему относимых к делу сведений <1>. Проверяя доказательство, следователь может располагать множеством путей и выбрать только один или несколько из них, что тоже сказывается на объеме и характере его действий.

<1> Отражением именно этой стороны, например свидетельских показаний, а следовательно, и признанием ее важности для их проверки является требование закона о необходимости выяснения у свидетеля характера его взаимоотношений с обвиняемым, потерпевшим и другими свидетелями (ч. 2 ст. 79, ч. 2 ст. 278 УПК РФ). На это обстоятельство постоянно обращается внимание и в судебной практике.

Проверка доказательства начинается уже в ходе его формирования - производства соответствующего следственного или судебного действия. При благоприятных условиях она может

быть окончательно произведена уже в его рамках, например на заключительном этапе расследования, судебного разбирательства, когда в целом ясна картина преступления. При этом проверка доказательства, как правило, не вызывает затруднений и сводится к его анализу и синтезу, сопоставлению с другими (уже собранными) доказательствами.

Сложнее обстоит вопрос с проверкой доказательств на первоначальном этапе расследования, когда установлены лишь отдельные факты, указывающие на признаки преступления, и еще неизвестны многие существенные обстоятельства дела. В таких случаях проверка, начавшаяся при формировании доказательств, может продолжаться значительное время, иногда до окончания предварительного следствия. Следователь может возвращаться к ней неоднократно при получении других доказательств, противоречащих проверяемому, или когда по делу выясняются обстоятельства, которые могли оказать или оказали влияние на полноту и достоверность проверяемого доказательства.

Проверку доказательств нельзя понимать таким образом, что сначала следователь собирает все доказательства, а потом приступает к их исследованию. Такое понимание не соответствует действительности и искажает реальный процесс познания по уголовному делу. Не вполне удачной была редакция ч. 3 ст. 70 УПК РСФСР, согласно которой "все собранные по делу доказательства подлежат тщательной, всесторонней и объективной проверке...". Подчеркивая, что проверке подлежат все собранные по делу доказательства, законодатель вольно или невольно связывал начало их проверки с моментом окончания собирания всех доказательств по делу. Доказательства проверяются по мере их собирания, а не после того, как они все будут собраны. В связи с этим нами была предложена следующая редакция данной части статьи: "Все собираемые доказательства подлежат тщательной, всесторонней и объективной проверке..." <1>. Законодатель не воспринял данное предложение.

<1> См.: Доля Е.А. Проверка доказательств в российском уголовном процессе (стадия предварительного расследования). С. 56.

В теории уголовного процесса общепризнано, что проверка доказательств начинается с их анализа и синтеза. Процесс анализа сопровождается формированием у следователя понятий, суждений об отдельных частях, сторонах доказательства, их свойствах. Анализу подвергаются все стороны доказательства: его содержание, источник доказательства.

Сначала следователь анализирует содержание доказательства, производя мысленное расчленение сведений о фактах и обстоятельствах, содержащихся в нем. При этом он исследует их вне связи и отношений друг с другом, как бы рассматривая обстоятельства предмета доказывания и побочные факты, сведения о которых несет доказательство, по отдельности, с разных сторон и под различными углами. Это позволяет сосредоточить внимание на отдельных сторонах как исследуемых фактов, так и сведений о них, глубже осмыслить и понять их. Расчленение содержания доказательства дает следователю более детальное и четкое знание особенностей объема и характера сведений, содержащихся в нем, а через них соответственно более четкое и детальное представление об особенностях, отдельных сторонах фактов и обстоятельств, имеющих значение для дела, сведения о которых содержатся в доказательстве.

Наряду с содержанием доказательства следователь производит и анализ его другой стороны - источника доказательства. Он выясняет особенности, присущие, например, источнику осведомленности свидетеля, и особенности, связанные с наличием или отсутствием причин, могущих повлиять на его заинтересованность в деле. Это позволяет сосредоточить внимание на том, являются ли показания результатом непосредственного или опосредованного восприятия, уяснить обстоятельства и условия восприятия. Следователь обязан исследовать и вопрос о том, не являются ли показания свидетеля результатом его ошибочного восприятия.

Анализ доказательства со стороны источника позволяет следователю выделить те свойственные ему особенности, которые в зависимости от обстоятельств уголовного дела могут приобрести существенную роль из-за возможного их влияния на качество проверяемого доказательства. Применительно, например, к показаниям свидетеля они могут касаться не только особенностей личности свидетеля, связанных с его полом, возрастом, органами чувств, но и его социальных свойств, обусловленных спецификой образования, должностного и семейного положения. Практика признает важную роль сведений о личности свидетеля для исследования его показаний. Следователи на допросах отражают их в анкетной части протокола. Однако на практике это делается не всегда единообразно и полно. Учитывая это, нами было предложено в законодательном порядке определить объем и характер сведений о личности свидетеля, подлежащих обязательному выяснению перед его допросом и занесению в протокол <1>.

<1> См.: Доля Е.А. Проверка доказательств в российском уголовном процессе (стадия предварительного расследования). С. 56.

Производя посредством анализа исследование расчлененных частей (сторон) доказательства, следователь выявляет только их особенности, которые могут быть отражением, с одной стороны, особенностей обстоятельств и фактов, сведения о которых несет доказательство, а с другой - особенностей физических, психических и социальных свойств личности, выступающей источником доказательства, и условий восприятия этих фактов, а также особенностей общественных отношений, участие в которых обусловило знание лицом относимых к делу сведений. Однако при этом следователь не может не только установить какие-либо связи, зависимости между исследуемыми при анализе сторонами доказательства, но и определить, какие из выявленных особенностей имеют существенное значение для определения его качеств, свойств, а следовательно, и установления фактов и обстоятельств, имеющих значение для дела.

Анализ доказательства сам по себе, в отрыве от его синтеза, недостаточен для того, чтобы судить о качествах проверяемого доказательства - его относимости и достоверности. Недостаточен он и для формирования у следователя четкого представления о фактах, сведения о которых несет доказательство. Анализ создает только необходимые предпосылки, как бы выявляет программу для последующей проверки, в ходе которой становится возможным постепенное установление качеств и свойств доказательства, а через них - дальнейшее познание обстоятельств предмета доказывания и побочных фактов.

После анализа доказательство вновь должно быть исследовано, но уже при соединении в единое целое всех его отдельных сторон и с учетом присущих им признаков и особенностей, выявленных в ходе анализа. Знание о связях, отношениях и зависимостях, существующих между различными сторонами доказательства как отражение связей, сторон, отношений обстоятельств и фактов, составляющих его содержание, условий их восприятия, физических, социальных особенностей личности источника доказательства, характера и содержания общественных отношений, участие в которых обусловило знание лицом относимых к делу сведений, может быть получено только путем синтеза. "Мышление состоит столько же в разложении предметов сознания на их элементы, сколько в объединении связанных друг с другом элементов в некоторое единство. Без анализа нет синтеза" <1>.

<1> Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 20. С. 41.

Исследование и установление действительных связей, отношений и зависимостей между сторонами, свойствами и качествами доказательства позволяют следователю судить о сомнительности, спорности или достоверности доказательства, его противоречивости или непротиворечивости, конкретном или абстрактном характере содержащихся в нем сведений, их

полноте или неполноте, логической связности или ее отсутствии. Следствием отказа от синтеза различных сторон доказательства, исследованных при его анализе, могут явиться ошибки следователя в его представлениях о качествах и свойствах проверяемого доказательства - относимости и достоверности, содержащихся в нем сведений, а следовательно, и в его знаниях о преступлении, устанавливаемых в процессе доказывания.

Не чем иным, как требованием необходимости исследования именно зависимостей, связей и отношений, существующих между различными сторонами доказательства, объясняются многочисленные указания Верховного Суда Российской Федерации, бывшего Верховного Суда СССР строить обвинение на конкретных <1>, непротиворечивых <2> и объективных <3> доказательствах, источник которых можно проверить <4>. Эти требования невозможно было бы реализовать в ходе доказывания, не производя анализа различных сторон доказательства и их синтеза.

<1> Смолицкий Г.Р., Шифман М.Л. Вопросы уголовного процесса в практике Верховного Суда СССР. М., 1948. С. 159.

<2> Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1982. N 8. С. 5; 1992. N 1. С. 9; 1993. N 8. С. 9.

<3> Бюллетень Верховного Суда РСФСР. 1963. N 4. С. 10 - 11.

<4> Смолицкий Г.Р., Шифман М.Л. Вопросы уголовного процесса в практике Верховного Суда СССР. С. 190.

Мысленное исследование доказательства при объединении расчлененных в ходе его анализа сторон (синтез) позволяет выявить предположительные связи и зависимости между ними, создавая тем самым возможность для дальнейшего изучения в целях выяснения их характера, влияния на качества и свойства доказательства. При этом в результате познания связей, зависимостей и отношений, существующих между различными сторонами и свойствами доказательства как единого целого, становится возможным не только выявить наличие или отсутствие противоречий в его содержании, установить полноту и степень их детализации, отсутствие или наличие объективных и субъективных факторов, могущих исказить содержание доказательства, но и дать им частичные предположительные объяснения. Посредством синтеза может быть выявлена и частично объяснена предположительная зависимость между неполнотой, неточностью, противоречивостью, полной или частичной искаженностью содержания доказательства и другими его сторонами.

Однако само по себе выявление таких зависимостей, связей еще не означает их действительности, как и не свидетельствует об обратном. Анализ и синтез доказательства, давая следователю знание отмеченных выше возможных связей, отношений и зависимостей между различными сторонами доказательства, вместе с тем не позволяет выделить из них те, которые, будучи присущи объективной действительности, являются отражением обстоятельств и фактов, имеющих значение для дела, и отделить их от таковыми не являющихся, привнесенных в доказательство на внепроцессуальной и процессуальной стадиях его формирования. В целом ряде случаев, например при наличии установленной заинтересованности свидетеля, потерпевшего в исходе дела, они тем не менее могут дать правдивые и полные показания.

Анализ и синтез доказательства позволяют следователю накопить определенные знания о его свойствах и отображаемых им фактах, но с их помощью нельзя получить полного и достоверного знания о них. Причин тому несколько. Во-первых, в силу того, что устанавливаемые следователем связи, отношения, зависимости между сторонами проверяемого доказательства являются отражением действительных, объективных связей, отношений, зависимостей, но со стороны их

явлений, внешних связей, отношений установление их в рамках анализа и синтеза дает следователю неполное и неточное знание как самого проверяемого доказательства - его относимости и достоверности, так и отражаемых им фактов и обстоятельств. Во-вторых, знания, получаемые о самом доказательстве, а через него - и о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, хотя и являются результатом практической деятельности в ее непосредственной и опосредованной формах, но в силу того, что они представляют собой, по существу, лишь отдельный, индивидуальный ее акт, он сам по себе не может выступать в качестве критерия истинности получаемых при этом знаний <1>.

<1> Теория доказательств в советском уголовном процессе. С. 60.

В результате анализа и синтеза становится возможным определить дальнейшие направления и формы проверки доказательства - те его стороны, связи, которые можно и нужно сопоставить с другими, строго определенными доказательствами. Объективные предпосылки для этого содержатся в самом событии преступления, которое в силу различных факторов отражается в окружающей действительности различными сторонами, свойствами и отношениями. Поэтому доказательства всегда с необходимостью содержат сведения, относимые к делу, как совпадающие между собой, так и не соответствующие и противоречащие полностью или частично друг другу, в силу чего становится возможным осуществить дальнейшую их проверку путем сопоставления и собирания новых доказательств.

Доказательства, являясь отражением обстоятельств предмета доказывания и побочных фактов, их связей, отношений и зависимостей, содержат в себе сведения о них, данные о которых наличествуют и в других доказательствах, что тоже создает предпосылки не только для проверки сопоставлением, но и путем собирания новых доказательств.

Для исследования неясных моментов в выявленных ранее связях, отношениях и зависимостях между сторонами проверяемого доказательства, как и отображаемых им фактах, характер и содержание которых невозможно установить посредством анализа и синтеза, необходимо его сопоставление с другими, уже имеющимися в деле доказательствами, связанными с ним через отображаемые факты. Это позволяет убедиться в полном или частичном совпадении, несовпадении содержания доказательства с другими доказательствами. Следователь может констатировать при этом и то, что часть сведений, содержащихся в проверяемом доказательстве, об исследуемом событии, которая ранее вызывала у него сомнения в своей достоверности, не соответствует содержанию других доказательств, связанных с проверяемым через отображаемые факты, их связи и отношения.

Сопоставляя доказательство с иными имеющимися в деле доказательствами, следователь устанавливает и другие его свойства, знание которых он не мог получить в результате анализа и синтеза. Речь идет о выяснении характера и границ влияния особенностей, присущих различным сторонам доказательства, на его содержание, а следовательно, на относимость и достоверность. Например, в результате сопоставления следователь может прийти к выводу, что неприязненные отношения свидетеля и потерпевшего с обвиняемым не повлияли на правдивость их показаний, а неблагоприятные условия, в которых они воспринимали обстоятельства и факты, имеющие значение для дела, стали причиной их неполноты. При сопоставлении доказательств следователь не ограничивается только констатацией этих обстоятельств. Сопоставление позволяет ему выяснить пределы их влияния на содержание проверяемого доказательства, а следовательно, и внести соответствующие коррективы не только в свое представление о качествах и свойствах доказательства, но и в характер и объем своего знания о фактах и обстоятельствах, устанавливаемых посредством доказывания.

Таким образом, сопоставление доказательства с другими доказательствами дает следователю новое знание как отдельных сторон проверяемого доказательства, так и отношений,

связей и зависимостей между этими сторонами, позволяя лучше уяснить его относимость и достоверность, а через них - и стороны, свойства, связи и отношения обстоятельств предмета доказывания и побочных фактов. Другими словами, через установление качеств и свойств проверяемого доказательства происходит более глубокое проникновение в стороны, свойства, связи и отношения исследуемых событий совершенного преступления, что, по существу, является не чем иным, как познанием обстоятельств предмета доказывания и побочных фактов и одновременной проверкой их практикой в ее непосредственной и опосредованной формах <1>.

<1> Подробнее об этом см.: Дорохов В.Я., Николаев В.С. Обоснованность приговора. С. 46 - 47; Теория доказательств в советском уголовном процессе. С. 35 - 73.

На основе соответствия содержания нескольких доказательств, связанных через отображаемые факты, следователь приходит к вполне обоснованному предположению, что сведения о преступлении, которые они несут, соответствуют или не соответствуют действительности. Оно становится еще более убедительным, когда соответствие или несоответствие наблюдается между доказательствами разных видов, поскольку при этом возможность однородных ошибок, связанных с особенностями доказательств одного вида, резко снижается. О признании важности и необходимости сопоставления доказательств между собой при их проверке говорит и судебная практика, расценивающая как необоснованные и недоказанные случаи обвинения, построенные на доказательствах, находящихся в противоречии с другими доказательствами <1>.

<1> Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1992. N 1. С. 9; 1993. N 8. С. 9.

Однако и проверка доказательства после анализа и синтеза путем сопоставления с другими доказательствами не всегда дает следователю знание о всех его качествах и свойствах, как не может она дать и полного знания о фактах и обстоятельствах, составляющих его содержание. Ее возможности могут быть ограничены вследствие недостаточности или полного отсутствия других доказательств, связанных с проверяемым через отображаемые факты, их принадлежности к доказательствам одного вида, наличия неустраненных сомнений в их качествах и свойствах. Например, когда в распоряжении следователя имеется лишь одно доказательство, связанное с проверяемым через отображаемые факты, то в случае наличия между ними противоречий он не может сделать однозначного вывода о достоверности одного из них. Аналогичный результат будет иметь место и при сопоставлении доказательств одного вида, так как при этом не исключается вероятность их искажения из-за действия одних и тех же причин. Таковыми могут быть: общая эмоциональная возбужденность потерпевших, свидетелей, обусловленная исключительностью характера воспринятых событий; их заинтересованность в уголовном деле; сговор о даче заведомо ложных показаний.

Использование следователем приема сопоставления окажется неэффективным и в том случае, если доказательства, связанные с проверяемым через отображаемые факты, вызывают серьезные сомнения в своей достоверности, поскольку их проверка тоже не завершена.

В приведенных случаях дальнейшая проверка возможна только посредством собирания новых доказательств. Причем указания на пути проверки, ее формы, характер, и это следует отметить особо, содержатся в самом проверяемом доказательстве, его неясностях, неточностях, неполноте, противоречивости и несоответствии содержанию других доказательств, выявленных, но не устраненных в ходе всей предшествующей проверки. Не менее важно выделить и то, что отмеченные пути, формы проверки доказательства в своей совокупности и образуют метод доказывания (познания) по уголовным делам.

Этот вывод в полной мере распространяется на собирание, проверку доказательств любого вида, а следовательно, и на весь ход доказывания по уголовным делам. Конечно, нельзя забывать, что на процесс проверки доказательства, а следовательно, и направленность дознания по уголовному делу оказывают влияние и результаты исследования других доказательств. Но это ни в коей мере не колеблет нашего основного вывода о том, что знания о путях, формах собирания и проверки (да и оценки) доказательств, выполняющих в своей совокупности роль метода, по которому должен развиваться и развивается процесс доказывания (познания) по уголовному делу, следователь черпает из самих доказательств по мере их собирания и проверки (и оценки), а говоря точнее, из самой объективной действительности, связь с которой он постоянно поддерживает через практическую деятельность, - доказывание по уголовному делу, осуществляемое в форме непосредственного и опосредованного познания <1>.

<1> Специалисты в области права обращают внимание на необходимость поиска эффективного и демократического пути постижения истины по уголовным делам. См., например: Лунев В.В. Проблемы юридических наук криминального цикла // Государство и право. 2007. N 5. С. 51.

Доказательства, являясь отражением обстоятельств предмета доказывания и побочных фактов, их многочисленных свойств и отношений, находятся между собой в разнообразных связях, сведения о которых наличествуют в собираемых доказательствах. Это создает объективные предпосылки не только для сопоставления, но и для дальнейшей проверки посредством собирания новых доказательств. Характерной особенностью проверки данным способом является ее строго целевая направленность. Исследование при этом может касаться любых качеств, свойств и связей доказательств, в отношении которых у следователя возникли сомнения, не разрешенные в ходе предшествующей проверки <1>. Именно на этом этапе субъект доказывания может последовательно и полно реализовать требования закона о проверке доказательств (ст. 87 УПК РФ). При этом должны быть выявлены все факторы, оказавшие влияние на достоверность относимых к делу сведений, что является одной из предпосылок достижения истины, реализуемой впоследствии посредством оценки доказательств.

<1> Поскольку проверка доказательства путем собирания новых доказательств представляет собой, по существу, то же сопоставление его с доказательствами, но только вновь полученными, мы не будем анализировать ее отдельно.

Подводя итог анализу способов проверки доказательств, следует отметить, что деятельность по проверке доказательств, как и по доказыванию в целом, должна носить диалектический характер. Именно диалектические противоречия движут миром, являются источником его развития.

По своей сути диалектично и преступление. Присущие ему противоречия проявляются во вне. Они должны находить отражение и в процессе доказывания, развиваться и разрешаться (преодолеваться) в нем <1>. Поэтому при проверке доказательств властные субъекты уголовного судопроизводства обязаны прежде всего выявлять эти реальные, действительные противоречия, проявляющиеся в неполноте, неточности, неконкретности, внутренней противоречивости содержания проверяемых доказательств, их полном или частичном несоответствии содержанию иных уже имеющихся в деле или вновь собранных доказательств.

<1> Этот вывод в полной мере распространяется и на соответствующие нормы доказательственного права, в которых движение и разрешение указанного противоречия должны

найти соответствующее отражение.

Данные противоречия должны быть отчетливо, точно и ясно зафиксированы в соответствующих процессуальных документах. В свернутом виде они первоначально обнаруживаются при производстве следственных и судебных действий, направленных на формирование доказательств, и отражаются в соответствующих протоколах. Недопустимо затенять, сглаживать, затушевывать и тем более игнорировать их, ибо именно они указывают на истинный путь доказывания по уголовному делу. Дальнейшее развитие и разрешение этих противоречий в процессе анализа и синтеза содержания доказательств, их сопоставления с другими доказательствами, собирания новых доказательств и оценки сначала ограниченных совокупностей доказательств, а потом и оценки всех собранных доказательств в их совокупности и позволит установить объективную истину по уголовному делу.

Кроме приведенных выше общих положений, касающихся проверки доказательств, необходимо иметь в виду, что их принадлежность к первоначальным или производным, прямым или косвенным доказательствам налагает отпечаток на их проверку <1>. Обусловлено это тем, что в основу указанного деления положены признаки, касающиеся таких существенных свойств (сторон) доказательств, как отношение к первоисточнику, к главному и побочным фактам.

<1> Это положение не распространяется на обвинительные и оправдательные доказательства, так как разницы в их проверке нет. Поскольку проверка первоначальных и прямых доказательств осуществляется в основном по схеме, приведенной ранее, ниже остановимся только на особенностях, которые необходимо учитывать при исследовании производных и косвенных доказательств.

Основная особенность производных доказательств связана с их источником и заключается в том, что факты, имеющие значение для дела, воспринимаются будущим источником доказательства не лично - непосредственно, а со слов других лиц, т.е. опосредованно. Это сказывается на остальных сторонах, свойствах доказательства. Указанное обстоятельство должно быть обязательно учтено как при его анализе и синтезе, так и при сопоставлении с другими доказательствами.

Отмеченная черта производного доказательства предопределяет, что одним из действенных способов его проверки является сопоставление с первоначальным доказательством. Поэтому, используя все вышеуказанные способы проверки, следователь должен всегда стремиться к отысканию первоисточника производного доказательства, например лица, от которого свидетелю стали известны сведения о фактах и обстоятельствах, имеющих доказательственное значение.

Отсутствие в производном доказательстве указания на источник осведомленности лишает следователя возможности провести его тщательную, всестороннюю и объективную проверку, поскольку за ее пределами остается одно из важных звеньев передачи информации от объективной действительности к источнику доказательства. Это не позволяет исследовать доброкачественность первоисточника доказательства, условий восприятия им относимых к делу фактов, а значит, учесть влияние этих и других факторов на качества и свойства доказательства.

Сказанное вовсе не означает, что производное доказательство может быть использовано в процессе доказывания только при наличии первоначального доказательства. Закон не содержит такого ограничения. Например, в п. 2 ч. 2 ст. 75 УПК РФ говорится, что к недопустимым доказательствам относятся показания свидетеля, который не может указать источник своей осведомленности. Законодатель связывает возможность использования производных показаний не с наличием в деле первоначального показания, а с известностью источника осведомленности свидетеля. Поэтому данный вид показаний является вполне самостоятельным средством доказывания даже тогда, когда получение первоначального показания невозможно (отказ

свидетеля-очевидца давать показания, его смерть). В таких случаях требуется исключительно тщательная проверка производного показания, в ходе которой особое внимание необходимо обратить на подтверждение факта и обстоятельств восприятия свидетелем-очевидцем исследуемого события, изучение его личности, анализ характера и содержания общественных отношений, участие в которых обусловило известность лицу относимых к делу обстоятельств.

К особенности проверки косвенных доказательств относятся трудности, связанные с уяснением характера и содержания обстоятельств, сведения о которых несет доказательство, и с определением наличия их объективной связи с предметом доказывания, т.е. относимости косвенного доказательства <1>. Особое значение здесь приобретают такие способы проверки, как сопоставление с другими доказательствами и собирание новых доказательств. Они позволяют получить совокупность доказательств, исследовать ее свойства и сделать вывод об относимости и достоверности косвенного доказательства.

<1> Хмыров А.Л. Косвенные доказательства. М., 1979. С. 118, 120, 134 - 135.

При проверке доказательств необходимо обязательно учитывать и их принадлежность к тому или иному виду доказательств. Поскольку различные виды доказательств характеризуются особенностями формы и содержания, это не может не сказаться на их проверке.

Исходя из относительной самостоятельности проверки доказательств как части органического целого процесса доказывания, ее гносеологических и правовых особенностей, специфики решаемых при этом задач, нами было предложено изложить требования, предъявляемые к ней, в отдельной статье закона, перечислив в ней те способы, посредством которых она проводится. Это способствовало бы более четкому, полному и единообразному пониманию проверки, облегчило ее реализацию на практике. С учетом этого была предложена следующая редакция данной статьи: "Все собираемые по делу доказательства подлежат тщательной, всесторонней и объективной проверке со стороны лица, производящего дознание, следователя, прокурора и суда, осуществляемой посредством их анализа, синтеза, сопоставления с другими доказательствами и собирания новых доказательств" <1>.

<1> См.: Доля Е.А. Проверка доказательств в российском уголовном процессе... С. 60.

Уголовно-процессуальный кодекс РФ в основном воспринял данное предложение. Проверка доказательств в нем выделена в отдельную статью. Однако в ней без достаточных к тому оснований не указан первый из трех способов проверки доказательств - анализ и синтез их содержания. Не счел нужным законодатель отразить в законе требование о необходимости проведения всесторонней и объективной проверки доказательств, равно как и цель ее проведения, формы участия в проверке невластных субъектов уголовного процесса. На наш взгляд, это является одним из существенных недостатков в правовом регулировании анализируемой части процесса доказывания. Он отрицательным образом скажется на практике доказывания, затруднит деятельность по проверке доказательств.

Данный недостаток может быть устранен, если статью о проверке доказательств изложить в следующей редакции:

"Статья 87. Проверка доказательств

Каждое формируемое и сформированное по уголовному делу доказательство подлежит проверке дознавателем, следователем, прокурором и судом путем его анализа и синтеза, сопоставления с другими доказательствами, формирования новых доказательств в целях

установления относимости, допустимости и достоверности.

Иные участники уголовного судопроизводства со стороны обвинения и защиты участвуют в проверке доказательств посредством заявления ходатайств, участия в производстве следственных и судебных действий, судебных прениях, обжалования процессуальных действий и решений, связанных с проверкой доказательств".

Оценка доказательств. Согласно закону каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности - достаточности для разрешения уголовного дела (ч. 1 ст. 88 УПК РФ).

Оценка доказательств представляет собой самую сложную часть процесса доказывания, соответствующую логической ступени познания, в ходе которой на основе совокупности собранных и проверенных доказательств получается выводное знание о фактах и обстоятельствах, входящих в предмет доказывания, и устанавливается объективная истина по уголовному делу.

Оценка доказательств имеет место там и тогда, где на основе совокупности собранных и проверенных доказательств лицо, производящее дознание, следователь, прокурор, суд в предусмотренных законом формах (в виде соответствующих постановлений, определений, обвинительного заключения, приговора) получают новое выводное знание о фактах и обстоятельствах, подлежащих доказыванию по уголовному делу.

Из всех частей, образующих доказывание, в наименьшей мере в теории исследована оценка доказательств. Это обусловлено не только тем, что ее содержание составляет мыслительная, логическая деятельность, которая сама по себе сложна для изучения. Причины значительно глубже, они порождаются фундаментальными свойствами общественных отношений, образующих объект правового регулирования данной части уголовно-процессуальной деятельности, и имеют соответствующие онтологическое и гносеологическое основания.

Краткое их изложение может быть сведено к следующему. Полнота исследования таких частей доказывания, как собирание и проверка доказательств, по сравнению с их оценкой объясняется в конечном итоге качественными особенностями объекта, познаваемого в ходе уголовно-процессуальной деятельности. Основная часть свойств, связей, отношений, зависимостей, образующих преступление, объективно обладает не только большей протяженностью в пространстве и времени, но и обусловленной ими степенью выраженности в окружающей действительности. Это касается прежде всего тех из них, которые связаны с объектом и объективной стороной преступления. Этого нельзя сказать о свойствах, связях, отношениях, зависимостях, характеризующих субъективную сторону преступления (цель, мотив), обладающих небольшой протяженностью в пространстве и времени, а следовательно, и в меньшей мере проявляющихся вовне.

Значительная протяженность и выраженность в пространстве и времени свойств, связей, отношений, зависимостей, характеризующих объект и объективную сторону преступления, создает предпосылки не только для доступности их познания на чувственном уровне, но и облегчает исследование деятельности по собиранию и проверке доказательств, в форме которых в уголовном процессе осуществляется это познание. Этим же объясняется и реализованная в законе возможность более детального регулирования данных частей доказывания.

Иная протяженность в пространстве и времени и меньшая выраженность в действительности субъективной стороны преступления обусловливает возможность познания связанных с ней свойств, связей, отношений, зависимостей, как правило, на рациональном уровне и объективно затрудняет исследование деятельности по оценке доказательств, в форме которой в процессе доказывания происходит это познание. Именно эти объективные факторы служат препятствием для более детального правового регулирования данной части доказывания. И именно они создают предпосылки для урегулирования в общих чертах предмета, метода, целей и правовых форм

оценки доказательств на различных этапах производства по уголовному делу, что не может не учитываться законодателем.

В теории уголовного процесса прочно утвердилось понимание оценки доказательств как мыслительной, логической деятельности, приводящей к суждению о допустимости, относимости доказательств, их достоверности, значении каждого доказательства и их совокупности для установления обстоятельств, входящих в предмет доказывания <1>. Именно оно нашло выражение в ч. 1 ст. 88 УПК РФ.

<1> См.: Арсеньев В.Д. Вопросы общей теории судебных доказательств. М., 1964. С. 14; Теория доказательств в советском уголовном процессе / Под ред. Н.В. Жогина. Изд. 2-е. М., 1973. С. 302; Горский Г.Ф., Кокорев Л.Д., Элькинд П.С. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. Воронеж, 1978. С. 198; Алексеев Н.С., Даев В.Г., Кокорев Л.Д. Очерк развития науки советского уголовного процесса. Воронеж, 1980. С. 158.

Такое понимание оценки доказательств представляется спорным и вызывает возражения. Прежде всего нуждается в уточнении и раскрытии один из таких существенных признаков рассматриваемого определения оценки доказательств, как мыслительная, логическая деятельность. С его помощью нельзя отграничить оценку доказательств от их собирания и проверки.

Мыслительная, логическая деятельность имеет место не только при оценке, но и при собирании и проверке доказательств. Чувственное непосредственное и опосредствованное познание, например следователя, при производстве следственных действий по собиранию доказательств, всегда осмысленно, преследует определенные цели. Мышление всегда органически вплетено в практическую деятельность по собиранию и проверке доказательств. С его помощью в ходе производства следственных действий направляется восприятие, происходит обнаружение, рассмотрение и отбор сведений, имеющих значение для уголовного дела. Уже при собирании доказательств формируется их допустимость, определяется их относимость и анализируется их содержание.

Мыслительная деятельность непосредственно связана и с проверкой уже сформированных доказательств. Посредством мышления, например, судьи анализируют и синтезируют содержание сформированных доказательств, сопоставляют их между собой, принимают решения о собирании новых доказательств, связанных с проверяемым через отображаемые факты. При этом проверяется относимость доказательств, устанавливается их достоверность и значение для познания обстоятельств, входящих в предмет доказывания по уголовному делу.

Таким образом, сам по себе признак оценки доказательств как мыслительной, логической деятельности недостаточен для проведения различия между собиранием, проверкой и оценкой доказательств. Его использование без раскрытия особенностей характера и содержания мыслительной деятельности, имеющей место в различных частях доказывания, и учета уголовно-процессуальных форм, в которых она реализуется, приводит к тому, что в оценку доказательств включают деятельность по определению их допустимости, относимости, достоверности и значения для установления обстоятельств дела. Но эта деятельность имеет место при собирании и проверке доказательств. Не относимые и не допустимые доказательства не могут быть использованы в ходе оценки и положены в основу промежуточных и конечных логических выводов по уголовному делу. В противном случае невозможно будет выполнить требование закона о проверке имеющихся в уголовном деле доказательств (ст. 87 УПК РФ).

Различие между мыслительной деятельностью при собирании, проверке доказательств и оценке последних можно провести, если рассматривать их как самостоятельные части, но части единого органического целого - процесса доказывания, установления истины по уголовным делам.

Такой подход позволяет не упустить того общего, что свойственно им как частям органического целого, и в то же время учесть присущие им особенности.

Общим для собирания, проверки и оценки доказательств является то, что они в своей совокупности представляют разновидность процесса познания - установления истины по уголовному делу. Вместе с тем указанным частям доказывания присущи и особенности. Основная из них состоит в том, что собирание (формирование) доказательств и часть их проверки соответствует в доказывании чувственному познанию, оставшаяся часть проверки и оценка доказательств - рациональному познанию.

Учет различия между собиранием, проверкой и оценкой доказательств как между чувственным и рациональным познанием имеет не только теоретическое, но и практическое значение. При этом появляется возможность полнее объяснить и точнее сформулировать задачи, которые могут, а следовательно, и должны решаться соответственно при собирании, проверке и оценке доказательств.

Непосредственной связью чувственного познания с объективной действительностью, его способностью правильно отражать и устанавливать внешние связи, стороны, отношения, зависимости явлений и фактов объясняется возможность обнаружения, рассмотрения относимых к делу фактов и обстоятельств, формирования на их основе доказательств и их проверки. Активность чувственного познания, обусловленная его связью с мышлением, позволяет субъекту (субъектам) действовать целенаправленно, отделяя с высокой степенью вероятности в явлениях, фактах при производстве следственных и судебных действий по формированию доказательств все имеющее значение для уголовного дела от постороннего, не относящегося к нему.

Однако связь чувственного познания при собирании и проверке доказательств с мыслительной деятельностью не меняет его природы. Оно по-прежнему остается чувственным познанием. Мыслительная деятельность субъектов доказывания при этом остается подчиненной только целям чувственного познания. Например, при непосредственном чувственном познании в ходе осмотра происходит восприятие фактов и обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, формирование в сознании познающего субъекта их мысленных образов, отражение сведений о них в протоколе, анализ и синтез этих сведений, их сопоставление с уже имеющимися доказательствами, связанными с проверяемым доказательством через отображаемые факты. Целям чувственного познания подчиняется и дальнейшая деятельность по проверке сформированного в процессе осмотра доказательства, осуществляемая путем собирания новых доказательств.

Исходя из учета возможности на логическом уровне познания проникать в сущность связей, сторон, отношений, зависимостей явлений и фактов законодатель и отнес цель разрешения уголовного дела именно на заключительный этап доказывания - оценку доказательств в их совокупности (ч. 1 ст. 88 УПК РФ). Постановка данной цели перед всеми предшествующими этапами (собиранием и проверкой доказательств) была бы преждевременной.

Установление общественно-правовой сущности преступления, т.е. достижение истины по уголовному делу, недоступное для чувственного познания, осуществляется на логическом уровне, в ходе оценки доказательств. При этом преступление отражается не со стороны внешних явлений, фактов, а со стороны его сущности - связей, сторон, отношений, зависимостей, процессов и закономерностей внутреннего движения. Субъект доказывания (познания) на данном уровне непосредственно с объективной действительностью не соприкасается, разум при этом опирается на данные чувств, содержание доказательств. "К нашему глазу присоединяются не только еще другие чувства, но и деятельность нашего мышления" <1>.

<1> См.: Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 20. С. 554.

Формами выражения логического знания являются понятия, суждения и умозаключения. Их виды, правила построения изучает логика. Для правильного отражения преступления на логическом уровне познания необходимо связать понятия в соответствии с действительно существовавшими связями между образующими его явлениями и фактами, их сторонами, свойствами и отношениями. "Если наши предпосылки верны и если мы правильно применяем к ним законы мышления, то результат должен соответствовать действительности" <1>.

<1> Там же. С. 629.

Представления, полученные в ходе собирания и проверки доказательств на основе чувственного познания, дающего знания о внешних, отдельных, как бы застывших связях, сторонах, отношениях, зависимостях преступления, должны быть подвергнуты логической обработке при оценке доказательств. Только посредством рационального познания субъект доказывания получает возможность воссоздать в мышлении не фрагментарную, одностороннюю, не застывшую картину преступления, а целостное знание о преступлении в его развитии, во всей полноте его общественно-правовой сущности. Понятия "должны быть также обтесаны, обломаны, гибки, подвижны, релятивны, взаимосвязаны, едины в противоположностях, дабы обнять мир" <1>. Без этого невозможно установить объективную истину по уголовному делу.

<1> См.: Ленин В.И. ПСС. Т. 29. С. 131.

Конечно, реальный процесс доказывания по уголовным делам значительно богаче, разнообразнее. Но в приведенных рассуждениях внимание акцентируется на его существе, тенденции развития, для выделения и использования которых в теории, законодательной практике и практике уголовно-процессуальной деятельности известное огрубление просто необходимо. "Изображение движения мыслью есть всегда огрубление" <1>.

<1> Там же. С. 233.

Таким образом, объективная истина по уголовному делу в целом может быть установлена только в заключительной части доказывания при оценке совокупности всех собранных и проверенных доказательств <1>. В связи с этим в рассматриваемом общепринятом определении оценки доказательств обращает внимание неопределенность формулировки ее цели.

<1> Анализируя следственные ошибки, связанные с оценкой доказательств, А.Б. Соловьев обращает внимание на то, что по каждому второму делу в основу выводов была положена недостаточная совокупность доказательств, по каждому третьему выводы были внутренне противоречивы, по каждому четвертому безмотивно отвергались доказательства, противоречащие версии следователя. См.: Соловьев А.Б. Доказывание в досудебных стадиях уголовного процесса России: Науч.-практ. пособие. М.: ООО "Издательство "Юрлитинформ", 2002. С. 125.

Как уже отмечалось, большинством авторов она понимается как формирование суждения о значении каждого доказательства и их совокупности для установления обстоятельств, входящих в предмет доказывания. Из такого определения оценки трудно сделать вывод о том, что в результате суждения о значении каждого доказательства и их совокупности для установления обстоятельств, входящих в предмет доказывания, будет установлена истина по уголовному делу. Наоборот,

рассматриваемое понимание оценки предполагает, что после выяснения значения каждого из доказательств и их совокупности для установления обстоятельств, входящих в предмет доказывания, необходимо совершение еще каких-то действий, в результате которых и будет установлена истина по уголовному делу.

Не преодолели указанную неопределенность формулировки цели оценки доказательств и авторы теоретической модели Уголовно-процессуального законодательства Союза СССР и РСФСР <1>. Под оценкой доказательств они также понимают деятельность по определению относимости, допустимости, достоверности и достаточности доказательств для разрешения уголовного дела <2>. И лишь только путем толкования можно прийти к выводу о том, что оценка доказательств ими в конечном итоге понимается как определение достаточности совокупности доказательств для разрешения уголовного дела, установления истины обо всех и каждом из обстоятельств, подлежащих доказыванию. В связи с этим предлагаемая на этой основе формулировка оценки доказательств малоприемлема не только в силу того, что ее уяснение требует дополнительного толкования, но и в силу того, что допускает его неоднозначность.

<1> См.: Уголовно-процессуальное законодательство Союза ССР и РСФСР. Теоретическая модель / Под ред. В.М. Савицкого. М., 1990. С. 39, 128.

<2> Там же. С. 39, 126.

По существу, таким же образом трактовалась оценка доказательств и в проектах УПК, подготовленных в связи с проводимой судебно-правовой реформой.

Так, в проекте УПК РФ Научно-исследовательского института проблем укрепления законности и правопорядка при Генеральной прокуратуре Российской Федерации в статье, посвященной оценке доказательств, зафиксировано: "Доказательства подлежат оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а совокупность доказательств с точки зрения достаточности для разрешения дела" <1>.

<1> См.: ч. 2 ст. 57 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. М., 1994.

Подобным образом определяют оценку доказательств и авторы проекта УПК РФ, подготовленного Министерством юстиции Российской Федерации. Статья 82 данного проекта гласит: "Каждое доказательство подлежит оценке с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в их совокупности - достаточности для разрешения дела" <1>.

<1> См.: Юридический вестник. 1995. N 31 (122).

В проекте УПК РФ, разработанном рабочей группой Государственно-правового управления при Президенте Российской Федерации, в ст. 150, регулирующей стандарты доказанности, указывается: "В ходе производства по уголовному делу обстоятельства, необходимые для целей вынесения процессуальных решений на соответствующем этапе уголовного судопроизводства, должны в предусмотренных настоящим Кодексом случаях быть доказаны" <1>. Как видно, и в этом проекте оценка доказательств не включает в себя разрешение уголовного дела по существу, а ограничивается только установлением обстоятельств, необходимых для целей вынесения процессуальных решений. При таком подходе процессуальные решения практически оказываются за рамками оценки доказательств.

<1> См.: Российская юстиция. 1994. N 9.

Среди проектов, разработанных в связи с подготовкой УПК РФ, особое место занимает Модельный Уголовно-процессуальный кодекс для государств - участников СНГ <1>. В нем вообще отсутствует регулирование оценки доказательств, а вместо понятия доказывания без достаточных к тому оснований применяется понятие "использование доказательств" <2>.

<1> Рекомендательный законодательный акт, принятый на Седьмом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств - участников Содружества Независимых Государств 17 февраля 1996 г. См.: приложение к Информационному бюллетеню Секретариата Совета Межпарламентской Ассамблеи государств - участников Содружества Независимых Государств. 1996. N 10.

<2> См. главу 18 Модельного Уголовно-процессуального кодекса для государств - участников СНГ.

Распространение идеи развития на процесс доказывания в целом и оценку доказательств в частности диктует необходимость выделения в ней моментов, связанных с переходом от неполных, неточных, фрагментарных знаний, получаемых в ходе многочисленных единичных, отдельных актов чувственного познания при собирании и проверке доказательств, сначала к отражению существенных сторон преступления в процессе оценки ограниченных совокупностей доказательств, а потом и к полному, достоверному знанию всех обстоятельств дела - установлению по нему объективной истины на заключительном этапе доказывания при оценке совокупности всех собранных и проверенных доказательств.

Существо оценки доказательств как сложной мыслительной деятельности, имеющей место на рациональном уровне познания преступления, невозможно понять вне связи с природой истины, устанавливаемой в процессе доказывания по уголовному делу. Оценку доказательств нельзя трактовать только как "голый результат", готовое знание в отрыве от способа его получения <1>. Отмечая, что не результат есть действительное целое, а результат вместе со своим становлением, Гегель обращал внимание на то, что "голый результат есть труп, оставивший после себя тенденцию" <2>. Развивая эту мысль, К. Маркс писал: "Не только результат исследования, но и ведущий к нему путь должен быть истинным. Исследование истины само должно быть истинно, истинное исследование - это развернутая истина, разъединенные звенья которой соединяются в конечном итоге" <3>.

<1> Данное положение в полной мере относится как к процессу доказывания в целом, так и к образующим его частям.

<2> См.: Гегель Г.В.Ф. Соч. М., 1929 - 1956. Т. 4. С. 2.

<3> См.: Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 1. С. 7 - 8.

В связи с этим вызывает возражения позиция, согласно которой понятие "объективная истина" характеризует определенное явление, а именно соответствие достигнутого знания объективной действительности, но оно не характеризует способ достижения данной цели, образ действия исследователя <1>.

<1> См.: Гуляев А.П. Следователь в уголовном процессе. М.: Юридическая литература, 1981. С. 63; Гришина Е.П. Достоверность доказательств и способы ее обеспечения в уголовном процессе: Монография. М.: РИО РТА, 2001. С. 38.

Путь, ведущий к истине, находится в органической связи с ее содержанием (результатом). Можно сказать, что он характеризует содержание устанавливаемой истины, равно как и она сама характеризует этот путь. Знания, полученные в процессе доказывания и положенные в основу решений о задержании подозреваемого, применении меры пресечения, привлечении в качестве обвиняемого, признании потерпевшим, гражданским истцом, гражданским ответчиком, приостановлении, соединении и выделении уголовных дел, должны соответствовать действительности, быть истинными. Характеризуя ступени на пути движения к установлению истины по уголовному делу в целом, они только в своей органической совокупности с обвинительным заключением (на предварительном следствии) и с приговором в суде дают развернутое, целостное представление о характере и содержании истины, устанавливаемой в уголовном процессе. Из знаний о существенных сторонах преступления, не соответствующих действительности, невозможно получить истинного представления о преступлении в целом. Поэтому исходным пунктом учения об истине в уголовном процессе должно быть представление о том, что истина - это не только результат, но и путь, ведущий к этому результату.

Не соответствует действительности мнение, что следователь сначала обнаруживает истину (как бы для себя), а потом доказывает ее истинность, соответствие действительности (для других участников). Вне истинного представления о пути к истине невозможно судить и об истинности полученного результата. Исходя из этого нельзя согласиться и с утверждением, что "истина может быть доказанной или недоказанной, недоказанный тезис может быть истинным, но может быть и ложным" <1>. Вне доказанности истинности или ложности тезиса нельзя судить о его соответствии или несоответствии действительности (ложности).

<1> См.: Пашкевич П.Ф. Объективная истина в уголовном судопроизводстве. М., 1961. С. 71.

Роль разъединенных звеньев истины, соединяемых в конечном итоге в заключительной части доказывания при оценке всей совокупности собранных и проверенных по уголовному делу доказательств, выполняют относительные истины, устанавливаемые в ходе мыслительной деятельности по оценке ограниченных совокупностей доказательств. Содержание объективной истины, устанавливаемой на заключительном этапе доказывания при оценке всех доказательств в их совокупности, связано с содержанием относительных истин, достигаемых в ходе предшествующего доказывания. Объективная истина, устанавливаемая при оценке совокупности всех собранных и проверенных доказательств в заключительной части доказывания, и соединяет в себе все разъединенные звенья относительных истин, достигаемых на предшествующих этапах доказывания при оценке ограниченных совокупностей доказательств.

Содержание относительных истин, устанавливаемых при оценке ограниченных совокупностей доказательств, отражает хотя и существенные, но лишь отдельные, не охватывающие в целом стороны, свойства, связи и отношения совершенного преступления. Относительные истины, являясь истинами объективными и в силу этого, заключают в себе правильное, но неполное отражение преступления (знания о нем), которое в ходе дальнейшего доказывания может уточняться, пополняться и углубляться. И только в конечном итоге, будучи на рациональном уровне познания с помощью мышления соединенными, эти разъединенные звенья относительных истин позволяют получить развернутую истину, т.е. не только результат доказывания - объективную истину по уголовному делу в целом, но и в виде ступеней, узловых пунктов ведущий к ней путь.

Таким образом, мыслительная, логическая деятельность, соответствующая рациональному уровню познания, происходит не только на заключительном этапе доказывания при оценке всей

совокупности собранных и проверенных доказательств по уголовному делу. В виде ступеней, узловых пунктов она осуществляется на протяжении всего доказывания и при оценке ограниченных совокупностей доказательств, т.е. носит дискретный характер.

Оценка ограниченных совокупностей доказательств, в частности, имеет место при решении вопросов о задержании подозреваемого, применении меры пресечения, привлечении в качестве обвиняемого, признании потерпевшим, гражданским истцом, гражданским ответчиком, приостановлении, соединении и выделении уголовных дел.

Именно в результате оценки ограниченных совокупностей доказательств как мыслительной, логической деятельности на рациональном уровне познания следователь, например, получает новое выводное знание о том, каким лицом совершено преступление; что обвиняемый (подозреваемый) может скрыться от органов расследования или суда, воспрепятствовать установлению истины по уголовному делу, будет заниматься преступной деятельностью или уклоняться от исполнения приговора; кому и какой моральный, физический или имущественный вред причинен преступлением; кто и в каком размере понес материальный ущерб от преступления; кто и в каком размере несет материальную ответственность за ущерб, причиненный преступными действиями обвиняемого.

При получении на рациональном уровне познания выводного знания о перечисленных выше фактах и обстоятельствах происходит оценка относительно ограниченных совокупностей доказательств, относящихся к указанным фактам и обстоятельствам. Властные субъекты доказывания могут вносить изменения, уточнять и развивать знания об указанных фактах, возвращаясь к оценке ограниченных совокупностей доказательств. Это может иметь место, когда в процессе дальнейшего доказывания будет установлена недостоверность одного или группы доказательств (полная, частичная), входивших в эту совокупность, или появятся доказательства, несущие новые знания о преступлении, которых не содержалось в данных совокупностях.

Выделение в содержании процесса доказывания ступеней, узловых пунктов, связанных с установлением относительных истин, восполняет недостающее звено в цепи "единичное - особенное - общее" между содержанием знаний о преступлении, получаемых в ходе многочисленных единичных, отдельных актов чувственного познания, происходящих в процессе собирания, проверки доказательств, и содержанием объективной истины, достигаемой на заключительном этапе доказывания при оценке совокупности всех собранных и проверенных доказательств по уголовному делу. При этом ступени, узловые пункты представляют собой своеобразное подведение качественных итогов всего предшествующего количественного накопления знаний о преступлении, получаемых в ходе чувственного познания при собирании и проверке доказательств.

Понимание истины как процесса (ступеней, узловых пунктов) и как результата создает предпосылки для уточнения законодательного регулирования оценки доказательств, которое в настоящее время построено на учете только одной стороны истины, истины как результата.

Несмотря на внешние различия, особенно в результатах оценки доказательств на заключительном и предшествующих (промежуточных) этапах доказывания, с точки зрения содержания оценки доказательств - мыслительной деятельности, они одинаковы. Как на заключительном этапе доказывания при оценке совокупности всех собранных и проверенных доказательств по уголовному делу, так и на предшествующих (промежуточных) этапах - при оценке ограниченных совокупностей собранных и проверенных доказательств мы имеем дело с мыслительной, логической деятельностью, осуществляемой на рациональном уровне познания.

Разница между рассматриваемыми оценками доказательств состоит в предмете и обусловленных в конечном итоге им уголовно-процессуальных формах, в которых она реализуется, и ее результатах. Как уже отмечалось, предметом оценки на заключительном этапе доказывания является вся совокупность собранных и проверенных доказательств по уголовному делу.

Предметом оценки на этапах, предшествующих заключительному, являются ограниченные совокупности собранных и проверенных доказательств, относящихся к обстоятельствам и фактам, характеризующим отдельные существенные стороны, связи, отношения и зависимости преступления. Их знание необходимо для обеспечения последующего расследования, рассмотрения и разрешения уголовного дела.

Результат оценки доказательств на заключительном этапе доказывания - это достижение объективной истины по уголовному делу, а на этапах, предшествующих заключительному, - установление относительных истин, представляющих собой лишь части объективной истины по уголовному делу. Их содержание образуют знания следователя, судей о существенных сторонах, свойствах, связях и отношениях преступления, познаваемых в процессе доказывания - оценки ограниченных совокупностей доказательств. Например, о том, кем совершено преступление, или о том, что обвиняемый (подозреваемый) может скрыться от органов расследования и суда и т.п. Содержание объективной истины по делу в целом и относительных истин, устанавливаемых в процессе предшествующего доказывания при оценке ограниченных совокупностей доказательств, находится в тесной связи с соответствующими формами, в которых они получаются. Механизм формирования содержания данных истин нельзя раскрыть в отрыве от тех форм, в которых происходит их возникновение и развитие. Роль уголовно-процессуальных форм, в которых на предварительном расследовании и в суде развивается и реализуется оценка доказательств, выполняют соответствующие постановления, обвинительное заключение, определения, приговор.

Указанные формы имеют методологическое значение для всех субъектов уголовно-процессуальной деятельности. Они служат как для получения и выражения нового развивающегося содержания (знания), достигаемого при оценке доказательств, так и одновременно в своей совокупности выполняют роль уголовно-процессуального метода познания (доказывания), развития на рациональном уровне содержания уголовно-процессуальных отношений в направлении, необходимом для решения задач уголовного судопроизводства. При этом субъекты доказывания не только познают, воспроизводят в ходе доказывания важнейшие стороны, свойства, связи и отношения совершенного преступления, не просто следуют за содержанием фактических общественных отношений, сложившихся в процессе совершения преступления, но и на базе их познания одновременно устанавливают, создают, развивают и реализуют новые общественные (уголовно-процессуальные) отношения, направленные на преобразование действительности в целях обеспечения успешного расследования и судебного разбирательства, защиты прав и законных интересов граждан, устранения обстоятельств, способствовавших совершению преступления.

Данный вывод имеет мировоззренческое значение. Руководствуясь им, участники уголовного процесса будут не просто познавать преступление, а станут осознавать себя творцами новых общественных отношений, необходимых для правильного осуществления правосудия, а следовательно, и нормального функционирования личности, общества и государства. Так, например, обнаружив лицо, совершившее преступление, за которое предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше двух лет, при невозможности применения иной, более мягкой меры наказания, следователь задерживает его и при необходимости применяет к нему одну из мер пресечения. При этом лицу разъясняются его права, обязанности, оно предупреждается о соблюдении избранной меры пресечения. Кроме того, следователь принимает меры, обеспечивающие подозреваемому возможность защищаться предусмотренными законом средствами, охрану его личных и имущественных прав.

Таким образом, развивая путем оценки доказательств содержание уголовно-процессуальных отношений в форме вынесения соответствующих постановлений (составления протокола), следователь, привлекая лицо к уголовной ответственности в качестве подозреваемого и применяя к нему меру пресечения, достигает того, чтобы оно не скрылось от органов расследования (суда), не воспрепятствовало установлению истины по уголовном делу, не продолжило преступную деятельность, знало о возникшем в отношении его подозрении, могло реализовать свое право на

защиту.

В связи с этим важно отметить, что только познания, установления в процессе оценки доказательств содержания фактически сложившихся в результате совершения преступления общественных отношений, простого следования за ними недостаточно для решения задач уголовного судопроизводства. Правильное познание в ходе оценки доказательств содержания данных отношений невозможно без одновременного использования полученных при этом результатов в предметно-преобразующей уголовно-процессуальной деятельности. Отказ от учета этого положения может привести и часто приводит на практике к тяжелым отрицательным последствиям.

Так, например, неиспользование полученных в результате оценки доказательств знаний о том, что лицо, совершившее преступление, может скрыться от органов расследования и суда, продолжить преступную деятельность, воспрепятствовать установлению истины по уголовному делу, как правило, заканчивается тем, что обвиняемый (подозреваемый) скрывается от органов расследования и суда, продолжает преступную деятельность, препятствует установлению истины, избегает наказания, не возмещает имущественного ущерба, причиненного преступлением, а лицо, признанное потерпевшим, не может защитить свои нарушенные права и законные интересы. Аналогичные последствия наступят и тогда, когда, например, следователь, получив в соответствующей уголовно-процессуальной форме основания для задержания, предъявления обвинения, признания потерпевшим, не предпримет соответствующих своевременных действий по реализации данных мер.

Распространенное в теории российского уголовного процесса представление об оценке доказательств как мыслительной, логической деятельности без раскрытия ее характера и содержания, выделения промежуточных и конечных целей, механизма формирования, форм, в которых она реализуется, не могло не сказаться на уголовно-процессуальном законодательстве, регламентирующем эту деятельность.

В действующем законе оценке доказательств посвящена ст. 88 УПК РФ. Ее название ("Правила оценки доказательств") и содержание вызывают ряд замечаний, свидетельствующих о противоречивости, неполноте, а следовательно, и определенном несоответствии действительности выраженного в ней взгляда законодателя на оценку доказательств.

В данной статье фактически лишь в первой части идет речь об оценке доказательств. Части 2, 3 и 4 посвящены регулированию вопросов, связанных с признанием доказательств недопустимыми. Они должны решаться в рамках проверки, а не оценки доказательств. Представляется неверным и само название анализируемой статьи. Оно выпадает из контекста логики названий трех предыдущих статей, которые посвящены соответственно доказыванию, собиранию и проверке доказательств. Исходя из этого рассматриваемую статью следует назвать "Оценка доказательств".

Анализируемая статья страдает существенной неполнотой и из-за отсутствия в ней прямого указания на цель оценки доказательств как на заключительном этапе доказывания, так и на этапах, предшествующих ему. В итоге затрудняется практическая деятельность субъектов доказывания. Трудно реализовать мыслительные действия по оценке доказательств, если не сформулированы цели, которые при этом должны быть достигнуты. Ведь именно цель как закон определяет деятельность человека <1>. И если в уголовно-процессуальном законе в той или иной форме предусмотрены цели производства различных следственных и судебных действий, то трудно объяснить, почему в нем отсутствуют указания на цели оценки доказательств. А ведь именно при оценке доказательств разрешаются основополагающие вопросы уголовного дела и все дело по существу.

<1> См.: Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 23. С. 189.

Будучи сформулированными в законе, промежуточные и конечные цели оценки доказательств не только конкретизируют задачи, решаемые участниками уголовного процесса на различных этапах доказывания, но и в общих чертах укажут им на способ действий, которому необходимо следовать при этом для их достижения, на способ связи с объективной реальностью.

Указание в законе на цели оценки доказательств, достигаемые на различных этапах доказывания, приобретает особое значение еще и в связи с тем, что они, по своему содержанию совпадая с промежуточными и конечной целями доказывания, представляют собой как относительную, так и объективную истины, устанавливаемые по каждому делу. Это позволит субъектам уголовного процесса на практике в ходе оценки доказательств, не упуская конечную цель, в то же время учитывать специфику промежуточных целей оценки на различных этапах расследования и судебного разбирательства в соответствии с решаемыми при этом задачами.

Таким образом, цель оценки доказательств - установление относительных истин и объективной истины по уголовному делу в целом - должна быть прямо зафиксирована в законе.

В рассматриваемой статье полностью отсутствует упоминание об уголовно-процессуальных формах, в которых реализуется оценка доказательств. Учитывая громадное методологическое и мировоззренческое значение уголовно-процессуальных форм, в которых осуществляется оценка доказательств, их взаимосвязь с содержанием развивающейся оценки доказательств, в общих чертах необходимо в законе указать на них. Более детальная регламентация указанных уголовно-процессуальных форм должна быть осуществлена в соответствующих статьях закона, регулирующих оценку доказательств на различных этапах доказывания.

Проведенный анализ дает основания для совершенствования статьи закона, посвященной оценке доказательств. В ней представляется необходимым зафиксировать: структуру оценки, ее предмет, связь с собиранием и проверкой доказательств, формулировку промежуточных и конечных целей, роль и место в оценке внутреннего убеждения, уголовно-процессуальные формы, в которых должна реализовываться оценка доказательств <1>. С учетом этого предлагается следующая редакция ст. 88 УПК РФ:

<1> Данные выводы и предложения сделаны автором в результате исследования гносеологической и правовой сторон оценки доказательств, анализа соотношения доказывания с процессом познания, разновидностью которого является процесс доказывания. В дальнейшем они были опубликованы в соответствующей статье. См.: Доля Е.А. Оценка доказательств в российском уголовном процессе // Государство и право. 1996. N 5. С. 85 - 94. В более поздней работе, посвященной оценке доказательств, Н.А. Громов и С.А. Зайцева без соответствующих ссылок и объяснений использовали разработанный автором подход и сформулированные им выводы и предложения. См.: Громов Н.А., Зайцева С.А. Оценка доказательств в уголовном процессе. М.: ПРИОР, 2002. С. 4, 23, 25, 27 - 30, 34.

"Статья 88. Оценка доказательств

Суд, прокурор, следователь, лицо, дознаватель оценивают сформированные и проверенные доказательства, руководствуясь законом и правосознанием путем всестороннего, полного и объективного исследования:

1) совокупности доказательств, необходимых для решения по уголовному делу вопросов о: привлечении в качестве обвиняемого (подозреваемого); применении меры пресечения; признании потерпевшим, гражданским истцом, гражданским ответчиком; приостановлении, соединении и выделении уголовных дел, - устанавливая относительные истины по делу, формой выражения

которых служат формирующиеся при этом внутренние убеждения, представляющие собой выводное знание, необходимое для принятия решений по данным вопросам;

2) всех доказательств по уголовному делу в их совокупности, устанавливая объективную истину, формой выражения которой служит внутреннее убеждение, представляющее собой достоверное знание о всех обстоятельствах, подлежащих доказыванию по уголовному делу, включая его разрешение по существу.

Оценка доказательств осуществляется в предусмотренных законом уголовно-процессуальных формах - постановлениях, обвинительном акте, обвинительном заключении, определениях, приговоре".

Нуждается в уточнении и ст. 85 УПК РФ, регулирующая доказывание. Из ее содержания трудно сделать вывод о том, на ком лежит обязанность доказывания, какова в нем роль иных субъектов уголовного судопроизводства, каковы формы их участия в доказывании. Отмеченные недостатки могут быть устранены, если анализируемую статью изложить в следующей редакции:

"Доказывание состоит в формировании, проверке и оценке дознавателем, следователем, прокурором и судом доказательств в целях установления обстоятельств, предусмотренных статьей 73 настоящего Кодекса, и разрешения уголовных дел.

Иные субъекты уголовного судопроизводства со стороны обвинения и защиты участвуют в доказывании посредством заявления ходатайств, участия в производстве следственных и судебных действий, судебных прениях, обжалования процессуальных действий и решений, связанных с доказыванием".

Завершая рассмотрение процесса доказывания, необходимо еще раз отметить, что познание в процессе доказывания преступления невозможно лишь путем установления содержания фактически сложившихся в результате его совершения общественных отношений, простого следования за ними. Этого недостаточно для решения задач уголовного судопроизводства, связанных с его назначением. Правильное познание в процессе собирания, проверки и оценки доказательств совершенного преступления (следовательно, и обеспечения назначения судопроизводства) невозможно без одновременного использования получаемых при этом результатов (знаний) в предметно-преобразующей уголовно-процессуальной деятельности. Вывод о наличии преобразующей составляющей процесса доказывания распространяется не только на оценку доказательств, но и на их формирование и проверку <1>.

<1> Об этом см. также: Доля Е.А. Комментарий к статье 85 Уголовно-процессуального кодекса РФ // Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. В.М. Лебедева; науч. ред. В.П. Божьев. М.: Спарк, 2002. С. 202 - 203; Он же. О доказательствах, доказывании и использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности по Уголовно-процессуальному кодексу РФ. Выступление на научно-практической конференции "Правовая и криминологическая оценка нового Уголовно-процессуального кодекса РФ" // Государство и право. 2002. N 10. С. 112.

Дознаватель, следователь, прокурор, суд не смогут в процессе доказывания познать преступление, не создав новые общественные отношения, необходимые для правильного осуществления правосудия (расследования, рассмотрения и разрешения дела в суде), а следовательно, и нормального функционирования личности, общества и государства. Фактически именно так происходит в действительности.

Властные субъекты уголовного процесса не могут, не преобразуя действительность, не создав новых общественных отношений, сформировать (собрать) доказательства, например показания

свидетеля. Не вызвав свидетеля на допрос, не разъяснив ему права, обязанности, не предупредив об ответственности, не задав соответствующих вопросов и не получив на них ответов, не оформив надлежащим образом протокол допроса, они не получат свидетельских показаний. Аналогичное положение имеет место и при производстве всех иных следственных и судебных действий, направленных на формирование (собирание) доказательств.

Преобразование действительности, создание новых общественных отношений, не существовавших до возбуждения уголовного дела, его расследования и рассмотрения в суде, должно осуществляться дознавателем, следователем, прокурором, судом и для проведения правильной проверки доказательств. В частности, использование такого способа проверки, как собирание новых доказательств, невозможно без преобразующей деятельности данных участников.

Наиболее рельефно необходимость преобразующей деятельности властных субъектов уголовного процесса в ходе доказывания проявляется при оценке доказательств. Отказ от учета данного аспекта доказывания может привести и часто приводит на практике к тяжелым последствиям. Например, неиспользование полученных в результате оценки доказательств знаний о том, что обвиняемый может скрыться от органов расследования и суда, может продолжить преступную деятельность, может угрожать свидетелю, иным участникам уголовного судопроизводства, может уничтожить доказательства либо иным путем воспрепятствовать производству по уголовному делу, уклониться от исполнения приговора, как правило, заканчивается наступлением указанных выше последствий и, в частности, тем, что лицо, совершившее преступление, избегает наказания, не возмещает имущественного ущерба, а потерпевший не может защитить свои нарушенные права и законные интересы.

Аналогичные последствия наступят и тогда, когда, например, следователь, получив в результате оценки доказательств основания для задержания, предъявления обвинения, признания потерпевшим, гражданским истцом, гражданским ответчиком, не предпримет соответствующих своевременных действий по реализации данных мер.

На преобразование действительности, создание новых общественных (уголовно-процессуальных) отношений направлена и деятельность иных субъектов уголовного процесса, участвующих в доказывании, в частности, посредством реализации предоставленных им прав: по заявлению ходатайств, связанных с собиранием, проверкой и оценкой доказательств, признанием доказательств недопустимыми; участия в судебном заседании; на обжалование действий и решений властных субъектов уголовного процесса.

Таким образом, познание в процессе доказывания невозможно без одновременного преобразования действительности.

Завершая рассмотрение процесса доказывания, следует подчеркнуть особую роль, которую в нем играет процессуальная форма. Она служит наиболее полному познанию содержания совершенного преступления. Установленные законом условия и порядок производства следственных и судебных действий по формированию доказательств, способы их проверки, правовые формы, в которых осуществляется оценка доказательств, находятся в неразрывной связи с познаваемым в процессе доказывания содержанием преступления. Именно при правильном построении процесса доказывания по мере его развертывания и окончания достигается тождество формы содержанию. Поэтому характеристика процессуальной формы как обязательного условия достижения истины в процессе доказывания, как метода познания в уголовном судопроизводстве соответствует действительности <1>.

<1> См.: Дубривный В.А. Вестник Саратовской государственной академии права. 1995. N 2. С. 50.

Нельзя поддержать суждение о том, что форма не есть метод, что она не только не может быть универсальным методом доказывания, но и не для всех источников доказательств предметно обозначена законодателем <1>. Если под процессуальной формой понимать установленные уголовно-процессуальным законом условия и порядок осуществления уголовно-процессуальной деятельности, то трудно не заметить ее сходство с философской категорией метода. Признавая, что категории общего, особенного и единичного отражают объективно существующие свойства и отношения, методологически обоснованно их применять и к категории "форма". При этом нельзя забывать о том, что речь идет о применении категории формы к одной из разновидности социальной действительности - уголовно-процессуальной форме.

<1> См.: Некрасов С.В. Юридическая сила доказательств в уголовном судопроизводстве. М.: Экзамен, 2004. С. 49.

Не может служить аргументом, отрицающим за процессуальной формой значение метода доказывания, и ссылка на то, что законодателем она не для всех источников доказательств предметно обозначена и, в частности, относительно иных документов закон не предъявляет каких-либо особых требований <1>. Непредъявление "каких-либо особых требований" еще не означает, что уголовно-процессуальный закон вообще не содержит правовых требований к содержанию и форме иных документов. Уже само выделение иных документов в самостоятельный вид доказательств (п. 6 ч. 2 ст. 74, ст. 84 УПК РФ) можно и нужно рассматривать как проявление специфической правовой формы их регулирования. В теории особенности содержания и формы, свойственные данному виду доказательств, выделены, и они касаются: содержания иных документов (характера и объема сведений о преступлении, которые они несут); правового положения источника доказательства; способа собирания; источника фактических данных. Указанные особенности учитываются и в практике доказывания по уголовным делам. Следует признать, что в законе эти особенности пока не нашли должного отражения и в этой части он нуждается в совершенствовании.

<1> См.: Некрасов С.В. Указ. соч. С. 49 - 50.

Поэтому правильно и точнее говорить о неразвитости правового регулирования иных документов, а не об отсутствии "предметной обозначенности" правовой формы их регулирования и тем более на этой основе вообще отрицать за процессуальной формой значение метода доказывания. По указанной причине неразвитость правового регулирования данного вида доказательств нельзя оценивать и в качестве верного подхода законодателя к правовому регулированию вообще, препятствующего универсальному использованию процессуальной формы, в силу того, что это противоречит отысканию истины, сковывает реализацию познавательной стороны процесса доказывания <1>.

<1> См.: Некрасов С.В. Указ. соч. С. 50. Приведенные выводы С.В. Некрасова находятся в противоречии с его суждением, содержащимся в указанной работе, о том, что разнобой в судебной практике и научной литературе относительно доказательственного значения некоторых разновидностей документов объясняется отчасти неполнотой правового регулирования, отсутствием четкости формулировок, употребляемых в уголовно-процессуальном законе. См.: Там же. С. 65.

§ 4. Значение правовых знаний о доказывании для формирования доказательств на основе результатов

оперативно-розыскной деятельности

Рассмотрение доказывания как развивающегося процесса познания, осуществляемого предусмотренными законом средствами и методами, анализ соотношения гносеологической и правовой сторон доказывания, установление роли закона в организации чувственной и рациональной форм познания позволяют выделить ряд моментов, учет которых поможет оперативным работникам не упустить в ходе оперативно-розыскной деятельности факторы, которые могут приобрести существенное значение впоследствии при использовании ее результатов в доказывании по уголовным делам.

При решении всего комплекса вопросов, связанных с формированием в уголовном процессе доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности, необходимо помнить, что результаты оперативно-розыскной деятельности и сформированные на их основе доказательства - это не одни и те же, а разные данные. Их правовая природа, правовые режимы и предназначенность различны. Исходя из этого оперативные работники, дознаватели, следователи, прокуроры и судьи не должны представлять формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности как легализацию оперативных данных, их преобразование, трансформацию в доказательства, уголовно-процессуальную интерпретацию или придание им уголовно-процессуальной формы путем производства соответствующих следственных и судебных действий.

Форма не безразлична к содержанию. Любая форма содержательна. Оперативно-розыскная форма предназначена для собирания оперативных данных. Доказательства в уголовном судопроизводстве получаются в рамках уголовно-процессуальной формы. Поэтому при формировании доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности происходит не легализация, не преобразование, не трансформация, не уголовно-процессуальная интерпретация, не придание уголовно-процессуальной формы результатам оперативно-розыскной деятельности, а получение других (иных) данных - доказательств.

Сформированные на основе результатов оперативно-розыскной деятельности доказательства по своему содержанию могут совпадать с оперативными данными, но и это не причина для их отождествления, а тем более подмены результатами оперативно-розыскной деятельности судебных доказательств. В ряде случаев сформированные на основе результатов оперативно-розыскной деятельности доказательства по своему содержанию могут и не совпадать с оперативными данными. Это не должно расцениваться как минус для оперативно-розыскной или уголовно-процессуальной деятельности.

В основе указанного несовпадения лежат объективные факторы, отражающие особенности данных видов деятельности. Так, в частности, необходимость быстрого реагирования на радикально меняющуюся оперативную обстановку может привести к тому, что часть имеющих значение для уголовного дела обстоятельств не найдет отражения в результатах оперативно-розыскной деятельности. Этот пробел может быть восполнен в последующем при формировании на основе результатов указанной деятельности соответствующих доказательств.

Недопустимость отождествления результатов оперативно-розыскной деятельности и сформированных на их основе доказательств, подмены результатами оперативно-розыскной деятельности судебных доказательств обусловлена в значительной части причинами гносеологического характера. Центральную часть, стержень оперативно-розыскной деятельности составляет процесс оперативного доказывания, представляющий собой частный случай применения теории познания для решения задач, стоящих перед этим видом деятельности. Субъекты оперативного доказывания указанные задачи решают в процессе чувственного и рационального познания. Чувственному познанию при этом соответствует проведение оперативно-розыскных мероприятий, в ходе которых формируются оперативные данные (результаты оперативно-розыскной деятельности). Другими словами, результаты оперативно-розыскной деятельности, будучи результатом чувственного познания, осуществленного субъектами

оперативно-розыскной деятельности, представляют собой сведения о сформированных в их сознании чувственных образах обстоятельств и фактов, имеющих значение для данной деятельности.

Чтобы властные субъекты уголовного судопроизводства уже в уголовном процессе осуществили чувственное познание данных фактов и обстоятельств в силу того, что они имеют значение для правильного рассмотрения и разрешения уголовного дела, они должны сами осуществить это познание. Только так данные субъекты могут получить знание об этих фактах и обстоятельствах кратчайшим путем, минуя различные опосредующие звенья, с увеличением числа которых вероятность получения искаженных знаний будет возрастать в геометрической прогрессии.

Когда мы утверждаем, что результаты оперативно-розыскной деятельности не являются доказательствами, а могут служить лишь основой для формирования доказательств в уголовном процессе, то имеем в виду, что в качестве такой основы выступают сохранившиеся в сознании оперативного работника (агента) чувственные образы тех значимых для уголовного дела обстоятельств и фактов, которые они воспринимали в ходе проведения соответствующих оперативно-розыскных мероприятий. Именно о данных фактах и обстоятельствах субъекты оперативно-розыскной деятельности могут сообщить, например, в ходе их допроса следователем. Это устное сообщение и будет представлять собой доказательство, основу которого составляет мысленный образ значимых для уголовного дела обстоятельств и фактов, воспринятых субъектом оперативно-розыскной деятельности в рамках оперативно-розыскных мероприятий, сведения о которых он сообщит на допросе.

Придание результатам оперативно-розыскной деятельности доказательственного значения, в основе которого лежит отождествление сведений, полученных оперативным путем, с судебными доказательствами, привлекает своей простотой, упрощением познания в уголовном судопроизводстве значимых для уголовного дела фактов и обстоятельств. Но это мнимая простота, кажущееся упрощение, ведущие к неизбежным просчетам, ошибкам в выводах по уголовным делам, резкому снижению эффективности доказывания и всего уголовного судопроизводства.

По сути, признание доказательственного значения за результатами оперативно-розыскной деятельности означает не что иное, как подмену чувственного познания, которое должны осуществить субъекты уголовного процесса в рамках уголовно-процессуальной формы, результатами чувственного познания, осуществленного ранее субъектами оперативно-розыскной деятельности. При этом ошибки в знаниях, например, следователя о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, неизбежно возникнут вследствие того, что в их основе будут лежать оперативные данные (результаты оперативно-розыскной деятельности), а не чувственные образы, сформированные в сознании субъектов оперативно-розыскной деятельности при восприятии ими указанных фактов и обстоятельств в рамках соответствующих оперативно-розыскных мероприятий. В результате будет иметь место смешение оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности, что в принципе недопустимо.

Правильность данного вывода можно проиллюстрировать путем сравнения схем формирования знаний следователя о значимых для уголовного дела фактах и обстоятельствах, обнаруженных в рамках оперативно-розыскных мероприятий, в случае придания результатам оперативно-розыскной деятельности доказательственного значения и при ином подходе - когда указанные результаты рассматриваются лишь в качестве основы, на которой формируются доказательства в уголовном процессе.

В первом случае упрощенная схема формирования знаний следователя будет выглядеть следующим образом: актуализация на допросе под воздействием следователя в сознании свидетеля, являвшегося агентом, образов фактов и обстоятельств, воспринятых им в рамках оперативно-розыскного мероприятия, о которых он сообщил оперативному работнику - устное сообщение сведений о данных фактах и обстоятельствах на допросе - восприятие этих сведений

следователем - создание в сознании следователя мысленных образов данных фактов и обстоятельств - выделение следователем из них тех, которые имеют значение для уголовного дела - отражение сведений о них в протоколе допроса.

Во втором случае упрощенная схема формирования знаний следователя будет выглядеть следующим образом: актуализация на допросе под воздействием следователя в сознании свидетеля, являвшегося агентом, образов фактов и обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, воспринятых им в рамках оперативно-розыскного мероприятия - устное сообщение сведений о данных фактах и обстоятельствах - восприятие этих сведений следователем - создание в сознании следователя мысленных образов данных фактов и обстоятельств - выделение следователем из них тех, которые имеют значение для уголовного дела - отражение сведений о них в протоколе допроса.

Из приведенных схем видно, что в первом случае (когда допускается отождествление результатов оперативно-розыскной деятельности с доказательствами) знания следователя о значимых для уголовного дела фактах и обстоятельствах он формирует на основе сведений о них, сообщенных оперативному работнику (содержащихся в представленных результатах оперативно-розыскной деятельности). В результате допрос свидетеля превращается в формальность, которая придает лишь процессуальную форму сведениям, полученным оперативным путем. Об этом свидетельствует и утверждение сторонников данного взгляда о том, что содержание доказательств в данном случае образуют те же сведения, которые содержатся в результатах оперативно-розыскной деятельности. При этом следователь в ходе допроса ориентируется сам и ориентирует допрашиваемого свидетеля на сообщение относимых к уголовному делу сведений, которые он ранее изложил в соответствующем оперативно-служебном документе или сообщил оперативному работнику при встрече.

Принципиально иная ситуация имеет место во втором случае, когда результаты оперативно-розыскной деятельности не отождествляются с судебными доказательствами, а рассматриваются лишь в качестве основы, на которой в уголовном процессе могут быть сформированы доказательства. При таком подходе следователь ориентирует свидетеля на сообщение в ходе допроса сведений о тех значимых для уголовного дела фактах и обстоятельствах, которые он непосредственно воспринимал в рамках соответствующего оперативно-розыскного мероприятия, а не тех сведений, которые содержатся в деле оперативного учета.

Реализация в рамках допроса формирования знаний следователя по первой схеме с неизбежностью приведет к формированию недоброкачественных доказательств, а следовательно, негативно повлияет и на все доказывание в целом. Утрата процессуально значимой информации при отождествлении результатов оперативно-розыскной деятельности с доказательствами может произойти по причинам, не зависящим от лица, воспринимавшего в рамках оперативно-розыскного мероприятия значимые для уголовного дела факты и обстоятельства. Данное лицо может обратить внимание на эти факты и обстоятельства и запомнить их. Однако для оперативного работника они могут оказаться второстепенными с учетом того, что для него на первый план выступает решение непосредственных задач по делу оперативного учета. В результате сведения о данных фактах и обстоятельствах просто не найдут отражения в результатах оперативно-розыскной деятельности, представленных следователю. Естественно, что в такой ситуации ориентация допрашиваемого свидетеля следователем на сообщение не того, что он фактически воспринимал в рамках оперативно-розыскного мероприятия, а тех сведений, которые им были доведены до оперативного работника, с высокой степенью вероятности приведет к тому, что на допросе указанные факты и обстоятельства не будут установлены.

Процессуально значимая информация при осуществлении оперативно-розыскной деятельности может быть утрачена и по другим причинам, не зависящим от оперативного работника. Это может иметь место в ситуации, когда агент в условиях проведения оперативно-розыскного мероприятия, как и в предыдущем случае, воспринял и запомнил факты и обстоятельства, значимые для уголовного дела. Однако из-за дефицита правовой информации в

рамках дела оперативного учета ни он, ни оперативный работник не могли расценить их как проявление преступления. В силу этого сведения о данных фактах и обстоятельствах также не найдут отражения в оперативно-служебных документах. И в этом случае, если следователь в ходе допроса будет ориентирован на получение от свидетеля только тех сведений, которые содержатся в представленных результатах оперативно-розыскной деятельности, он не сформирует полноценного доказательства. К тому, чтобы все произошло именно таким образом, следователя будет подталкивать логика той установки, в основе которой лежит теоретическая посылка, согласно которой содержание доказательств образуют те же сведения, которые ранее образовали содержание оперативных данных.

Крайне важно, чтобы оперативные работники не только знали, какие результаты оперативно-розыскной деятельности могут представлять интерес для органов расследования и суда, но и имели четкое представление о возможных путях их использования в уголовном судопроизводстве <1>. Поэтому о возможности, путях, формах и условиях использования результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве основы для формирования доказательств по уголовным делам оперативные работники должны заботиться начиная буквально с момента получения информации сигнального характера.

<1> На необходимость четкого представления у оперативных работников не только о том, какие фактические данные интересуют следователя, но также и о путях их использования в уголовном судопроизводстве обращал внимание А.М. Ларин. См.: Ларин А.М. Расследование по уголовному делу. Планирование, организация. М., 1970. С. 115.

И в дальнейшем эти вопросы должны постоянно находиться в их поле зрения при подготовке и проведении тех или иных оперативно-розыскных мероприятий, направленных на получение оперативно значимых данных. Игнорирование в процессе оперативно-розыскной деятельности указанных вопросов, попытка их решения лишь на ее заключительном этапе могут привести к серьезным проблемам и трудностям в использовании результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве, а иногда и к невозможности формирования на их основе доказательств в уголовном процессе и, как следствие, к угрозе неустановления истины по уголовным делам, представляющим повышенную общественную опасность.

Перед принятием решения об использовании в уголовном судопроизводстве результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве основы для формирования доказательств необходимо убедиться в наличии объективной потребности в этом. К формированию доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности следует прибегать лишь в тех случаях, когда исчерпаны обычные возможности установления истины по уголовному делу и лишь только указанное их применение обеспечивает ее достижение.

Принимая решение об использовании результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве основы для формирования доказательств по уголовному делу, необходимо четко представлять в целом весь возможный процесс последующего оперирования ими в уголовном деле. Это важно для того, чтобы выделить факторы, которые в силу их возможного влияния на содержание доказательств и процесса доказывания станут предметом исследования на предварительном следствии и в суде.

Оперативные работники, дознаватели, следователи, прокуроры и судьи должны исходить из того, что сформированные в уголовном процессе на основе результатов оперативно-розыскной деятельности доказательства в соответствии с законом будут подвергнуты не только тщательной, всесторонней и объективной проверке посредством анализа и синтеза, сопоставления с другими доказательствами, собирания новых доказательств (ст. 87 УПК РФ), но и оценке их в совокупности со всеми другими доказательствами (ч. 1 ст. 88 УПК РФ). При этом в условиях гласного судопроизводства будут исследованы все стороны доказательств, как по отдельности (содержание,

источник фактических данных, способ собирания, правовое положение источника доказательства), так и в связи друг с другом, выяснено, не нарушены ли требования закона, предъявляемые к ним.

Содержание проверяемого доказательства, сформированного на основе результатов оперативно-розыскной деятельности, обязательно будет сопоставлено и с содержанием других доказательств, связанных с проверяемым через отображаемые факты. Лишь при условии, что содержание проверяемого доказательства согласуется с содержанием других доказательств, оно может быть использовано для построения выводов по уголовному делу в процессе оценки доказательств. Если в ходе проверки доказательства, сформированного на основе результатов оперативно-розыскной деятельности, не будут установлены его связи, зависимости, отношения с другими собранными доказательствами, такое доказательство нельзя использовать для логических выводов по уголовному делу при принятии решений, требующих обоснования доказательствами. Построение выводов на внутренне противоречивых доказательствах, доказательствах, не соответствующих содержанию других собранных доказательств, всегда чревато ошибками в выводах как по отдельным обстоятельствам дела, так и по всему делу в целом.

Представляемые в уголовный процесс результаты оперативно-розыскной деятельности, касающиеся в том числе времени, места, обстоятельств и условий их получения, необходимые для формирования судебных доказательств и их использования в процессе доказывания, должны соответствовать действительности. Даже малейшие неточности относительно времени, места, обстоятельств и условий получения (а в ряде случаев и сохранения) результатов оперативно-розыскной деятельности, которые предполагается использовать в качестве основы для формирования доказательств в уголовном процессе, несоответствие заключенного в них содержания действительности обязательно дадут о себе знать и будут обнаружены в процессе доказывания при собирании, проверке и оценке доказательств.

Эти неточности в уголовном процессе могут проявиться в различных формах. Во-первых, в виде несоответствия содержания частей (сторон) такого доказательства друг другу, его внутренней противоречивости. Во-вторых, в виде противоречия содержания доказательства содержанию других собранных по уголовному делу доказательств, связанных с ним через отображаемые факты. В-третьих, как различного рода ошибки, допускаемые властными субъектами уголовного процесса в ходе принятия промежуточных и итоговых решений по уголовным делам с использованием доказательств, сформированных на основе результатов оперативно-розыскной деятельности. Наконец, они проявят себя и в форме неадекватного реальности метода установления истины по уголовному делу, который будут вынуждены применить в процессе доказывания органы расследования и суд, опираясь на доказательство (доказательства), полученное на основе использования результатов оперативно-розыскной деятельности, частично или полностью не соответствующих действительности. Неизбежная корректировка этого метода в процессе доказывания, приведение его в соответствие с действительными обстоятельствами и фактами потребуют от органов расследования и суда затрат значительных дополнительных сил, средств, удлинят сроки расследования и судебного разбирательства, обернутся ограничением прав и законных интересов участников уголовного процесса.

Поэтому малейшие попытки подправить, тем более исказить не только содержание результатов оперативно-розыскной деятельности, предполагаемых к использованию в качестве основы для формирования доказательств в уголовном процессе, но и условий (места, времени, обстоятельств, в том числе технических характеристик примененной для этого специальной аппаратуры) <1> их получения в ходе оперативно-розыскной деятельности, чем бы они ни мотивировались (например, стремлением сохранить в тайне данные о личности конфиденциального источника, об организации и тактике проведения оперативно-розыскных мероприятий), с неизбежностью будут не только выявлены в процессе доказывания, но и могут стать предметом разбирательства на предварительном расследовании и в суде.

<1> Более подробно эти вопросы будут рассмотрены в § 5 главы 3 настоящей работы.

Вполне реальна ситуация, когда кроме органов расследования и суда в силу предоставленного им законом права заявлять ходатайства, участвовать в исследовании доказательств (ст. ст. 42, 44, 46 - 49, 54, 55 УПК РФ) инициаторами исследования данных обстоятельств выступят обвиняемый и его защитник или другие участники уголовного процесса. При этом от органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность и представивших ее результаты в уголовный процесс, судом могут быть истребованы дополнительные материалы (сведения), объясняющие причины выявленных неточностей, искажений, для определения их влияния на содержание сформированных доказательств, содержание процесса доказывания, промежуточных и итоговых решений, принимаемых по уголовному делу. Установление в таких условиях фактов непреднамеренного, а тем более умышленного искажения результатов оперативно-розыскной деятельности, представленных в уголовный процесс компетентными органами, какими бы благими намерениями они не руководствовались, может быть расценено как попытка ввести в заблуждение органы предварительного расследования и суд, вмешательство исполнительной власти в осуществление правосудия со всеми вытекающими последствиями.

Для эффективного осуществления оперативно-розыскной деятельности существенное значение имеет и сделанный выше применительно к доказыванию в уголовном процессе вывод о возможности осуществления познания только параллельно с преобразованием действительности.

§ 5. Учение о видах доказательств в российском уголовном процессе и его значение для формирования доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности

В теории уголовного процесса доказательства классифицируются по различным основаниям. Деление доказательств на виды - это одна из классификационных систем, в соответствии с которой они распределяются исходя из специфических и наиболее существенных особенностей их формы и содержания <1>.

<1> Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973. С. 228.

Наиболее целостно и системно учение о видах доказательств в теории российского уголовного процесса разработано профессором В.Я. Дороховым <1>, им же сформулировано и понятие вида доказательств, с учетом этого здесь и далее мы будем основываться на результатах его анализа необходимых признаков самостоятельных видов доказательств.

<1> Там же; Дорохов В.Я. Природа вещественных доказательств // Советское государство и право. 1971. N 10. С. 109 - 114; Он же. Протоколы следственных и судебных действий как вид доказательств // Советское государство и право. 1979. N 3. С. 83 - 88; Он же. Понятие документа в советском праве // Правоведение. 1982. N 2. С. 53 - 60.

Самостоятельные виды доказательств образуют такие доказательства, форме и содержанию которых присущи существенные особенности, определяющие свойственный только им процессуальный режим получения и использования в уголовном процессе. Эти особенности касаются:

1) источника фактических данных доказательства. Будучи существенным, но не единственным элементом уголовно-процессуальной формы доказательства, источник фактических данных не может рассматриваться вне связи с другими элементами доказательства;

2) способа собирания доказательства - следственного или судебного действия с установленными для него законом основаниями, участниками, порядком проведения и процессуального оформления. Каждому самостоятельному виду доказательств присущ свой строго определенный способ собирания;

3) процессуального положения источника доказательства - совокупности прав, обязанностей (а в ряде случаев и ответственности) лиц, дающих показания, производящих следственные и судебные действия;

4) содержания доказательств - объема и характера сведений о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела.

С учетом перечисленных особенностей содержания и формы доказательства в уголовном процессе делятся на шесть видов: показания свидетеля и потерпевшего; показания обвиняемого и подозреваемого; заключение эксперта; вещественные доказательства; протоколы следственных и судебных действий; иные документы.

Рассмотрим основные особенности формы и содержания различных видов доказательств и, используя их, выделим те факторы, которые должны учитывать оперативные работники, органы расследования, прокуроры и судьи при решении вопросов об использовании результатов оперативно-розыскной деятельности для формирования на их основе различных видов доказательств в уголовном процессе.

Показания свидетеля и потерпевшего - это устное сообщение лиц, не привлеченных в качестве обвиняемых и подозреваемых по данному делу, о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, воспринятых ими лично или со слов других лиц, полученное на допросе в установленном законом порядке.

Особенность источника фактических данных рассматриваемого вида доказательства состоит в том, что он представляет собой устное сообщение указанных лиц. Данная особенность не нашла своего отражения в ст. ст. 78, 79 УПК РФ, содержащих нормативное определение показаний потерпевшего и свидетеля. На практике это может привести к трудностям при получении и фиксации результатов допроса указанных лиц. Дело в том, что в ст. 42 и ст. 56 УПК РФ, определяющих правовой статус потерпевшего и свидетеля, не закреплено их право на собственноручное изложение своих показаний после их дачи в устной форме. Указанное право невозможно вывести и путем толкования соответствующих статей УПК РФ, регулирующих допрос. Между тем такое право в целом ряде случаев могло бы способствовать более полному и точному отражению в протоколе допроса показаний потерпевшего и свидетеля. Данное право исключило бы возможность для свидетеля и потерпевшего требовать предоставления им возможности изложения показаний в письменном виде до их дачи в устной форме. Именно из этого исходил ранее законодатель, отразив данное право в ч. 4 ст. 160 УПК РСФСР. Указанный пробел должен быть устранен путем дополнения соответствующим образом ст. ст. 42, 56 УПК РФ.

Отказ законодателя от устности как существенного признака показаний свидетеля и потерпевшего может привести и к тому, что на практике в качестве доказательств будут использоваться заявления, объяснения очевидцев, должностных лиц, лиц, пострадавших от преступлений, полученные до возбуждения уголовного дела, в стадии возбуждения уголовного дела или на стадии его расследования.

Значительное количество подобных примеров дает практика. Имеет своих сторонников такое решение и в юридической литературе <1>. В нем не учитывается значение процессуальной формы допроса как одной из важнейших гарантий правильности формирования показаний свидетеля (потерпевшего), гарантий прав лица, от которого исходят показания. Не принимают во внимание его сторонники и то обстоятельство, что при таком подходе в уголовном деле появятся два доказательства, исходящих от одного и того же лица.

<1> См.: Теория доказательств в советском уголовном процессе. М.: Юридическая литература, 1973. С. 685; Томин В.Т. Острые углы уголовного судопроизводства. М.: Юридическая литература, 1991. С. 81; Белоусов А.В. Процессуальное закрепление доказательств при расследовании преступлений. М.: ООО "Издательство "Юрлитинформ", 2001. С. 35 - 40.

Отсутствие в законе указания на устность как особенность источника фактических данных рассматриваемого вида доказательств может стать причиной еще одной трудности, с которой столкнутся органы расследования. На практике доказательственное значение показаний свидетеля и потерпевшего (равно как и обвиняемого и подозреваемого) обычно связывают с наличием в уголовном деле протокола допроса с зафиксированными в нем в установленном законом порядке показаниями указанных лиц. При этом не учитывается, что протокол допроса - лишь средство фиксации показаний данных лиц, он не имеет самостоятельного доказательственного значения.

Ошибочность такого подхода обнаружится на практике при попытке выхода из следующей экстремальной ситуации, когда, например, свидетель, давший в установленном законом порядке показания, скоропостижно скончался еще до того, как следователь приступил к составлению протокола допроса. Вправе ли следователь в этом случае составить соответствующий протокол допроса, отразив в нем сведения, сообщенные свидетелем, и возможно ли в такой ситуации говорить о наличии в уголовном деле доказательства - показания свидетеля? Чаще всего практические работники неправильно отвечают на данные вопросы, считая, что в такой ситуации доказательства нет и не имеет смысла составлять протокол допроса, поскольку не до конца был соблюден предусмотренный законом порядок оформления протокола допроса свидетеля.

Правильное же решение состоит в том, что полученное с соблюдением всех требований процессуальной формы (удостоверением в личности свидетеля, объяснением, по какому делу, а при необходимости и в связи с какими обстоятельствами он вызван, разъяснением ему его обязанностей, прав, ответственности, порядка производства допроса, выяснением характера его отношений с подозреваемым, обвиняемым, потерпевшим) устное сообщение свидетеля представляет собой полностью сформированное доказательство. Поэтому оно должно быть зафиксировано в протоколе допроса, несмотря на то что в силу объективных причин свидетель не смог ознакомиться с протоколом (при необходимости внести в него соответствующие дополнения и уточнения) и подписать его.

Показания данного свидетеля могут быть использованы в процессе доказывания по уголовному делу как полноценное доказательство, несмотря на то что при составлении протокола допроса свидетеля часть процессуальных гарантий, направленных на обеспечение полного и точного отражения его показаний, по независящим от следователя причинам не была реализована. Естественно, что полученные в таких условиях показания свидетеля должны проверяться и оцениваться с особой тщательностью.

Отказ в рассмотренном случае от составления протокола допроса свидетеля приведет к тому, что сообщенные им на допросе относимые к делу данные не будут использованы в качестве доказательства. Кроме этого, в уголовном деле будут отсутствовать материалы, подтверждающие нахождение свидетеля на допросе, его продолжительность, что может породить дополнительные трудности при объяснении причин смерти.

Таким образом, отсутствие в законе указания на устную форму изложения показаний свидетеля и потерпевшего (равно как и показаний подозреваемого и обвиняемого), возможность изложения ими своих показаний в письменной форме только после их устного сообщения на допросе порождает трудности на практике, снижает эффективность допросов.

Признак устности показаний свидетеля и потерпевшего должен найти соответствующее отражение в ст. 78 и ст. 79 УПК РФ. Это может быть сделано путем дополнения их первых частей

после слов "сообщенные им" словами "в устной форме" <1>.

<1> В аналогичном дополнении нуждаются и ст. 76, и ст. 77, касающиеся показаний подозреваемого и обвиняемого.

Способом собирания показаний свидетеля и потерпевшего является допрос свидетеля и потерпевшего. Законодатель достаточно подробно регулирует данный способ собирания доказательств, устанавливая место и время допроса, порядок вызова на допрос, общие правила его проведения, обязательность и пределы применения при его производстве наиболее общих приемов познания, требования к оформлению протокола допроса (ст. ст. 187 - 190 УПК РФ). Учитываются и особенности допроса несовершеннолетнего свидетеля и потерпевшего (ст. 191 УПК РФ).

Уголовно-процессуальный кодекс РФ предоставил защитнику право собирать доказательства путем опроса лиц с их согласия (п. 2 ч. 3 ст. 86). Представляется, что данная новелла сделана без соответствующей теоретической проработки. Она вступает в противоречие и с содержанием такого принципа уголовного судопроизводства, как состязательность и равноправие сторон. Реализация данного права защитником породит трудности и на практике.

Прежде всего обращает внимание то обстоятельство, что законодатель лишь в самой общей форме урегулировал данный способ собирания доказательств. Закон не установил надлежащей процедуры опроса лиц защитником с их согласия, в ходе которой соблюдались бы правовые требования относимости и допустимости, предъявляемые законом к любому доказательству. А ведь именно соблюдение требований относимости и допустимости, предъявляемых к содержанию и форме доказательств, рассматривается законодателем в качестве важнейшей гарантии их доброкачественности, соблюдения прав, свобод и законных интересов участников уголовного процесса при производстве следственных и судебных действий. Уже по этой причине опрос лица с его согласия защитником не может рассматриваться как способ собирания свидетельских показаний, а полученные таким образом от лица сведения не являются доказательством. Они не могут рассматриваться в качестве свидетельских показаний, т.е. заменять их.

Если исходить из возможности собирания доказательств защитником путем опроса лиц с их согласия, то необходимо будет согласиться и с тем, что законодатель устанавливает двойной стандарт относительно допустимости доказательств. Один, достаточно детально урегулированный, - к доказательствам, собираемым властными субъектами уголовного судопроизводства путем производства предусмотренных законом следственных и судебных действий, и другой, совершенно упрощенный (можно даже сказать никакой), - к доказательствам, собираемым защитником. Это подрывает единое понятие доказательства, ведет к нарушению принципа состязательности и равноправия сторон (существенно ослабляет сторону обвинения и неоправданно усиливает сторону защиты) <1>.

<1> Наделение защитника правом собирать доказательства путем опроса лиц с их согласия лишь на первый взгляд представляется развитием принципа состязательности и равноправия сторон в уголовном судопроизводстве. Однако это мнимое уравнивание. Защитник, как и иные участники со стороны защиты, фактически не собирает доказательства, а лишь может участвовать в их собирании (точнее, в формировании).

По указанным причинам из УПК РФ следует исключить положение, наделяющее защитника правом собирать доказательства путем опроса лиц с их согласия. При этом за защитником может быть оставлено право опроса лиц с их согласия. Однако результаты опросов, предоставленные дознавателю, следователю, прокурору или суду, должны рассматриваться лишь как

соответствующее ходатайство защитника о вызове и допросе указанных лиц, но не как способ собирания им доказательств.

Показания свидетеля и потерпевшего являются разновидностью одного и того же вида доказательств - показаний лиц, не привлеченных к уголовной ответственности, и в этом заключается специфика свойственного им процессуального положения источника доказательства (ст. ст. 42, 56 УПК РФ).

Специфика содержания показаний свидетеля и потерпевшего - характера и объема заключенных в них сведений об обстоятельствах предмета доказывания и побочных фактах - заключается в том, что они относятся к предмету обвинения других лиц и ограничены возможностями восприятия органов чувств свидетеля, потерпевшего или иных лиц, от которых они узнали об относимых к делу сведениях.

Исходя из данной выше характеристики показаний свидетеля и потерпевшего нельзя согласиться с утверждением, согласно которому "под показаниями свидетеля, потерпевшего... следует понимать процессуальные источники, т.е. ту материальную форму, в которой содержатся и при помощи которой передаются фактические данные, информация о фактах" <1>. Такое понимание показаний свидетеля и потерпевшего ошибочно. Оно неполно выражает присущую им форму, полностью игнорирует их содержание, вводит в научный оборот понятие "процессуальные источники", которое не имеет под собой объективной основы.

<1> См.: Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. С. 325.

Рассматриваемая характеристика показаний свидетеля и потерпевшего содержит лишь один из четырех признаков, которые, исходя из учения В.Я. Дорохова, характеризуют любой самостоятельный вид доказательств - источник фактических данных. Применительно к показаниям свидетеля и потерпевшего таковым является устное сообщение данных лиц. И в этом смысле устное сообщение, исходящее от данных лиц на допросе, можно рассматривать в качестве той материальной формы, "в которой содержатся и при помощи которой передаются фактические данные, информация о фактах". Однако устностью не исчерпывается существо данного вида доказательства. Источник фактических данных - важная, но не единственная особенность, характеризующая форму показаний свидетеля и потерпевшего. Форму указанного вида доказательства наряду с источником фактических данных характеризуют присущий способ собирания (формирования) доказательства и правовое положение лиц, от которых исходят показания.

Кроме вышеотмеченного понимание показаний свидетеля и потерпевшего только как материальной формы, "в которой содержатся и при помощи которой передаются фактические данные, информация о фактах", исключает из определения данного вида доказательства его содержание - сведения об относимых к делу фактах.

Понимание показаний свидетеля и потерпевшего как процессуальных источников, т.е. той материальной формы, в которой содержатся и при помощи которой передаются фактические данные, информация о фактах, вызывает возражения и по соображениям более общего характера. При таком подходе получается, что показания свидетеля и потерпевшего существуют еще до того, как они будут получены (сформированы) в результате проведения соответствующих процессуальных действий. Такой вывод буквально следует из анализируемого утверждения. В соответствии с ним "при определении данного свойства доказательств (процессуальных источников. - Е.Д.)" необходимо учитывать "процессуальный порядок извлечения сведений из процессуальных источников, а также закрепление их в установленном законом порядке" <1>. С учетом отмеченного понятие "процессуальный источник" в том значении, которое ему придает В.И.

Зажицкий, не имеет соответствующей объективной основы. Не использовал его и В.Я. Дорохов при характеристике особенностей содержания и формы самостоятельных видов доказательств.

<1> См.: Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. С. 325.

Обращает внимание и крайняя непоследовательность характеристики автором такого понятия, как "фактические данные". Так, он утверждает, что "в соответствии с философской теорией отражения под фактическими данными следует понимать идеальные и материальные следы, которые остались в реальной действительности в результате совершения преступления" <1>. И буквально в следующем абзаце пишет о том, что фактические данные - это информация о фактах, содержащаяся в процессуальных источниках. Оставшиеся "в реальной действительности в результате совершения преступления" идеальные и материальные следы нельзя отождествлять с фактическими данными (сведениями о фактах). Из теории отражения вопреки рассматриваемому утверждению вовсе не следует отождествление фактических данных и идеальных, материальных следов преступления.

<1> Там же.

Особенности уголовно-процессуальной природы показаний свидетеля и потерпевшего обязательно должны учитываться при решении вопросов, связанных с использованием результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании. Результаты оперативно-розыскной деятельности, представляющие собой продукт непосредственного (или опосредованного) восприятия субъектами данной деятельности обстоятельств и фактов, имеющих значение для уголовного дела, могут послужить основой для формирования в уголовном процессе, как правило, такого вида доказательств, как показания свидетеля и потерпевшего <1>.

<1> В более редких случаях указанные результаты оперативно-розыскной деятельности могут послужить основой для формирования в уголовном процессе показаний обвиняемого и подозреваемого.

Так, на основе результатов непосредственного восприятия в рамках оперативно-розыскного мероприятия обстоятельств и фактов, имеющих значение для уголовного дела, лицом, оказывавшим содействие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность на конфиденциальной основе, в ходе допроса могут быть получены свидетельские показания. Их содержание образуют сведения об указанных фактах и обстоятельствах, полученные на допросе в виде устного сообщения, исходящего от свидетеля.

При этом необходимо учитывать, что содержание свидетельских показаний в данном случае образуют не те сведения, которые были получены в рамках оперативно-розыскного мероприятия, а иные сведения - те, которые были сформированы на допросе.

С учетом отмеченного не соответствует действительности представление, согласно которому в основе показаний свидетеля лежат сведения об обстоятельствах совершения преступления, которые лицо сообщило оперативному работнику в ходе опроса <1>. Тот факт, что сведения, полученные оперативным работником в результате опроса лица, и относимые к делу сведения, сформированные в ходе последующего допроса указанного лица в качестве свидетеля, имеют единую основу (предыдущее восприятие данным лицом в рамках оперативно-розыскного мероприятия лично или со слов других лиц фактов и обстоятельств, имеющих значение для

уголовного дела), не дает основания для их отождествления.

<1> См.: Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. С. 365.

На допросе у свидетеля должны выясняться значимые для уголовного дела факты и обстоятельства, которые он воспринимал лично или со слов других лиц. Именно они образуют содержание его показаний. Следователь обязан ориентировать свидетеля на изложение сведений о значимых для уголовного дела фактах и обстоятельствах, а не тех сведений, которые ранее данное лицо сообщило оперативному работнику в ходе опроса. Иное противоречит природе свидетельских показаний, не согласуется с правовым статусом свидетеля, объектом и предметом его показаний (ст. 56 УПК РФ), ведет к подмене свидетельских показаний результатами оперативно-розыскной деятельности.

Аналогичным образом должны использоваться для формирования в уголовном процессе свидетельских показаний и результаты восприятия оперативным работником (равно как и иными субъектами оперативно-розыскной деятельности) фактов и обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, в ходе производства негласных оперативно-розыскных мероприятий по наблюдению, обследованию помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств. При допросе свидетелей из числа указанных лиц должны выясняться обстоятельства, которые могли сказаться на содержании их показаний, включая и действия самих допрашиваемых, в случае если они, например, связаны с условиями восприятия фактов и обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела.

По указанным соображениям нельзя полностью согласиться с утверждением о том, что допрос свидетеля, выявленного в ходе ОРД, не отличается от допроса свидетеля, названного обвиняемым <1>. Действительно, требования закона, предъявляемые к допросу указанных свидетелей, одинаковы. Однако данное обстоятельство не отменяет того, что причины, могущие оказать и часто оказывающие влияние на содержание их показаний, различаются. Поэтому они должны выявляться, исследоваться и приниматься во внимание органами расследования и судом в процессе формирования, проверки и оценки показаний свидетелей.

<1> См.: Лупинская П.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности // Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. М.: Юристъ, 2004. С. 238.

При допросе указанных лиц (свидетелей, которым обстоятельства уголовного дела стали известны в результате участия в оперативно-розыскных мероприятиях) и в дальнейшем при проверке и оценке их показаний органы расследования и суд (другие субъекты, принимающие участие в доказывании) лишены возможности учесть все необходимые факторы, могущие сказаться на доброкачественности исходящих от них доказательств.

Дело в том, что в силу принципа конспирации, свойственного оперативно-розыскной деятельности, подлинные обстоятельства, в связи с которыми названные свидетели стали носителями доказательственной информации, им, по существу, остаются недоступными. Восприятие данной группой свидетелей имеющих значение для уголовного дела фактов и обстоятельств всегда связано с их конкретной деятельностью по решению оперативных задач. Это порождает у них определенную заинтересованность в ее результатах, вырабатывает их собственное отношение к своей деятельности, ее результатам и деятельности лиц, по отношению к которым осуществляются оперативно-розыскные мероприятия. Все это в дальнейшем может сказаться на содержании их показаний. Поэтому без учета конкретного характера и содержания

этой деятельности и обусловленной ею заинтересованности этих лиц органы расследования и суд (равно как и иные субъекты, имеющие право принимать участие в доказывании) не смогут правильно сформировать, проверить и оценить их показания. В результате неизбежны ошибки в решениях, принятых с использованием данных показаний, что, в свою очередь, чревато неустановлением истины по уголовным делам.

О наличии существенных различий между правовой природой обычного свидетеля и свидетеля из числа лиц, оказывавших или оказывающих содействие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, красноречиво говорит и ряд других факторов. Так, согласно закону сведения о лицах, оказывающих содействие на конфиденциальной основе органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, составляют государственную тайну и подлежат рассекречиванию только на основании постановления руководителя соответствующего органа (ч. 1 ст. 12 Закона об ОРД). Кроме того, предание гласности сведений об агентах допускается лишь с их согласия в письменной форме и в случаях, предусмотренных законом (ч. 2 ст. 12 Закона об ОРД). Фактически это означает, что вызов и допрос в качестве свидетеля лица, бывшего или являющегося агентом по обстоятельствам, ставшим ему известными в связи с участием в оперативно-розыскной деятельности, возможен только при наличии его письменного согласия, кроме случая, предусмотренного ч. 3 ст. 21 Закона об ОРД. В случаях, когда содержание свидетельских показаний будет составлять государственную тайну, допросу должно предшествовать их рассекречивание руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность

Приведенные факторы обязательно должны учитываться не только при вызове и формировании показаний, исходящих от данных лиц (допросе), но и при проверке и оценке их показаний. Таким образом, рассмотренное утверждение не учитывает особенностей правовой природы категории свидетелей, которым относимые к делу сведения стали известны в результате их личного участия (в качестве агентов) в оперативно-розыскной деятельности.

Показания обвиняемого и подозреваемого - это устное сообщение лиц, привлеченных в качестве обвиняемых и подозреваемых по данному уголовному делу, о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, данное добровольно на допросе в установленном законом порядке (ст. ст. 76, 77 УПК РФ).

Существенные особенности содержания и формы показаний обвиняемого и подозреваемого как разновидности одного и того же вида доказательств состоят в следующем. Источником фактических данных рассматриваемого вида доказательств является устное сообщение указанных лиц. Способом собирания данного вида доказательств служит допрос обвиняемого (подозреваемого). Процессуальное положение источника доказательств рассматриваемого вида характеризуется тем, что в качестве него выступают лица, привлеченные по данному делу как обвиняемые или подозреваемые. Специфика содержания данного вида доказательств - объема и характера сведений о преступлении, которые они несут, - состоит в том, что они, как правило, относятся к преступным действиям самого обвиняемого (подозреваемого) или других лиц, привлеченных к уголовной ответственности по данному делу, и по своей полноте обычно значительно превосходят содержание других видов доказательств. В случаях, когда обвиняемый (подозреваемый) действительно виновен в совершении преступления, он может сообщить о нем все или почти все.

В законе отсутствует указание на устность как существенный признак показаний обвиняемого и подозреваемого. Это ведет к тому, что в теории и на практике доказательственное значение показаний, исходящих от данных лиц, нередко связывают с протоколами их допроса. Именно из этой позиции исходят Е. Львова и В. Паршуткин, приводя неединичные случаи осуждения (чрезмерно сурового приговора) на основании показаний, занесенных в протокол судебного заседания с искажением смысла и содержания сказанного <1>.

<1> Львова Е., Паршуткин В. Недостоверный протокол судебного заседания - не доказательство // Российская юстиция. 2003. N 9. С. 52.

В действительности доказательством применительно к показаниям (обвиняемого и подозреваемого, равно как свидетеля и потерпевшего) является не протокол, в котором они зафиксированы (соответствующий протокол допроса или соответствующая часть протокола судебного заседания), а устное сообщение, полученное при допросе. Протокол допроса лишь средство фиксации показаний (доказательства), но сам он доказательством не является. Поэтому судьи при постановлении приговора вопреки мнению Е. Львовой и В. Паршуткиной должны основывать свои выводы не на основании показаний, записанных в протоколе судебного заседания (тем более с искажением смысла и содержания сказанного), а на устных сообщениях допрошенных, воспринятых в ходе допроса судьями <1>.

<1> В упомянутой статье Е. Львовой и В. Паршуткина содержится существенное противоречие. Так, авторы пишут, что из-за неопределенности и пробельности положений ст. 259 УПК РФ протокол судебного заседания, являющийся важнейшим процессуальным документом, выведен из круга исследуемых в судебном заседании доказательств. Но в то же время они утверждают, что неединичны случаи, когда осуждение (чрезмерно суровые приговоры) становятся возможными на основании показаний, занесенных в протокол судебного заседания с искажением смысла и содержания сказанного. См.: Львова Е., Паршуткин В. Указ. соч. С. 52. Непонятно, как судьи могут основывать приговор на показаниях, занесенных в протокол судебного заседания с искажением смысла и содержания сказанного, если данный протокол выведен из круга исследуемых в судебном заседании доказательств. Получается, что к моменту постановления приговора протокол судебного заседания еще не готов, но судьи каким-то чудесным образом, основываясь на неправильной (искаженной) записи в нем показаний допрошенных, выносят на основе еще не готового протокола неправильное решение по уголовному делу. Причина такой противоречивой позиции обусловлена именно тем, что под доказательством применительно к показаниям свидетеля и потерпевшего, обвиняемого и подозреваемого ошибочно понимаются не их устные сообщения, полученные в ходе допросов, а сведения, зафиксированные в протоколах допросов.

Признак устности показаний обвиняемого и подозреваемого должен быть отражен законодателем в статьях, регулирующих данный вид доказательств (ст. ст. 76 и 77 УПК РФ). Такое решение будет способствовать повышению эффективности формирования и использования при производстве по уголовным делам этого вида доказательства, сведет к минимуму число допускаемых на практике ошибок.

Нельзя рассматривать в качестве показаний обвиняемого (подозреваемого) сведения, хотя и имеющие значение для уголовного дела, но изложенные данными субъектами в письменной форме вне допроса. В зависимости от их содержания они могут приобретать значение ходатайств, жалоб, исходящих от обвиняемого (подозреваемого).

Исходя из особенностей уголовно-процессуальной природы анализируемого вида доказательств результаты восприятия лицом, уже входящим в организованную преступную группу, совершившим преступные действия и согласившимся в дальнейшем на конфиденциальной основе оказывать компетентным органам содействие в выявлении, документировании, предупреждении и пресечении преступных действий указанной группы, могут впоследствии в случае необходимости быть использованы в уголовном процессе для формирования на их основе такого вида доказательств, как показания обвиняемого (подозреваемого).

Обстоятельства, связанные с конфиденциальным сотрудничеством указанного лица, также могут войти в предмет его допроса, если они влияют на процесс установления истины по уголовному делу. Например, когда без их знания невозможно правильно сформировать, проверить и оценить показания данного лица и другие доказательства, связанные с ним через отображаемые

факты, а следовательно, и установить существенные для дела обстоятельства. Оперирование полученными показаниями должно осуществляться в соответствии с требованиями процессуального режима, предназначенного в уголовном процессе для использования такого вида доказательств, как показания обвиняемого (подозреваемого).

Заключение и показания эксперта и специалиста. УПК РФ по сравнению с УПК РСФСР внес существенные изменения в правовое регулирование заключения эксперта. На первый взгляд может показаться, что первоначально в ст. 80 УПК РФ было просто объединено в одну статью то, что в УПК РСФСР регулировалось в двух статьях - ст. 80 "Заключение эксперта" и ст. 192 "Допрос эксперта". Однако этим объединением законодатель фактически уравнял доказательственное значение заключения эксперта и его показаний. Между тем показаниям эксперта самостоятельного доказательственного значения придавать было нельзя в силу того, что они не являются доказательством <1>. Показания эксперта могут быть получены лишь после производства экспертизы и представления экспертом заключения. Они лишь разъясняют или уточняют данное экспертом заключение. Давая показания, эксперт не может выйти за пределы данного им заключения. Если это происходит, то относимые к делу сведения, сообщенные экспертом на допросе и не вошедшие в его письменное заключение, нельзя рассматривать в качестве доказательства.

<1> Двойственную позицию в данном вопросе занимают И.В. Бурков и А.В. Мурзиков. Не признавая самостоятельного доказательственного значения за показаниями эксперта, они в то же время считают возможным рассматривать их как продолжение заключения эксперта. См.: Бурков В.И., Мурзиков А.В. Заключение эксперта как вид доказательств. Владимир: Транзит-Икс, 2001. С. 97.

В дальнейшем законодатель еще более усугубил положение, когда изменил название анализируемой статьи и дополнил ее частями третьей и четвертой, содержащими определение заключения и показания специалиста. В новой редакции ст. 80 УПК РФ стала называться "Заключение и показания эксперта и специалиста". Таким решением за заключением специалиста, как и за его показаниями, фактически признано значение доказательства, что не соответствует их уголовно-процессуальной природе.

Заключение специалиста может содержать суждения по вопросам, имеющим значение для уголовного дела, но доказательством не является. Суждения, содержащиеся в данном заключении, лишь способствуют правильному пониманию сторонами и судом фактов и обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, уяснение которых требует специальных познаний. Специалист в отличие от эксперта исследования не проводит и в письменном заключении излагает только свои суждения по поставленным перед ним вопросам. Суждения специалиста могут касаться только тех обстоятельств, которые доступны непосредственному восприятию органов чувств человека или о которых в материалах уголовного дела уже содержатся какие-либо сведения. Заключение специалиста не представляет собой выводов относительно обстоятельств, недоступных чувственному восприятию человека. Как и заключение специалиста, его показания не имеют доказательственного значения - они лишь могут способствовать правильному собиранию, проверке и оценке других доказательств.

Изложенное дает основание для вывода о том, что внесенные в УПК РФ дополнения к такому виду доказательств, как заключение эксперта и придание доказательственного значения заключению и показаниям специалиста, сделаны без надлежащего теоретического обоснования и не учитывают их уголовно-процессуальной природы <1>. Это ведет к размыванию границ данного вида доказательств, создает предпосылки для подмены заключения эксперта заключением специалиста, будет способствовать совершению ошибок органами расследования и судом.

<1> Обстоятельная критика анализируемого нововведения содержится в статье В.П. Божьева (см.: Божьев В.П. Изменение УПК РФ - не всегда средство его совершенствования // Законность. 2005. N 8).

Косвенным подтверждением правильности такого вывода служит и отсутствие в УПК РФ правового регулирования надлежащего способа собирания, предназначенного для заключения специалиста. Таким образом, самостоятельный вид доказательств в уголовном процессе образует только заключение эксперта, представляющее собой мотивированный вывод, содержащий фактические данные по вопросам, поставленным органами предварительного расследования или судом, даваемый экспертом в письменной форме как результат проведенного им исследования обстоятельств уголовного дела с использованием его специальных познаний (ч. 1 ст. 80 УПК РФ).

Особенности формы и содержания заключения эксперта как самостоятельного вида доказательств выражаются в следующем. Письменная форма заключения эксперта характеризует источник фактических данных этого вида доказательства и является его обязательным атрибутом (ч. 1 ст. 80 УПК РФ). Способом собирания данного вида доказательств служит производство экспертизы, включающее в себя ряд взаимосвязанных действий, начинающихся с вынесения постановления о назначении экспертизы и заканчивающихся ознакомлением обвиняемого и его защитника (потерпевшего, свидетеля) с заключением эксперта (ст. ст. 195 - 206 УПК РФ). Процессуальное положение источника доказательства, свойственного заключению эксперта, образует совокупность прав, обязанностей и ответственности, установленных уголовно-процессуальным законом для эксперта (ст. 57 УПК РФ) <1>. Содержание данного вида доказательства - объем и характер сведений об относимых к делу фактах - ограничено результатами выводного знания, полученного на основе проведенного экспертом исследования с применением соответствующих методов и его специальных познаний (п. 9 ч. 1 ст. 204 УПК РФ).

<1> Утверждение отдельных авторов о недостаточности характеристики процессуального положения эксперта исходя из учета предусмотренных законом его прав, обязанностей и ответственности представляется ошибочным. См.: Бурков И.В., Мурзиков А.В. Указ. соч. С. 55. Об этом свидетельствует то обстоятельство, что при характеристике процессуального положения эксперта данные авторы фактически не выходят за рамки его правового положения, определенного уголовно-процессуальным законом. См.: Там же. С. 55 - 73.

Знание особенностей содержания и формы заключения эксперта необходимо оперативным работникам, дознавателям, следователям, прокурорам и судьям. Они нужны для принятия законных и обоснованных решений об использовании в уголовном процессе в качестве основы для формирования доказательств результатов оперативно-розыскной деятельности, полученных при сборе образцов для сравнительного исследования, в ходе проверочной закупки, негласного исследования предметов, документов, изъятии предметов, материалов и сообщений.

Прежде всего необходимо иметь в виду, что свойства предметов, документов и материалов, которые имеют значение для уголовного дела и в дальнейшем могут образовать содержание заключения эксперта в уголовном процессе, должны быть сохранены и не должны подвергаться изменениям (утрате) при производстве оперативно-розыскных мероприятий (включая исследование предметов, документов и материалов).

Производство в уголовном процессе экспертизы предметов, документов и материалов, полученных в результате проведения оперативно-розыскных мероприятий, нельзя поручать специалистам, участвовавшим в их обнаружении и исследовании в рамках оперативно-розыскной деятельности. Их заинтересованность, обусловленная таким участием, может сказаться на доброкачественности исходящего от них заключения эксперта.

В связи с этим критического отношения заслуживает содержание п. 1 ч. 2 ст. 70 УПК РФ,

согласно которому предыдущее участие эксперта в производстве по уголовному делу в качестве эксперта или специалиста не является основанием для его отвода. Дело в том, что тот же самый эксперт не может участвовать в повторной экспертизе (ч. 2 ст. 207 УПК РФ). Мнение, сформированное специалистом об отдельных обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, которые он воспринимал, например, в результате участия в осмотре места происшествия, может негативным образом сказаться на объективности данного им в последующем заключения эксперта.

Следует учитывать и то, что получение путем производства экспертизы сведений, аналогичных тем, которые были получены при осуществлении оперативных исследований предметов, документов и материалов, возможно лишь в том случае, если специалисты, привлекаемые в качестве экспертов в уголовном процессе, будут обладать соответствующими специальными познаниями и владеть необходимыми научными методами. Это требование в полной мере относится и к специалистам, привлекаемым в рамках оперативно-розыскной деятельности к проведению оперативно-розыскных мероприятий, связанных с исследованием различного рода предметов и документов. Некритическое отношение следователей к результатам таких исследований, проведенных специалистами низкой квалификации, чревато незаконным и необоснованным возбуждением уголовных дел по оперативным материалам, привлечением к уголовной ответственности невиновных. Данный вопрос приобрел особую актуальность в последние годы.

При расследовании и рассмотрении уголовных дел о государственной измене в форме шпионажа, о разглашении государственной тайны, о незаконном экспорте технологий двойного назначения, о незаконном экспорте технологий, научно-технической информации и услуг, используемых при создании оружия массового поражения, вооружений и военной техники возникают проблемы, связанные с производством экспертиз на предмет определения степени секретности.

В средствах массовой информации в связи с этим отмечается, что органы расследования федеральной службы безопасности, осуществляя по данным делам уголовное преследование ученых, опирались на заключения экспертов, которые как специалисты не обладали необходимыми специальными познаниями. В частности, по мнению директора Института химической кинетики и горения СО РАН профессора С. Дзюбы, при производстве по уголовному делу в отношении О.П. Коробейникова, обвинявшегося в разглашении государственной тайны, экспертизу научных работ обвиняемого поручили военным специалистам, не обладающим достаточными знаниями в области физики и химии горения твердого топлива <1>.

<1> См.: Рузанова Н. Тайное и явное. Как российский ученый стал шпионом // Российская газета. 2007. 15 июня. О.П. Коробейников, заведующий лабораторией кинетики процессов горения Новосибирского Института химической кинетики и горения (ИХКиГ) Сибирского отделения (СО) РАН, был обвинен в разглашении государственной тайны по ч. 1 ст. 283 УК РФ. В марте 2007 г. уголовное дело было прекращено за отсутствием в действиях О.П. Коробейникова состава преступления.

В заключении соответствующей экспертизы должен быть полностью отражен весь процесс получения выводного знания по поставленным вопросам. Проверяя и оценивая заключение эксперта, органы расследования и суд обязаны удостовериться в научной обоснованности содержащихся в нем выводов. При этом они должны учитывать, что заключение эксперта, равно как и другие доказательства по делу, не являются исключительными средствами доказывания и должны оцениваться в совокупности со всеми имеющимися в деле доказательствами <1>. Возможен и допрос эксперта для разъяснения или уточнения представленного им заключения (ч. 2 ст. 80 УПК РФ).

<1> См.: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 19 декабря 2003 г. N 23.

В теории длительное время ведется дискуссия относительно правовой природы такого следственного действия, как получение образцов для сравнительного исследования и их доказательственного значения <1>. Уголовно-процессуальный кодекс РФ, как и УПК РСФСР, поместил норму, регулирующую данное следственное действие, в раздел, посвященный производству экспертизы. Таким образом, законодатель совершенно обоснованно не признает за указанным следственным действием роль самостоятельного способа собирания доказательств, а за самими образцами значения доказательств. Получение образцов для сравнительного исследования следует рассматривать как органическую часть производства экспертизы - способа, предназначенного для собирания такого самостоятельного вида доказательств, как заключения эксперта.

<1> О различных взглядах по данной проблеме см.: Теория доказательств. С. 645 - 647.

Не может служить аргументом в пользу признания за рассматриваемым следственным действием значения самостоятельного способа собирания доказательств (развивающегося следственного действия, основанного на моделировании) и утверждение о том, что, получая образцы, следователь получает новую информацию, которая затем используется для установления истины <1>.

<1> Шейфер С.А. Следственные действия. Система и процессуальная форма. М.: ООО "Издательство "Юрлитинформ", 2001. С. 66 - 68.

Само по себе получение образцов для сравнительного исследования не дает следователю никакой новой доказательственной информации о преступлении. Такая возможность возникает лишь после того, как образцы будут использованы при производстве экспертизы, результаты которой могут дать следователю новую информацию о преступлении. Именно эту информацию, содержащуюся в заключении эксперта, он и использует в целях установления истины по уголовному делу. Исходя из этого трудно признать последовательной позицию, в соответствии с которой за образцами не признается самостоятельного значения (в отличие от вещественных доказательств), но при этом утверждается, что отсутствие самостоятельного значения не есть, однако, отсутствие доказательственного значения вообще <1>.

<1> Степичев С.С. Понятие и значение вещественных доказательств // Теория доказательств в советском уголовном процессе. С. 647.

Под вещественными доказательствами понимаются те непосредственно воспринимаемые и закрепляемые в протоколе осмотра материальные свойства и состояния обнаруженного при производстве надлежащего следственного действия вещественного объекта, которые отражают обстоятельства предмета доказывания или побочные факты <1>.

<1> Дорохов В.Я. Природа вещественных доказательств // Советское государство и право. 1971. N 10. С. 114.

Письменная форма - протокол осмотра (либо протокол иного следственного действия, в рамках которого был произведен осмотр) - свойственна источнику фактических данных этого вида доказательств. Способ собирания вещественных доказательств включает в себя два действия. Первое - это осмотр или иное следственное действие, в условиях производства которых с помощью органов чувств его участников были восприняты связанные с преступлением неотделимые от предмета его свойства и состояния, сведения о которых были отражены в соответствующем протоколе <1>. Второе - вынесение постановления о признании предмета вещественным доказательством и его приобщении к делу (ст. 81 УПК РФ). Данным решением завершается начатое в рамках уголовного процесса, а не за его пределами, формирование вещественного доказательства <2>. За пределами уголовного процесса существует предмет, а не вещественное доказательство.

<1> По этой причине нельзя согласиться с авторами, определяющими вещественные доказательства как материальные следы события преступления, т.е. изменения, происшедшие в объективном мире в результате действий или бездействия, прямо или косвенно связанных с событием, по поводу которого возбуждено уголовное дело. См.: Михайловская И.Б. Вещественные доказательства // Уголовный процесс: Учебник / Под ред. И.Л. Петрухина. М., 2001. С. 187; Бабурина И.Н., Колдин В.А., Гришин А.И., Громов Н.А. Соотношение документов и вещественных доказательств // Следователь. 2002. N 1. С. 35.

<2> Исходя из этого требует уточнения ч. 6 ст. 164 УПК РФ, согласно которой при производстве следственных действий могут применяться технические средства и способы обнаружения, фиксации и изъятия вещественных доказательств. В данном случае речь должна идти о применении указанных средств и способов для обнаружения, фиксации и изъятии не вещественных доказательств, а предметов и документов, могущих иметь значение для уголовного дела.

Источником вещественного доказательства как сведений о свойствах и состояниях предмета, связанных с преступлением и в силу этого имеющих значение для уголовного дела, выступает дознаватель, следователь (понятые), судья, т.е. лица, воспринявшие и выделившие при осмотре данные свойства и состояния предмета и отразившие сведения о них в протоколе.

Предметы обладают многочисленными физическими свойствами (вес, размер, объем, форма, цвет, плотность и т.п.). Но содержание вещественного доказательства могут составить только сведения о тех свойствах и состояниях предметов, которые, во-первых, находятся в объективных связях с обстоятельствами, имеющими значение для уголовного дела, во-вторых, неотделимы от предметов (следуют за ними) <1> и, в третьих, доступны непосредственному восприятию в процессе осмотра предмета. Отсутствие связи свойств и состояний предмета с обстоятельствами, имеющими значение для дела, делает его неотносимым и лишает доказательственного значения.

<1> Данными свойствами и состояниями предметы могут обладать сами по себе и до совершения преступления. В этом случае они просто используются для совершения преступления.

Имеющие значение для дела свойства и состояния предмета, которые отделимы от него и доступны восприятию органов чувств участников следственного (судебного) действия только в условиях его производства, образуют содержание такого вида доказательств, как протоколы следственных и судебных действий. Например, пистолет, обнаруженный рядом с трупом по делу о теракте, будет признан вещественным доказательством. Имеющее значение для дела местоположение пистолета, характеризующееся, в частности, расстоянием от пистолета до трупа, до стреляных гильз, может быть воспринято только в условиях осмотра места происшествия.

Связанные с местоположением состояния пистолета отделимы от него, не следуют за ним. Данные о них образуют содержание такого вида доказательств, как протоколы следственных и судебных действий, а не вещественного доказательства.

По указанным причинам нельзя признать правильным предложение рассматривать обстановку места происшествия, взятую в целом, как "своеобразное комплексное вещественное доказательство" <1>. Приводимые в обоснование данного предложения примеры, связанные необходимостью признания доказательственного значения обстановки места происшествия как комплексного вещественного доказательства <2>, свидетельствуют о формировании в данных случаях не комплексного вещественного доказательства, а такого самостоятельного вида доказательств, как протоколы следственных и судебных действий.

<1> См., например: Белкин А.Р. Теория доказывания: Науч.-метод. пособие. М.: НОРМА, 1999. С. 161 - 164.

<2> См.: Белкин А.Р. Указ. соч. С. 162 - 163.

Свойства и состояния предмета, неотделимые от него, связанные с преступлением и недоступные для восприятия органов чувств человека, могут образовать содержание, но не вещественного доказательства, а заключения эксперта. Поэтому неверно утверждать, что наиболее сложной формой исследования вещественных доказательств является экспертиза, с помощью которой устанавливаются свойства предметов, требующие для своего выявления специальных знаний <1>. В ходе производства экспертизы исследуется не вещественное доказательство, а предмет, т.е. те его свойства и состояния, сведения о которых не образуют содержание вещественного доказательства.

<1> См.: Орлов Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе: Науч.-практ. пособие. М.: Проспект, 2000. С. 117; Он же. Вещественные доказательства // Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. М.: Юристъ, 2003. С. 274.

Аналогичного рода ошибку допускает и Н.Н. Егоров, когда утверждает, что "вещественные доказательства зачастую обнаруживаются в ходе производства судебных экспертиз, особенно когда они ввиду своих свойств не могут быть восприняты и воспроизведены следователем непосредственно... а могут быть обнаружены только в лабораторных условиях при специально проводимых исследованиях" <1>.

КонсультантПлюс: примечание.
Статья Н.Н. Егорова "О собирании вещественных доказательств при производстве следственных действий" включена в информационный банк согласно публикации - "Российский следователь", 2003, N 11.

<1> См.: Егоров Н.Н. Собирание вещественных доказательств экспертом // Материалы международной научно-практической конференции "Актуальные проблемы уголовного судопроизводства: вопросы теории, законодательства, практики применения" (к 5-летию УПК РФ). М., 2007. С. 224 - 225.

Недопустимо рассматривать в качестве вещественных доказательств образцы, полученные

для сравнительного исследования, представляемые эксперту <1>. Уголовно-процессуальная природа данных образцов иная, чем у вещественных доказательств, в силу того что присущие им свойства и состояния не порождены преступлением и не связаны с ним. Учет данного обстоятельства имеет важное практическое значение для правильного решения вопроса о том, в качестве чего использовать в уголовном процессе предметы, полученные при проведении оперативно-розыскных мероприятий.

<1> См.: Рахунов Р.Д. Вещественные и письменные доказательства в советском уголовном процессе // Ученые записки ВИЮН. Вып. 10. М., 1959. С. 208 - 209; Петрухин И.Л. Экспертиза как средство доказывания в советском уголовном процессе. М., 1964. С. 148; Варфоломеева Т.В. Производные вещественные доказательства. М., 1980. С. 5 - 6; Карнеева Л.М., Кертес И. Источники доказательств по советскому и венгерскому законодательству. М., 1985. С. 81; Орлов Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе. С. 116 - 117.

При использовании предметов, документов и материалов, полученных в ходе оперативно-розыскной деятельности, в качестве основы для формирования вещественных доказательств следует учитывать особенности уголовно-процессуальной природы данного вида доказательств, связанные с его формой и содержанием.

Еще при получении вещественных объектов в процессе оперативно-розыскной деятельности необходимо позаботиться о сохранении в неизменном виде тех их свойств и состояний, сведения о которых впоследствии могут образовать содержание вещественных доказательств. Возможность использования в уголовном процессе в качестве вещественных доказательств объектов (предметов, документов и материалов), полученных в ходе оперативно-розыскной деятельности, может быть существенно затруднена или вообще исключена вследствие изменения (утраты) их свойств и состояний, связанных с обстоятельствами, имеющими значение для уголовного дела.

Обязательным условием для использования результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве основы для формирования вещественных доказательств является известность происхождения того или иного предмета, документа или материала. Отсутствие в уголовном деле данных о происхождении указанных предметов, документов и материалов исключает возможность формирования на их основе в уголовном процессе вещественных доказательств. Это объясняется тем, что в подобной ситуации невозможна проверка происхождения предмета (документа, материала), а следовательно, остаются неустранимые сомнения обусловленности преступлением (или связи с преступлением) его свойств и состояний, имеющих значение для правильного разрешения уголовного дела.

Решая вопрос о представлении предметов, полученных при проведении оперативно-розыскных мероприятий, в уголовный процесс для последующего формирования на их основе вещественных доказательств, необходимо учитывать их правовую природу.

В рамках оперативно-розыскной деятельности могут быть получены предметы и документы, которые допустимо использовать в уголовном процессе для формирования на их основе и производных вещественных доказательств. Так, ксерокопия документа, полученная при проведении обследования помещения и представленная в установленном порядке и при соблюдении предусмотренных им условий следователю, может быть использована для формирования на ее основе производного вещественного доказательства. Аналогичным образом должен решаться вопрос и в отношении различного рода копий, слепков, полученных при проведении оперативно-розыскных мероприятий.

Все предметы, полученные в рамках оперативно-розыскной деятельности и значимые для уголовного дела, могут быть разделены на две группы. В первую войдут те, которые связаны с преступлением своими свойствами и состояниями. Ко второй группе относятся предметы, не

связанные своими свойствами и состояниями с преступлением. Это все предметы, полученные в результате проведения такого оперативно-розыскного мероприятия, как сбор образцов для сравнительного исследования (п. 3 ч. 1 ст. 6 Закона об ОРД).

На основе предметов первой группы в уголовном судопроизводстве могут быть сформированы вещественные доказательства при соблюдении присущего им процессуального режима. Что касается предметов второй группы, то они не могут использоваться для формирования на их основе вещественных доказательств в силу того, что присущие им свойства и состояния, как отмечалось выше, не связаны с преступлением. Но это не означает, что они не имеют значения для уголовно-процессуальной деятельности и не могут представляться в уголовный процесс.

Данные предметы могут использоваться в качестве образцов для сравнительного исследования при назначении и производстве экспертизы по уголовному делу. В этих целях оперативное подразделение, получившее данные предметы (образцы), представляя их в уголовный процесс, должно сообщить, где, когда, при проведении какого оперативно-розыскного мероприятия и в каких условиях они получены. Естественно, что при этом недопустимо изменять свойства и состояния названных предметов, а тем более подменять их другими аналогичными предметами. В случае несоблюдения названных условий указанные предметы в уголовном процессе при производстве экспертизы в качестве образцов для сравнительного исследования использоваться не могут.

Протоколами следственных действий и судебного заседания являются составленные в соответствии с законом процессуальные документы, в которых удостоверяются обстоятельства и факты, имеющие значение для уголовного дела, воспринимаемые непосредственно дознавателем, следователем (судьями) в присутствии понятых (специалистов, потерпевшего, обвиняемого, участников судебного разбирательства) только в условиях производства данных следственных или судебных действий <1>.

<1> Дорохов В.Я. Протоколы следственных и судебных действий как вид доказательств // Советское государство и право. 1979. N 3. С. 86 - 87.

Источнику фактических данных рассматриваемого вида доказательств свойственна письменная форма - протокол соответствующего следственного действия (протокол судебного заседания). Способом собирания протоколов следственных действий и судебного заседания являются осмотр, освидетельствование, следственный эксперимент, обыск, выемка, опознание.

Уголовно-процессуальный кодекс РФ в отличие от УПК РСФСР в статье, посвященной данному виду доказательств (ст. 83), не привел перечень протоколов следственных действий и судебного заседания, относящихся к рассматриваемому виду доказательств. Это решение было бы обоснованным лишь в том случае, если в данной статье законодатель сформулировал критерий, руководствуясь которым на практике можно было выявить разницу между протоколами, относящимися к рассматриваемому виду доказательств, и другими протоколами, таковыми не являющимися.

Отсутствие в законе такого критерия ведет к путанице и ошибкам на практике - отнесению протоколов допросов свидетелей, потерпевших, обвиняемых, подозреваемых к анализируемому виду доказательств и признанию за ними самостоятельного доказательственного значения.

Подобного рода ошибку допускают, например, Е. Львова и В. Паршуткин, когда в принципе соглашаются с возможностью осуждения на основании показаний, записанных в протоколе судебного заседания <1>. Часть протокола судебного заседания, в которой зафиксированы показания допрошенных в суде лиц (обвиняемого и подозреваемого, свидетеля и потерпевшего), не является доказательством и не относится к такому самостоятельному виду доказательств, как

протоколы следственных действий и судебного заседания. Протокол судебного заседания в этой части выступает лишь средством фиксации других видов доказательств - показаний обвиняемого и подозреваемого, свидетеля и потерпевшего. Только ту часть протокола судебного заседания, в которой фиксируются сведения о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, доступных непосредственному восприятию участников судебного разбирательства именно в условиях судебного следствия, следует считать доказательством рассматриваемого вида - протоколов следственных действий и судебного заседания. Данное разграничение Е. Львова и В. Паршуткин не проводят.

<1> Львова Е., Паршуткин В. Недостоверный протокол судебного заседания - не доказательство // Российская юстиция. 2003. N 9. С. 52 - 53.

В УПК РФ имеет смысл восстановить рассматриваемую статью в редакции, содержащейся в УПК РСФСР, или привести в ст. 83 особенности содержания и формы, присущие такому самостоятельному виду доказательств, как протоколы следственных действий и судебного заседания <1>.

<1> Эти особенности выделены и подробно проанализированы в указанной выше статье В.Я. Дорохова.

К рассматриваемому виду доказательств должны быть отнесены только протоколы тех следственных действий и часть протокола судебного заседания, в которых отражены результаты непосредственного восприятия их участниками (дознавателем, следователем, понятыми, судьями, иными участниками следственных и судебных действий) имеющих значение для уголовного дела обстоятельств и фактов, доступных восприятию только в условиях производства данных следственных и судебных действий. Именно указанные особенности следует закрепить в анализируемой статье.

При производстве допросов названные выше субъекты непосредственно не воспринимают сами обстоятельства и факты, подлежащие доказыванию. На допросах они воспринимают сведения об относимых к делу фактах и обстоятельствах и на их основе создают в своем сознании образы этих фактов. Доказательствами в данном случае выступают устные сообщения, исходящие от допрашиваемых. Именно на их основе властные субъекты должны устанавливать наличие или отсутствие обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела (ч. 1 ст. 74 УПК РФ). Поэтому протоколы допросов (равно как и соответствующая часть протокола судебного заседания) являются лишь средствами фиксации таких видов доказательств, как показания свидетеля и потерпевшего, показания обвиняемого и подозреваемого, но сами доказательствами не являются.

Не имеют самостоятельного доказательственного значения результаты применения при производстве указанных следственных и судебных действий фото- и киносъемки, аудио- и видеозаписи и иных технических средств. Их применение служит более полному и точному отражению в протоколах данных действий обстоятельств и фактов, имеющих значение для уголовного дела. Результаты применения технических средств (фото- и киносъемки, аудио- и видеозаписи, металлоискателей и т.п.) следует рассматривать в качестве органической части соответствующих протоколов. Самостоятельного доказательственного значения указанные результаты не имеют <1>.

<1> Подробнее об этом см.: Дорохов В.Я. Указ. соч.

С учетом изложенного предлагается следующая редакция ст. 83 УПК РФ:

"Составленные в предусмотренном настоящим Кодексом порядке протоколы следственных действий и часть протокола судебного заседания, отражающие сведения о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, доступных непосредственному восприятию их участников только в условиях производства данных следственных и судебных действий, являются доказательствами по уголовному делу.

Доказательствами по уголовному делу являются протоколы осмотра, освидетельствования, обыска, выемки, задержания, предъявления для опознания, следственного эксперимента.

Результаты применения при производстве указанных следственных и судебных действий фото- и киносъемки, аудио- и видеозаписи и иных носителей информации являются составной частью соответствующих протоколов и без них доказательственного значения не имеют".

В УПК РФ целесообразно вернуться и к названию анализируемого вида доказательств, использованному в ст. 87 УПК РСФСР, а именно "Протоколы следственных и судебных действий". Изменение названия данного вида доказательств на "Протоколы следственных действий и судебного заседания" сделано без учета его уголовно-процессуальной природы. Оно ухудшает правовое регулирование, затруднит правоприменение. Дело в том, что к анализируемому виду доказательств, как было показано выше, относится не весь протокол судебного заседания, а только его часть. Использованное в УПК РФ название рассматриваемого вида доказательств будет способствовать восприятию правоприменителями всего протокола судебного заседания как доказательства и не акцентировать его внимание на той части протокола судебного заседания, которая в действительности является доказательством данного вида.

К протоколам следственных действий и судебного заседания относятся протоколы, составляемые в письменном виде в соответствии с общими требованиями, предъявляемыми законом к протоколам (ст. ст. 166, 167 УПК РФ), и с учетом требований, установленных для соответствующих следственных и судебных действий (ст. 180, ч. ч. 10, 12 - 15 ст. 182, ч. ч. 6, 7 ст. 186, ч. 9 ст. 193, ст. ст. 259, 260, 285, 287 - 290 УПК РФ).

Уголовно-процессуальный кодекс РФ ввел новое следственное действие - проверку показаний на месте (ст. 194). Таким образом, законодатель сделал выбор в пользу сторонников данного следственного действия и не воспринял аргументов их оппонентов. Представляется, что это непродуманное решение, негативные последствия которого на следственную и судебную практику будут постоянно усиливаться.

Не секрет, что указанное действие на практике осуществлялось и до его закрепления в УПК РФ. Называли его по-разному - "выход на место", "дача показаний на месте" и т.п., но его существо от этого не менялось. По сути, это был конгломерат следственных действий, их эклектическое объединение, искажающее уголовно-процессуальную природу каждого из них, что не могло негативно не сказаться (и часто сказывалось) на получаемых при этом результатах.

Подтверждением правильности именно такой оценки проверки показаний на месте являются случаи, когда по уголовным делам о серийных убийцах, в отношении которых был вынесен и приведен в исполнение смертный приговор, впоследствии находились действительные убийцы, вина которых устанавливалась приговором суда. И по всем этим делам на предварительном следствии производилась проверка показаний на месте. При этом обвиняемые, признав на допросе свою вину в совершении убийств и дав соответствующие показания, в последующем выводились на место совершения преступлений. Там они повторяли ранее данные показания, сопровождая их указаниями на особенности местности, оставленные орудия преступления, места сокрытия трупов, т.е. давали, по сути, те же показания, что и ранее.

Считалось, что таким образом осуществлялась действенная проверка показаний, данных ими

ранее. О чем это свидетельствует? Только об одном - фальсификации результатов допросов и проверки показаний на месте. Причем проверка показаний на месте не только не способствовала выявлению данной фальсификации, а, наоборот, служила средством придания правдоподобности результатам, полученным в условиях грубейшего нарушения принципа законности при допросах обвиняемых и в ходе ее производства. Неужели этого страшного опыта мало, зачем его преумножать теперь уже с помощью закона?

Имеется еще один аргумент в пользу отмены рассматриваемого следственного действия. Форма и содержание проверки показаний на месте таковы, что ее проведение не только не исключает возможность предшествующей "подсказки" обвиняемому со стороны недобросовестных представителей органов расследования о том, какие давать показания и как себя вести на месте, где будет осуществляться проверка показаний. При ее проведении создаются объективные предпосылки и для ухода лиц, действительно совершивших преступление, от уголовной ответственности.

Так, настоящий преступник может использовать производство данного следственного действия, например, для проверки реальной осведомленности органов расследования о нахождении спрятанных им тел убитых, сокрытых похищенных ценностях, предварительно сообщив на допросе, например, лишь об одном из ряда совершенных им убийств, грабежей. В ходе проверки показаний на месте такой обвиняемый лишь только по ему известным признакам может убедиться в том, что остальные места сокрытия тел и награбленного остались вне досягаемости органов расследования. Поэтому, давая показания на месте, он умолчит об остальных эпизодах своей преступной деятельности. Таким образом, проверка показаний на месте не только не содержит надлежащих гарантий доброкачественности формируемых при ее производстве доказательств, не обеспечивает объективность проверки ранее полученных от обвиняемого показаний, но и создает предпосылки для возможности ухода от уголовной ответственности лиц, в действительности совершивших преступления.

Следует согласиться с критерием, предложенным С.А. Шейфером для отнесения к самостоятельным следственным действиям, - пригодность к выявлению и отображению данных, недоступных любому другому способу получения доказательств <1>. Однако его вывод о том, что данному критерию соответствует проверка показаний на месте, поскольку она обеспечивает получение устных сообщений и сопоставление их с данными, воплощенными в особенностях местности, вызывает возражения.

<1> Шейфер С.А. Указ. соч. С. 69.

Проверка показаний на месте не может быть осуществлена без предварительного допроса лица, показания которого в дальнейшем посредством ее проведения предполагается проверять. Поэтому получение устных сообщений, о которых пишет С.А. Шейфер, обеспечивает не проверка показаний на месте, а предшествующий ей допрос.

Возможно вне проверки показаний на месте и сопоставление устных сообщений лиц "с данными, воплощенными в особенностях местности". Следователь обязан проверить полученные показания как путем их сопоставления с уже имеющимися в деле доказательствам, так и посредством собирания новых доказательств (производства новых следственных действий). Для этого не нужно прибегать к проверке показаний на месте. Достаточно сопоставить, например, полученные показания с результатами проведенного ранее осмотра места происшествия.

Аналогичный результат будет достигнут после проведения осмотра того участка местности (помещения), о котором идет речь в показаниях допрошенного лица, и сопоставления его результатов с данными показаниями. Естественно, что сопоставление проверяемых показаний с данными, содержащимися в указанных осмотрах, окажется плодотворным лишь в том случае, если

в ходе проведенного ранее допроса были получены конкретные и детальные показания. Если проверяемые показания не отвечают данным требованиям, то затруднительно будет произвести их сопоставление с имеющимися доказательствами, равно как и на их основе собрать новые доказательства. Но в этом случае ничего не даст и проверка показаний на месте, поскольку место и условия ее проведения будут слишком неопределенными.

Вопреки мнению С.А. Шейфера, приведенные в его работе примеры, призванные проиллюстрировать значение проверки показаний на месте как самостоятельного следственного действия, фактически подтверждают противоположную точку зрения. Так, по уголовному делу о краже радиостанции показания обвиняемого относительно места нахождения выброшенного им в лесу в снег орудия взлома (металлического уголка) могли и должны были быть проверены не путем выхода в лес вместе с обвиняемым и указания им места, где он выбросил данное орудие, а совершенно другим способом. Для этого при допросе обвиняемого ему должна быть предоставлена возможность не только нарисовать орудие взлома (что было выполнено следователем). Кроме того, обвиняемому следовало предложить изобразить план-схему того участка местности, где находилась подстанция, из которой им было совершено хищение, маршрут его движения с похищенным, место в лесном массиве (хотя бы примерное), где он выбросил орудие взлома - металлический уголок <1>. После этого на основе полученных показаний обвиняемого необходимо было произвести осмотр маршрута его движения от подстанции с целью обнаружения орудия взлома. В ходе осмотра должен быть использован металлоискатель. Таким образом, в рассмотренном примере вполне можно было обойтись без проведения проверки показаний на месте, избежав всех связанных с ней отрицательных последствий.

<1> Из приведенного С.А. Шейфером в его работе примера следует, что подобная возможность обвиняемому в ходе допроса не предоставлялась.

Подобным же образом, не прибегая к "выходу на место" с обвиняемым, должна быть произведена проверка показаний во всех остальных случаях, которые С.А. Шейфер разбирает в своей работе <1>.

<1> Шейфер С.А. Указ. соч. С. 70 - 71.

Особенность правового положения источника доказательств, присущего протоколам следственных действий и судебного заседания, характеризуется совокупностью прав, обязанностей (и ответственности), установленных уголовно-процессуальным законом для дознавателя, следователя, судей, понятых (специалистов, потерпевшего, обвиняемого, подозреваемого, участников судебного разбирательства).

Особенность содержания протоколов следственных действий и судебного заседания - объема и характера сведений об относимых к делу фактах состоит в том, что оно ограничено возможностями непосредственного восприятия данных фактов органами чувств только в условиях производства соответствующего следственного или судебного действия.

При решении вопроса о формировании в уголовном процессе на основе результатов оперативно-розыскной деятельности такого вида доказательств, как протоколы следственных действий и судебного заседания, необходимо, прежде всего, учитывать особенности, касающиеся содержания данного вида доказательств.

Так, например, факты и обстоятельства, связанные с местом оборудования организованной преступной группой тайника, предназначенного для хранения огнестрельного оружия, хранящимся в нем оружии, выявленные в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий по

конспиративному наблюдению или обследованию помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств, могут образовать содержание такого вида доказательств, как протоколы следственных действий и судебного заседания, лишь в том случае, если указанные места (а в идеале и находящиеся там тайники с оружием) со следами тайников сохранились к моменту производства соответствующего следственного действия.

Поэтому, чтобы обеспечить будущую возможность использования указанных результатов оперативно-розыскной деятельности для формирования рассматриваемого вида доказательств, следует уже при производстве соответствующих оперативно-розыскных мероприятий принять необходимые меры для сохранения в неизменном виде мест (обстановки), в которых были обнаружены тайник, его содержание, а также следы, оставленные преступниками. Соблюдение указанных требований послужит необходимой предпосылкой для последующего непосредственного восприятия субъектами уголовного процесса указанных мест, предметов, следов в условиях производства соответствующих следственных действий и использования сформированных при этом данных (отраженных в протоколах следственных действий) в качестве доказательств по уголовному делу.

Определенная сложность использования рассматриваемых результатов оперативно-розыскной деятельности для формирования на их основе доказательств может возникнуть в случаях, когда места обнаружения тайников, сами тайники, содержание тайников, их следы вообще не сохранились или изменились на момент следствия, а при проведении соответствующего оперативно-розыскного мероприятия не применялись технические средства для запечатления обнаруженного <1>.

<1> О том, каким образом результаты оперативно-розыскной деятельности могут быть использованы в качестве основы для формирования доказательств в уголовном процессе в тех случаях, если при проведении оперативно-розыскных мероприятий применялись технические средства (фотоаппаратура, ксерокс, видеозапись, снятие слепков, изъятие образцов для сравнительного исследования), будет изложено в § 5 главы 3 настоящей работы.

Однако и в этих случаях результаты оперативно-розыскной деятельности могут быть использованы в качестве основы для формирования доказательств по уголовному делу. Но на их основе возможно формирование не такого вида доказательств, как протоколы следственных действий и судебного заседания, а показаний свидетеля - путем допроса кого-либо из участников соответствующего оперативно-розыскного мероприятия. При этом в ходе допроса у свидетеля должны быть выяснены все обстоятельства, которые могли сказаться на доброкачественности даваемых им показаний. Они могут касаться, в частности, времени, места и других обстоятельств, связанных с восприятием свидетелем относимых к делу фактов в условиях производства соответствующего оперативно-розыскного мероприятия.

Иные документы как самостоятельный вид доказательств образуют только собранные в стадии предварительного расследования и судебного разбирательства допустимыми законом способами (истребования, представления) документы, в которых компетентными учреждениями, предприятиями, организациями, должностными лицами или гражданами изложены или удостоверены обстоятельства и факты, имеющие юридическое значение и относящиеся к предмету доказывания или побочным фактам <1>.

<1> Дорохов В.Я. Понятие документа в советском праве // Правоведение. 1982. N 2. С. 55.

Форма и содержание иных документов как самостоятельного вида доказательств в уголовном процессе характеризуются рядом особенностей. Они касаются правового положения источника

доказательства, способа собирания, источника фактических данных и содержания.

Источником доказательства применительно к иным документам выступает автор документа. Его правовое положение определяется компетенцией автора документа, которая ограничена пределами выполняемых им функций. Весьма непоследовательную позицию в данном вопросе занимает Н.П. Царева. Признавая в качестве источника доказательства применительно к иному документу его автора, она в то же время отмечает, что данная позиция нуждается в уточнении, поскольку источником доказательств всегда будут сведения, которые перед своим отображением на документе проходят через сознание человека <1>.

<1> См.: Царева Н.П. Документы-доказательства в уголовном судопроизводстве. М.: Приор-издат, 2003. С. 15.

Сведения не могут быть источником доказательств уже потому, что они не существуют в готовом виде. Допускать обратное - значит отрицать саму необходимость собирания доказательств, отрицать роль человека (познающего субъекта) в их формировании. Если относимые к делу сведения уже существуют (а именно они составляют содержание любого вида доказательств), то зачем их собирать с помощью иных документов, вовлекая в этот процесс соответствующих авторов? Даже в том случае, если автор иного документа отражает в нем относимые к делу сведения, содержащиеся, например, в бухгалтерских учетах (иных базах данных), он делает это не механически, сведения при этом не просто проходят через его сознание. Он осуществляет их выборку, как правило, из большого массива данных, анализируя при этом их содержание, определяя соответствие требованиям запроса. Поэтому утверждение о том, что источником доказательства применительно к иным документам выступает автор документа, является правильным и в рассмотренном уточнении не нуждается.

Документы могут носить официальный характер, когда они исходят от государственных органов, организаций, или быть неофициальными, когда их авторами выступают граждане. От граждан обычно исходят документы, представляющие собой различного рода договоры, доверенности, расписки и другие подобные акты, связанные с реализацией гражданами своих прав и обязанностей. Документ, исходящий от некомпетентного органа, должностного лица, от ненадлежащего гражданина, доказательством не является.

Способ, предназначенный для собирания иных документов, состоит из ряда взаимосвязанных действий, включающих истребование (представление в случаях, когда иной документ представляется невластными участниками судопроизводства), ознакомление с его содержанием, а в суде - оглашение документа (ч. 4 ст. 21, ст. ст. 285, 286 УПК РФ).

Формирование иного документа начинается еще в процессе подготовки соответствующего запроса дознавателем, следователем. Данным запросом осуществляется структурирование сознания автора ответа на отражение в исходящем от него документе не любых, а только значимых для уголовного дела сведений. Формирование иного документа не заканчивается моментом его поступления в распоряжение органов расследования или суда. Указанные субъекты должны ознакомиться с содержанием поступившего документа и выделить в нем именно относимые к уголовному делу сведения, отделить их от таковыми не являющихся. На предварительном расследовании дознаватель, следователь, прокурор, равно как и другие участвующие в доказывании субъекты, достигают этого путем ознакомления с документом (его прочтения). В суде это происходит при ознакомлении судьей с текстом документа и его оглашения. Об этом прямо говорится в ст. 285 УПК РФ: "документы, приобщенные к делу или представленные в судебном заседании, могут быть на основании определения или постановления суда оглашены полностью или частично, если в них изложены или удостоверены обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела". Оглашение документа делает доступным его содержание для других участников уголовного судопроизводства.

Представление может быть осуществлено органами и лицами. Так, например, документы часто представляются обвиняемым, подозреваемым, защитником, потерпевшим, гражданским истцом, гражданским ответчиком или их законными представителями. Нередко они изымаются в ходе производства следственных и судебных действий. И в этих случаях обязательным элементом собирания данного вида доказательств является ознакомление с их текстом путем прочтения, а в суде - оглашения. В связи с этим представляется неточным утверждение И.Б. Михайловской о том, что приобретение статуса доказательств иными документами "не требует совершения каких-либо следственных действий, а предполагает лишь принятие лицом (органом), ведущим производство, решения о приобщении конкретного документа к материалам дела" <1>.

<1> См.: Михайловская И.Б. Указ. соч. С. 146 - 147.

Обязательным атрибутом источника фактических данных, свойственного иным документам, является письменная форма. Эта особенность иных документов нашла отражение в ч. 2 ст. 84 УПК РФ. Документ должен быть изложен буквенным текстом, посредством которого обеспечивается однозначность выражения заключенного в нем содержания и одинаковость его понимания всеми. Используемые в документах цифры, условные обозначения, графические, а иногда и фотографические изображения, служащие более точной и полной передаче его содержания, сами по себе, в отрыве от текста, документами не являются (ч. 2 ст. 84 УПК РФ). Это относится и к материалам киносъемки, аудио- и видеозаписи и иным носителям информации, полученным, истребованным или представленным в порядке, установленном ст. 86 УПК РФ.

Нельзя согласиться с авторами, не включающими письменность в обязательный признак иного документа <1> и на этой основе утверждающими, что информация может отражаться в нем с помощью иной формы фиксации, чем письменная <2>. Данное утверждение основывается на отождествлении понятия "доказательства" (как сведения, имеющие значение для дела) с понятием "информация" <3>. Это частично связанные, но не идентичные понятия. Их отождествление ведет к расширительному толкованию иных документов.

<1> См.: Трайнин А.Н. Уголовное право РСФСР. Особенная часть. М., 1925. С. 84; Арсеньев В.Д. Вопросы общей теории судебных доказательств в советском уголовном процессе. М., 1964. С. 117; Власов В.П. Следственный осмотр и предварительное исследование документов. М., 1961. С. 6 - 7; Царева Н.П. Документы-доказательства в уголовном судопроизводстве. М.: Приор-издат, 2003. С. 24 - 26.

<2> См., например: Копьева А.Н. Документы как доказательства в современном уголовном процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1969. С. 7; Бабурина И.Н., Гольдштейн С.В., Колдин В.А., Громов Н.А. Документ как источник доказательств: понятие и их классификация // Следователь. 2002. N 1. С. 27 - 28; Царева Н.П. Указ. соч. С. 25.

<3> Представляется, что именно отказ от включения письменности в обязательный признак иного документа не позволил сторонникам данной точки зрения включить в способ собирания данного вида доказательств, в частности, оглашение иного документа в суде. См., например: Царева Н.П. Указ. соч. С. 79, 96, 116 и др.

При таком подходе к иным документам необходимо будет относить и такие носители информации, которые вообще не содержат сведений. Именно это и происходит, когда в самописце - приборе, позволяющем автоматически регистрировать на бумаге, фотопленке, магнитной ленте, электронной плате различные физические величины, изменяющиеся во времени, - предлагается видеть носитель информации, относящийся к таким источникам доказательств, как иные документы <1>.

<1> См.: Там же.

Несмотря на то что, например, "черные ящики", используемые на самолетах, позволяют записывать более 50 технических параметров полета, которые имеют существенное значение для определения причин авиакатастрофы, имеющиеся в них носители информации нельзя рассматривать в качестве такого вида доказательств, как иные документы. Дело в том, что "черный ящик", записывающий переговоры экипажа, содержит магнитную ленту, на которой отражены не сведения, а лишь изменения магнитного поля.

Сведения о значимых для уголовного дела свойствах и состояниях указанной магнитной пленки могут быть сформированы только в результате ее осмотра с применением соответствующего технического средства. При его производстве с помощью магнитофона изменения магнитного поля, зафиксированные на магнитной ленте, будут преобразованы в звуковые колебания, которые воспримут участники осмотра. На их основе следователь (понятые) сформируют в своем сознании образы фактов и обстоятельств, отражением которых являются запечатленные на пленке изменения магнитного поля. Из указанных образов фактов и обстоятельств, руководствуясь требованием относимости, следователь (при участии понятых) выделит только те, которые имеют значение для уголовного дела, и сведения о них отразит в протоколе осмотра. Именно данные сведения и образуют содержание доказательства, сформированного на основе предмета - магнитной пленки. Однако это будет не иной документ, а вещественное доказательство.

На основе указанной магнитной пленки иной документ (как вид доказательства) не может быть сформирован в принципе в силу того, что на ней запечатлены лишь колебания магнитного поля, но не сведения, имеющие значение для уголовного дела. Как было показано выше, относимые к делу сведения формируются лишь в процессе осмотра пленки. Они - результат чувственного восприятия следователем (понятыми) звуковых колебаний, полученных в результате преобразования с помощью магнитофона магнитных свойств пленки, формирования на их основе в сознании следователя (понятых) мысленных образов обстоятельств и фактов, имеющих значение для уголовного дела, и отражения сведений о них в протоколе осмотра.

Минуя сознание человека (следователя, понятых, а в суде - судей), относимых к делу сведений на основе магнитной пленки вообще не может быть получено (точнее, сформировано). Поэтому источником вещественного доказательства выступают следователь и понятые, а способом его собирания является осмотр и вынесение постановления о признании предмета вещественным доказательством и его приобщении к уголовному делу <1>. Источником доказательства применительно к иным документам выступает автор документа. Способом же собирания иных документов является их истребование или представление, ознакомление с их содержанием (прочтение, оглашение) и приобщение документа к уголовному делу.

<1> С учетом данных обстоятельств нельзя признать правильной точку зрения, согласно которой фактические данные, полученные в ходе принятия оперативно-розыскных мер с использованием различных технических средств, в том числе и звукозаписи, могут иметь доказательственное значение, если они войдут в уголовный процесс в режиме конкретного вида доказательств. См.: Зажицкий В., Башкатов Л. Быть ли новому следственному действию? // Советская юстиция. 1990. N 23. С. 22. Фактические данные, полученные в результате проведения оперативно-розыскных мероприятий, образуют содержание оперативных доказательств. Доказательственного значения в уголовно-процессуальном смысле они иметь не могут ни при каких обстоятельствах. Содержание доказательств в уголовном процессе образуют иные данные, чем те, которые формируются в результате проведения оперативно-розыскных мероприятий.

Проведенный анализ формирования на основе магнитной пленки доказательства свидетельствует о том, что данный магнитный носитель нельзя считать иным документом. В противном случае необходимо будет признать, что указанная магнитная пленка должна быть признана иным документом (доказательством) и в тех случаях, когда она никоим образом не связана с обстоятельствами и фактами, имеющими значение для уголовного дела, т.е. не отвечает требованию относимости. Судить о том, что зафиксированные на ней магнитные колебания связаны с обстоятельствами и фактами, имеющими значение для уголовного дела, можно только по результатам ее осмотра с применением соответствующего технического средства - магнитофона. Об их связи с данными обстоятельствами и фактами нельзя получить представления в результате применения способа собирания доказательства, предназначенного для иных документов - оглашения (зачитывания вслух) или ознакомления с ее содержанием путем прочтения текста в силу того, что его на пленке (которую предлагается именовать иным документом) нет и быть не может.

Исходя из приведенных соображений нельзя согласиться с авторами, полагающими, что наряду с письменными документами к рассматриваемому виду доказательств "в связи с научно-техническим прогрессом и созданием современных средств фиксации информации все большее распространение получает неписьменная документация: фото-, кино- и фонодокументы" <1>. Развитие научно-технического прогресса, создание современных средств фиксации информации не отменяют и не могут отменить письменность как особенность, характеризующую форму иных документов.

<1> См.: Бабурина И.Н., Гольдштейн С.В., Колдин В.А., Громов Н.А. Указ. соч. С. 28.

Утверждение, согласно которому "документом является всякий предмет материального мира, на котором письменным, фотографическим, кинематографическим или иным способом зафиксированы сведения о фактах, имеющих значение для дела" <1>, не учитывает того важного обстоятельства, что на фотографии, кинопленке, равно как и видеопленке отсутствуют сведения о фактах, имеющих значение для уголовного дела. Сведения применительно к любому виду документов могут излагаться в них только буквенным (письменным) текстом. С появлением новых средств фиксации информации (в более широком смысле, чем письменная форма) письменность не утратит своего значения как форма передачи именно сведений о фактах. Например, появление голографических средств сохранения и передачи информации вовсе не означает, что голограмма является иным документом.

<1> См.: Копьева А.Н. Указ. соч. С. 7.

Действующий закон ухудшил законодательное регулирование рассматриваемого вида доказательства, отнеся к нему документы, содержащие сведения, зафиксированные как в письменном, так и в ином виде. К иным документам он прямо отнес материалы фото- и киносъемки, аудио- и видеозаписи и иные носители информации (ч. 2 ст. 84 УПК РФ). Если прежний УПК РСФСР не включал письменность в нормативное определение иных документов, то УПК РФ исправил этот недостаток. Но одновременно без достаточных к тому оснований законодатель расширил нормативное определение иных документов, отнеся к ним документы, составленные не только в письменной форме, но и с использованием иных форм сохранения и передачи информации. Это чревато негативными последствиями для практики, приведет к тому, что в качестве доказательств при производстве по уголовным делам будут использоваться иные документы, не отвечающие правовым требованиям, предъявляемым к данному виду доказательств. В результате пострадают законные интересы участников уголовного судопроизводства, интересы правосудия.

Содержание иных документов всегда составляют сведения о значимых для уголовного дела

фактах, имеющих правовое значение. Иные документы предназначены удостоверять факты, имеющие юридическое значение. Однако, отражая обстоятельства предмета доказывания и побочные факты, иные документы порождаются не событием преступления, а создаются в процессе закономерной деятельности государственных и общественных организаций, предприятий, учреждений, должностных лиц и граждан <1>. Указанную особенность содержания иных документов не учитывают авторы, относящие к данному виду доказательств объяснения граждан, полученные за пределами допроса <2>.

<1> Подробнее о существенных признаках иных документов см.: Дорохов В.Я. Указ. соч. С. 53 - 60.

<2> См., например: Николюк В., Кальницкий В. Применение статьи 51 Конституции РФ в уголовном судопроизводстве // Законность. 1997. N 8. С. 15.

В случаях, когда содержание иных документов образуют выписки из инструкций, нарушение которых вменяется обвиняемому, а также приказов, согласно которым на него возлагалось выполнение соответствующих обязанностей, в документах должна содержаться ссылка на их точное название, номер, дату издания (БВС РФ. 1995. N 2. С. 10).

Когда между Россией и иностранным государством существует договор о правовой помощи, документы, содержащие относимые к делу данные, составленные на территории иностранного государства компетентными органами или лицами и скрепленные гербовой печатью, представленные органам расследования, суду (запрошенные ими), должны рассматриваться в качестве доказательств.

Учитывая все вышеизложенное, ст. 84 УПК РФ нуждается в совершенствовании. Предлагается изложить ее в следующей редакции: "Иные документы - собранные путем истребования или представления документы, в которых компетентными учреждениями, предприятиями, организациями, должностными лицами или гражданами в письменной форме изложены или удостоверены обстоятельства и факты, имеющие юридическое значение и относящиеся к предмету доказывания или побочным фактам", а ч. ч. 3 и 4 считать соответственно ч. ч. 2 и 3 данной статьи.

В качестве иных документов следует рассматривать акты ревизий и документальных проверок, если обстоятельства и факты, удостоверенные или изложенные в них, имеют значение для дела. Ревизии, документальные проверки могут назначаться и производиться в стадии возбуждения уголовного дела при проверке сообщения о преступлении. Они могут быть осуществлены и не в связи с производством по уголовному делу.

Иные документы приобщаются к материалам уголовного дела и хранятся в течение всего срока его хранения. По ходатайству законного владельца изъятые и приобщенные к уголовному делу документы или их копии могут быть переданы ему (ч. 3 ст. 84, ст. 286 УПК РФ).

Иной документ является рядовым доказательством. Как и любое другое доказательство, он подлежит проверке и оценке (ст. ст. 17, 87, 88 УПК). Прежде всего проверяется допустимость иного документа: известность автора, его компетентность, наличие подписи надлежащего лица, даты и места составления. В зависимости от вида документа, его обязательными реквизитами могут также быть наличие печати, изложение текста на определенном бланке, порядок расположения текста, материал, на котором изложен текст, наличие регистрационного номера и др.

С особой тщательностью проверяется содержание иного документа, его связь с обстоятельствами уголовного дела. При этом документ анализируется с точки зрения полноты (в случае, например, его истребования по запросу следователя, в котором содержались конкретные вопросы), внутренней непротиворечивости его содержания, соответствия содержанию других

доказательств, собранных по делу. Особое внимание в ходе проверки следует обращать на то, чтобы содержание иного документа не выходило за пределы компетенции его автора.

Проверяя документы, содержащие относимые к делу сведения об имуществе, обязательствах имущественного характера, движении имущества, необходимо учитывать основные требования, предъявляемые к ведению бухгалтерской документации, установленные Федеральным законом "О бухгалтерском учете" <1>. В соответствии с ним к документам бухгалтерского учета должны относиться не только первичные учетные документы, но и их реестры, которые могут вестись в письменной форме или с использованием банков машинной информации.

<1> СЗ РФ. 1996. N 48. Ст. 53, 69.

Содержание иного документа проверяется и путем собирания новых доказательств. Возможен и допрос автора документа для уточнения или разъяснения сведений, изложенных в нем, в случае их неполноты или противоречивости. Окончательно вопрос о достоверности иного документа решается при его оценке в совокупности со всеми собранными и проверенными доказательствами по делу (ст. 88 УПК). Способом оценки иных документов является внутреннее убеждение субъектов, ее производящих, которые при этом должны руководствоваться законом и совестью. Иные документы не имеют преимущества и заранее установленной силы перед другими доказательствами (ст. 17 УПК).

Если властные субъекты осуществляют доказывание посредством иных документов в силу принципа публичности, то иные субъекты уголовного судопроизводства могут принимать участие в этом процессе по своему усмотрению. В связи с этим не согласуется с действующим законом утверждение о том, что участие в доказывании невластных субъектов уголовного судопроизводства со стороны обвинения и защиты ограничивается лишь собиранием документов и не распространяется на их проверку и оценку <1>.

<1> См.: Царева Н.П. Указ. соч. С. 122.

Данное утверждение не учитывает активную роль сторон в доказывании, в частности их следующие права: заявлять ходатайства о производстве следственных и судебных действий, направленных на проверку имеющихся в деле доказательств; заявлять ходатайства о признании доказательств (включая и иные документы) недопустимыми; участвовать в исследовании доказательств в суде; участвовать в судебных прениях; обжаловать приговор и иные судебные решения.

Не может служить аргументом в пользу рассматриваемой точки зрения и тезис о том, что содержание ст. ст. 86 - 88 УПК РФ позволяет констатировать, что бремя доказывания возложено на лиц, ведущих производство по уголовному делу <1>. Действительно, бремя доказывания, исходя из содержания принципов презумпции невиновности и публичности, возложено на властных субъектов уголовного судопроизводства, и с этим никто не спорит. Однако возложение обязанности доказывания на указанных субъектов судопроизводства вовсе не означает, что иные субъекты судопроизводства тем самым лишаются права участвовать в процессе доказывания. Такой вывод не следует из действующего законодательства. Не согласуется он и с содержанием принципа состязательности и равноправия сторон, который получил существенное развитие в УПК РФ.

<1> См.: Там же.

В связи с изложенным мы не можем согласиться с оценкой нашего мнения о том, что в доказывании наряду с дознавателем, следователем, прокурором и судом участвуют стороны обвинения и защиты, как ошибочного <1>. Отсутствие в ст. 87 и ст. 88 УПК РФ прав перечисленных участников судопроизводства со стороны обвинения и стороны защиты на участие в доказывании еще не означает, что они не имеют права участвовать в проверке и оценке доказательств. Более того, наличие у них данных прав прямо вытекает из содержания действующего закона. Достаточно проанализировать ст. 244 УПК РФ, устанавливающую равенство прав сторон обвинения и защиты в исследовании доказательств, выступлении в судебных прениях, предоставлении суду письменных формулировок по вопросам, указанным в п. п. 1 - 6 ч. 1 ст. 299 УПК РФ, чтобы убедиться в наличии у них этих прав. Более того, обоснованно говорить и о наличии у данных субъектов и права на участие в собирании доказательств.

<1> См.: Царева Н.П. Указ. соч. С. 122.

Отказ законодателя от перечисления этих прав сторон в ст. 87 и ст. 88 УПК РФ объясняется лишь особенностями используемой им законодательной техники, но не существом регулируемой при этом деятельности. Перечисление данных прав в приведенных статьях излишне, оно привело бы лишь только к громоздкости норм, не добавляя ничего нового к существу законодательного регулирования проверки и оценки доказательств. Вместе с тем имеет смысл в общей форме упомянуть в данных статьях о том, что иные участники уголовного судопроизводства участвуют соответственно в проверке и оценке доказательств. С учетом данных обстоятельств мы и предлагали ранее внести соответствующие дополнения и изменения в УПК РФ.

Прорабатывая вопрос о возможности формирования в уголовном процессе иных документов на основе результатов оперативно-розыскной деятельности, оперативные работники обязательно должны учитывать присущие им особенности. Результаты оперативно-розыскной деятельности, отражающие обстоятельства предмета доказывания и побочные факты, могут послужить основой для формирования иного документа лишь в том случае, если они будут представлять собой сведения о фактах, относящихся к уголовному делу и имеющих правовое значение.

Удостоверяемые в иных документах факты должны входить в компетенцию должностного лица, подписавшего документ. Так, органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, правомочны, например, удостоверять факт установления или поддержания с лицом отношений сотрудничества при подготовке и проведении оперативно-розыскных мероприятий (п. 4 ч. 2 ст. 7 Закона об ОРД). Иной документ подобного содержания может иметь значение по уголовному делу, связанному с привлечением к ответственности названного лица, если оно использовало конфиденциальные отношения сотрудничества с органом, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, для совершения преступлений.

Лицо, производящее дознание, следователь, прокурор, суд вправе по находящимся в их производстве уголовным делам истребовать иные документы от органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность. Иные документы, исходящие от органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, могут и по их инициативе быть представлены органам расследования, прокурору и суду.

Глава 3. ФОРМИРОВАНИЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ НА ОСНОВЕ РЕЗУЛЬТАТОВ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

§ 1. Онтологические и гносеологические предпосылки использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам

Развернутый анализ онтологических и гносеологических предпосылок использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам может быть осуществлен только в процессе теоретических исследований онтологических и гносеологических основ оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности. Принимая во внимание, что к настоящему времени подобные исследования осуществлены лишь применительно к гносеологическим основам уголовно-процессуальной деятельности, онтологические и гносеологические предпосылки использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам нами будут выделены только в самом общем, постановочном плане.

Онтологические предпосылки использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам заключаются в том, что часть объективной действительности, выступающая в качестве объектов оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности, представляет собой целостное, относительно самостоятельно явление. Именно принадлежность объектов указанных видов деятельности к одной и той же части объективной действительности создает возможность для использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам. С точки зрения онтологических характеристик явление, образующее объекты оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности, представляет собой динамическое образование. Оно постоянно изменяется, меняет свои свойства, свою качественную определенность (особенность), которая становится предметом изучения находящейся в стадии становления теории оперативно-розыскной деятельности и теории уголовного процесса.

Гносеологические предпосылки использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам состоят в том, что стороны, свойства, отношения, зависимости, образующие объекты оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности, объективно проявляются вовне и в силу этого доступны чувственному и рациональному познанию, составляющему сердцевину данных видов деятельности.

Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам не может быть успешно реализовано без учета особенностей тех процессов познания, которые происходят при осуществлении оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности.

Прежде всего необходимо учитывать, что познание в оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности - это различные по своей правовой природе виды познавательной деятельности. Они отличаются по целям и задачам, решаемым в ходе познания, субъектам познания и их правовому положению, средствам и способам познания. Поэтому обстоятельства, факты, установленные на основе оперативных данных (результатов ОРД) в ходе оперативно-розыскной деятельности и имеющие значение для уголовного дела, должны быть самостоятельно познаны властными субъектами уголовного судопроизводства средствами и способами, присущими именно данному виду деятельности, т.е. в процессе собирания, проверки и оценки доказательств.

Специфика оперативно-розыскного познания, обусловленная особенностями предмета оперативно-розыскной деятельности, выражающаяся в том числе и в конспиративном и оперативном (быстром) характере данного познания, сказывается на содержании и форме получаемых при этом результатов (знаний), в силу чего недопустимо рассматривать их в качестве доказательств по уголовным делам.

Результаты оперативно-розыскной деятельности используются в качестве средств познания ее субъектами и только в пределах данной деятельности. В уголовном судопроизводстве субъекты доказывания осуществляют познание с помощью иных средств - доказательств в процессе их формирования, проверки и оценки. Поэтому результаты оперативно-розыскной деятельности могут служить лишь основой для формирования доказательств в уголовном процессе, но сами

доказательствами не являются.

§ 2. Уголовно-процессуальное и оперативно-розыскное законодательство о формах вхождения результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовный процесс

Правовой основой ввода результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовный процесс служат положения уголовно-процессуального и оперативно-розыскного законодательства России.

Впервые прямая возможность использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе была установлена Законом СССР от 12 июня 1990 г., которым вносились изменения и дополнения в Основы уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик <1>.

<1> Далее - Основы уголовного судопроизводства, или Основы.

Новая редакция ч. 2 ст. 29 этого Закона конкретизировала возложенные ранее на органы дознания обязанности принимать необходимые оперативно-розыскные меры и установила возможность их осуществления с использованием видеозаписи, киносъемки и звукозаписи в целях обнаружения признаков преступления и лиц, его совершивших, и выявления фактических данных, которые могут быть использованы в качестве доказательств по уголовному делу после их проверки в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством <1>.

<1> Интересно, что, например, в ФРГ негласное прослушивание и звукозапись телефонных переговоров обвиняемых в УПК ФРГ было разрешено в конце 60-х годов. Оно допускается только по делам о наиболее тяжких преступлениях, прямо перечисленных в законе. К ним, в частности, отнесены государственная измена, угроза демократическому правовому государству, выдача государственной тайны, преступления против обороны, создание преступных организаций, умышленное убийство и ряд других преступлений. См.: Филимонов Б.А. Основы теории доказательств в германском уголовном процессе. М.: Спарк, 1994. С. 149 - 150.

Анализ законодательства об оперативно-розыскной деятельности ряда зарубежных государств (США, Великобритании, Германии, Франции, Саудовской Аравии, Кувейта), а также использования результатов такой деятельности в уголовном процессе содержится в работе А.Х. Ахкубекова. См.: Ахкубеков А.Х. Правовое регулирование оперативно-розыскной деятельности за рубежом и использование ее результатов в уголовном процессе. М.: Российская криминологическая ассоциация, 2004. Следует отметить, что использование результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе в данной работе излагается лишь в самом общем виде.

Законодательство не исключало использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе и до внесения в Основы указанных выше дополнений и изменений. Например, те же Основы возлагали на органы дознания обязанности принимать необходимые оперативно-розыскные меры в целях обнаружения признаков преступления и лиц, их совершивших (ч. 2 ст. 29). Они же наделяли следователя правом давать органам дознания поручения о производстве розыскных действий (ч. 3 ст. 30). Аналогичные положения содержались и в УПК РСФСР.

Важным этапом в развитии правового регулирования использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе явилось принятие 13 марта 1992 г.

Закона об ОРД. Статья 10 Закона установила две формы использования результатов оперативно-розыскной деятельности: для подготовки и осуществления следственных действий <1>; в качестве доказательств по уголовным делам.

<1> На особую роль оперативно-розыскной деятельности в обнаружении возможных носителей информации, "хранилищ доказательств", в том числе лиц, являвшихся очевидцами совершенного преступления, обращалось внимание в литературе. См.: Белкин Р.С., Винберг А.И. Криминалистика и доказывание. М., 1969. С. 181 - 182.

Что касается первой формы использования результатов оперативно-розыскной деятельности - для подготовки и осуществления следственных действий, то ее реализация, как правило, затруднений не вызывала. На практике она широко применялась для обнаружения возможных источников доказательств, оптимизации процесса собирания и проверки доказательств, выработки эффективной тактики допроса обвиняемых, свидетелей, производства других следственных действий, определения наиболее рациональной методики расследования.

Сложнее обстояло дело с реализацией второй формы использования результатов оперативно-розыскной деятельности - в качестве доказательств по уголовным делам. Причины такого положения были обусловлены не только несовершенством редакции ч. 2 ст. 29 Закона СССР от 12 июня 1990 г., которая почти полностью была воспроизведена в ст. 10 Закона об ОРД. Предпосылки именно для такого правового регулирования использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам существовали в уголовно-процессуальном законодательстве и до внесения изменений и дополнений в Основы Законом СССР от 12 июня 1990 г. Продолжают они сохраняться и в действующем законодательстве России.

В их основе лежал двойственный подход законодателя к правовому регулированию такой относительно самостоятельной части процесса доказывания, как собирание доказательств. С одной стороны, по УПК РСФСР (ст. 69) доказательства могли собираться только путем производства предусмотренных Законом следственных и судебных действий, а с другой - тот же Закон допускал возможность представления доказательств не только властными субъектами уголовного судопроизводства, но и иными его субъектами (ст. 70 УПК РСФСР, ст. 21, 23 - 26 Основ). Другими словами, в первом случае законодатель исходил из возможности формирования доказательств только в процессе производства следственных и судебных действий, во втором - он допускал их существование в готовом виде и вне уголовного процесса.

Не преодолел указанную двойственность и УПК РФ <1>. Более того, он углубил ее, конкретизировав право защитника собирать доказательства путем: получения предметов, документов и иных сведений; опроса лиц с их согласия; истребования справок, характеристик, иных документов (ч. 3 ст. 86).

<1> На двойственном подходе к возможности собирания доказательств построено и действующее уголовно-процессуальное законодательство Украины. Так, возможность признания доказательственного значения за результатами оперативно-розыскной деятельности допускается в ст. ст. 65 и 66 УПК Украины. Аналогичный подход реализован и в рекомендательном законодательном акте - Модельном Уголовно-процессуальном кодексе для государств - участников СНГ (ч. 4 ст. 142), принятом на седьмом пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств - участников Содружества Независимых Государств 17 февраля 1996 г. См.: Приложение к Информационному бюллетеню. 1996. N 10.

Правильным следует считать первый подход. В соответствии с ним собирание доказательств

должно осуществляться только властными субъектами уголовного судопроизводства и только путем производства следственных и судебных действий, являющихся способами собирания соответствующих видов доказательств. При этом мы исходим из того, что доказательства в уголовно-процессуальном смысле (как сведения о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного) ни в природе, ни в обществе в готовом виде не существуют. Доказательства - это всегда результат предметно-практической уголовно-процессуальной деятельности властных субъектов уголовного судопроизводства по их формированию. Иные участники уголовного судопроизводства вправе принимать активное участие в формировании доказательств исходя из своих процессуальных интересов, но сами собирать доказательства не могут.

Противоположная точка зрения, в основе которой лежит посылка, допускающая возможность возникновения доказательств вне уголовного процесса <1>, порождает серьезные проблемы при формировании в уголовном процессе доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности. Руководствуясь ею, необходимо признать, что судебные доказательства могут формироваться (собираться) и в ходе оперативно-розыскной деятельности.

<1> Допускают возможность формирования доказательств в рамках оперативно-розыскной деятельности авторы проектов УПК РФ, подготовленных в связи с разработкой УПК РФ. См.: Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации. М.: Научно-исследовательский институт проблем укрепления законности и правопорядка при Генеральной прокуратуре Российской Федерации. 1994. Ст. 75; Проект Общей части Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. М.: Государственно-правовое управление Президента Российской Федерации, 1994. Ст. 147; Проект Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации // Юридический вестник. 1995. N 31. Ст. 78.

Именно на данной методологической посылке, допускающей возможность возникновения судебных доказательств вне уголовного процесса, и была построена ст. 10 Закона об ОРД, согласно которой "результаты оперативно-розыскной деятельности могут быть использованы... в качестве доказательств по уголовным делам после их проверки в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством". Такая редакция открывала широкую возможность для прямого использования результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств по уголовным делам.

Содержащаяся в Законе оговорка о допустимости использования результатов оперативно-розыскной деятельности "в качестве доказательств по уголовным делам после их проверки в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством" не исключала такой возможности, а следовательно, и наступления крайне негативных последствий. Рассматриваемое регулирование подталкивало правоохранительные органы к широкому нарушению законности, существовавшему в известные периоды нашей истории, когда в качестве доказательств по уголовным делам напрямую использовались результаты оперативно-розыскной деятельности <1>.

<1> Прямое использование агентурных данных в качестве доказательств допускалось при расследовании дел о государственных преступлениях в царской России. См.: Робозеров В.Ф. Оперативно-розыскная информация в системе судебного доказывания // Правоведение. 1978. N 6. С. 106. Аналогичная практика имела место и в советский период, когда в качестве доказательств по уголовным делам, поступающим на рассмотрение Особого совещания МВД СССР, использовались материалы агентурной работы. См.: Демидов И.Ф. Значение оперативно-розыскной деятельности для уголовно-процессуального производства // Судебная реформа и проблемы судопроизводства: Сборник научных трудов. М.: Научно-исследовательский институт проблем укрепления законности и правопорядка, 1955. С. 87 - 88.

Из содержания анализируемой формулы Закона выпала такая важная составляющая процесса доказывания, как собирание (формирование) доказательств, что недопустимо. Собирание доказательств должно происходить в рамках уголовного процесса, а не за его пределами. Именно с установленным в законе порядком собирания доказательств законодатель связывает целую систему гарантий их доброкачественности, соблюдения прав и законных интересов участников уголовного процесса, установления истины по уголовным делам.

Следование на практике указанной формулировке Закона могло привести к тому, что любые результаты оперативно-розыскной деятельности рассматривались бы как доказательства по уголовным делам. В итоге создавались предпосылки для особого, льготного режима оперирования ими в процессе доказывания, содержащего серьезные отступления от общего порядка собирания, проверки и оценки доказательств в уголовном процессе. Это могло повлечь смешение уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности, отступление правоохранительных органов и суда от принципа законности в своей работе, нарушение конституционных прав и свобод граждан в уголовном судопроизводстве и в конечном счете привести к дискредитации самой идеи (в основе прогрессивной) возможности использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе.

Однако не только несовершенство уголовно-процессуального и оперативно-розыскного законодательства послужило предпосылкой для возможности прямого использования результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств по уголовным делам. Существенную роль в этом сыграло и широко распространенное среди ученых-процессуалистов представление о том, что сведения, полученные оперативно-розыскным путем, могут стать содержанием доказательств по уголовному делу <1>. Так, по мнению В.И. Зажицкого, "фактические данные, полученные оперативно-розыскным путем, могут стать содержанием доказательств по уголовному делу при строгом выполнении соответствующих требований уголовно-процессуального закона" <2>. Аналогичной точки зрения по данному вопросу придерживаются и другие авторы <3>.

<1> Именно такое представление образует существо концепций легализации, трансформации, преобразования, интерпретации результатов ОРД в уголовно-процессуальные доказательства. Их анализ будет осуществлен в следующем параграфе настоящей работы.

<2> Зажицкий В.И. Правовая регламентация деятельности по обнаружению признаков преступления // Правоведение. 1992. N 4. С. 104. В дальнейшем В.И. Зажицкий изменил свою позицию в данном вопросе и пришел к выводу, что при осуществлении оперативно-розыскной деятельности обнаруживаются не доказательства, а следы преступления, и уже они могут стать содержанием доказательств, если войдут в уголовный процесс посредством законных источников и законными способами. См.: Зажицкий В.И. Закон об оперативно-розыскной деятельности не идеален // Советская юстиция. 1993. N 5. С. 20.

Следует обратить внимание на крайнюю непоследовательность взглядов В.И. Зажицкого по данному вопросу. Так, в последующих работах он диаметрально меняет свою предыдущую позицию, утверждая, что содержанием соответствующих доказательств становятся сведения, выявленные оперативно-розыскным путем, т.е. результаты оперативно-розыскной деятельности. См.: Зажицкий В.И. Понятие использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам // Проблемы формирования уголовно-розыскного права (Актуальные вопросы обнаружения преступлений с помощью негласных возможностей): Вневедомственный сборник научных работ / Под ред. А.Ю. Шумилова. Вып. 3. М.: Издатель Шумилова И.И., 2000. С. 63; Он же. Оперативно-розыскная деятельность и уголовное судопроизводство // Российская юстиция. 2001. N 3; Он же. Новые нормы доказательственного права и практика их применения // Российская юстиция. 2003. N 7.

<3> Бедняков И.Д. Непроцессуальная информация и расследование преступлений. М., 1991.

С. 67; Зинатуллин З.З. Уголовно-процессуальное доказывание: Учеб. пособие. С. 103; Лупинская П.А. Основания и порядок принятия решений о недопустимости доказательств // Российская юстиция. 1994. N 11. С. 3; Кипнис Н.М. Допустимость доказательств в уголовном судопроизводстве. М., 1995. С. 9; Демидов И.Ф. Указ. соч. С. 90.

Противоречивую позицию в данном вопросе занимал Г.М. Миньковский. Он считал, что фактические данные (сведения), полученные путем производства оперативно-розыскных мероприятий, могут быть признаны доказательствами по уголовным делам, но только лишь в том случае, если они собраны, проверены и оценены в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства <1>. Результаты оперативно-розыскной деятельности не могут быть собраны по правилам уголовно-процессуального законодательства. Их формирование осуществляется согласно требованиям оперативно-розыскного законодательства. В уголовном процессе собираются, проверяются и оцениваются не результаты оперативно-розыскной деятельности, а уголовно-процессуальные доказательства <2>.

КонсультантПлюс: примечание.
Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР (под ред. В.М. Лебедева, В.П. Божьева) включен в информационный банк согласно публикации - Спарк, 1997.

<1> Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР. М.: Спарк, 1995. С. 111.

<2> На данное обстоятельство нами обращалось внимание и ранее. См.: Доля Е.А. Новая Конституция и уголовно-процессуальная деятельность // Российская юстиция. 1994. N 4. С. 19.

Для правильного решения вопросов использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам необходимо учитывать фундаментальные положения теории доказательств, связанные с понятием доказательства, процесса доказывания, правовыми режимами получения в уголовном процессе различных видов доказательств и оперирования ими.

Формулировку Закона о возможности использования результатов оперативно-розыскной деятельности в "качестве доказательств по уголовным делам после их проверки в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством" нельзя было истолковывать таким образом, что соблюдение требований указанной проверки делает их доказательствами. Рассматриваемая редакция Закона не создавала особого, льготного режима для использования результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств по уголовным делам. Она не отменяла общего порядка собирания, проверки и оценки любого вида доказательств, установленного уголовно-процессуальным законом.

Результаты оперативно-розыскной деятельности ни при каких обстоятельствах не могли рассматриваться и применяться в качестве доказательств по уголовным делам, даже если была осуществлена их проверка в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством. Проверке в уголовном процессе (и не только проверке, а и оценке) подлежат доказательства, а не результаты оперативно-розыскной деятельности. Об этом прямо свидетельствовала ч. 3 ст. 70 действовавшего в то время УПК РСФСР, устанавливавшая, что "все собранные по делу доказательства подлежат тщательной, всесторонней и объективной проверке...". О проверке именно доказательств говорится и в ст. 87 ныне действующего УПК РФ.

Результаты оперативно-розыскной деятельности, связанные в силу объективных причин с образовывающимися (образовавшимися) обстоятельствами предмета доказывания и побочными фактами, правомерно было использовать в уголовном процессе, но не в качестве доказательств. Они не могли служить основанием для логических выводов в процессе доказывания по отдельным

обстоятельствам, подлежащим доказыванию по уголовному делу, или по делу в целом, т.е. выступать в качестве доказательств, например, для выводов о виновности лица, привлеченного к уголовной ответственности, о характере и размере ущерба, причиненного преступлением. Однако их правомерно было использовать для оптимизации собирания и проверки доказательств. Они могли послужить и основой для формирования доказательств в уголовном процессе.

Несмотря на то что содержание собираемых (точнее, формируемых) в уголовном процессе доказательств могут составлять сведения о тех же фактах и обстоятельствах, которые уже нашли отражение в результатах оперативно-розыскной деятельности, это не являлось причиной для отождествления результатов оперативно-розыскной деятельности с доказательствами, а следовательно, и для их использования в качестве таковых по уголовным делам.

Отображение средствами и методами, присущими оперативно-розыскной и, соответственно, уголовно-процессуальной деятельности, одного и того же (но часто изменяющегося) факта, обстоятельства, явления не давало оснований как для отождествления, так и для смешения получаемых при этом результатов - фактических данных (сведений) - оперативных доказательств и доказательств в уголовно-процессуальном смысле. Их формирование происходило в условиях различных видов деятельности с присущими каждому из них правовыми требованиям к содержанию и форме получаемых сведений, принципами и методами деятельности, системами гарантий соблюдения прав и законных интересов граждан, доброкачественности получаемой информации. Формируемые при этом сведения (фактические данные) - оперативные и уголовно-процессуальные доказательства - были предназначены для использования в соответствующих видах деятельности, каждый из которых направлен на решение своих задач и достижение соответствующих целей.

Различие в предметах правового регулирования между оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельностью обусловливает не только специфику способов, применяемых для формирования оперативных доказательств и доказательств в уголовном процессе, их качественную несхожесть (с точки зрения правовых требований, предъявляемых к содержанию и форме), но и возможные сферы, пределы их последующего использования <1>.

<1> В связи с этим нельзя не согласиться с мнением Б.А. Филимонова о том, что "использование агентурных сведений в качестве доказательств по уголовным делам противоречит сущности уголовного судопроизводства, его процессуальной форме, правилу о применении только предусмотренных законом процессуальных средств доказывания". См.: Филимонов Б.А. Указ. соч. С. 112. И хотя данный вывод Б.А. Филимонов делает по отношению к законодательству и практике германского уголовного процесса, он в полной мере применим к законодательству и практике уголовного судопроизводства России.

Регулирование использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам должно, как уже отмечалось, основываться на четком разграничении оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности <1>, недопустимости отождествления результатов оперативно-розыскной деятельности с доказательствами, соблюдении прав и законных интересов участников уголовного процесса, требований закона, предъявляемых к содержанию и форме доказательств, оперированию ими в процессе доказывания. Однако при их разграничении необходимо учитывать и существующие между ними связи.

<1> На данное обстоятельство прямо обращается внимание в пояснительной записке к Концепции судебной реформы в РСФСР, утвержденной Постановлением Верховного Совета РСФСР 24 октября 1991 г. См.: Концепция судебной реформы в Российской Федерации. М., 1992. С. 22.

Уголовно-процессуальной форме, в которой должны использоваться результаты оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам, должна корреспондировать соответствующая оперативно-розыскная форма <1>. Для поиска и закрепления в Законе указанных правовых форм принципиальное значение имел ответ на вопрос о том, какие же данные используются в доказывании: те, что получены при производстве оперативно-розыскных мероприятий, или иные данные, сформированные в уголовном процессе при производстве следственных и судебных действий, являющихся способами собирания доказательств.

<1> Об этом см.: Доля Е.А. Проект Общей части Уголовно-процессуального кодекса РФ: критический анализ // Государство и право. 1995. N 5. С. 90; Он же. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам // Российская юстиция. 1995. N 5. С. 42 - 43.

Если исходить из того, что в качестве доказательств по уголовным делам используются фактические данные, полученные в ходе оперативно-розыскной деятельности (а именно эта посылка лежала в основе ст. 10 Закона об ОРД от 13 марта 1992 г.), то логическим завершением такого взгляда должен стать вывод об идентичности оперативных данных и доказательств в уголовном процессе <1>. В соответствии с ним и была построена эта статья. Однако такой вывод противоречит содержаниям и формам тех видов практической деятельности, в которых фактически формируются результаты оперативно-розыскной деятельности и происходит их последующее использование в уголовном процессе.

<1> Данный вывод разделяют многие авторы. Из него исходит, например, В.И. Басков, когда высказывает сожаление о том, что отказ законодателя от включения результатов проведения оперативно-розыскных мероприятий в перечень доказательств существенно затрудняет деятельность следователя по уголовным делам. См.: Басков В.И. Оперативно-розыскная деятельность: Учеб.-метод. пособие. М.: БЕК, 1997. С. 11.

Фактические данные, полученные оперативно-розыскным путем, в принципе не могут стать содержанием доказательств в уголовном процессе по причинам прежде всего онтологического и гносеологического характера. В доказывании используются не те фактические данные, которые были добыты в результате оперативно-розыскной деятельности, а иные фактические данные - данные, полученные в рамках уголовно-процессуальной деятельности при собирании (точнее, формировании) доказательств. Вот они-то и образуют содержание доказательств в уголовном процессе <1>.

<1> С позиции использования именно агентурных сведений в уголовном судопроизводстве исследует данную проблему в законодательстве и практике германского уголовного процесса Б.А. Филимонов. См.: Филимонов Б.А. Указ. соч. С. 107 - 112. Исходя из такой посылки, он пришел к выводу о недопустимости использования агентурных сведений в качестве доказательств по уголовным делам, их трансформации в судебные доказательства путем допроса официальных сотрудников (оперативных работников), агентуры - секретных осведомителей. См.: Там же.

В пользу такого вывода свидетельствует и факт получения указанных данных в совершенно разных пространственно-временных условиях со всеми вытекающими из этого последствиями: применением для их формирования и последующего использования различных правовых режимов. Это обстоятельство в свое время не принял во внимание законодатель в ст. 10 Закона об ОРД. А между тем оно имело ключевое значение для конструирования тех правовых форм, которые

должны обеспечить обоснованное и законное использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании <1>. Это обстоятельство не учитывали и авторы, утверждавшие, что фактические данные, полученные оперативно-розыскным путем, могут стать содержанием доказательств по уголовному делу при строгом выполнении соответствующих требований уголовно-процессуального закона.

<1> В связи с этим интересно отметить, что еще в секретном положении от 9 февраля 1907 г. "Об охранных отделениях" предписывались сведения, полученные от негласных сотрудников, тщательно проверять при помощи наружного наблюдения. "При этом надлежит... Направлять внутреннюю агентуру и наружное наблюдение должно таким образом, чтобы попутно с обследованием обстоятельств дела выяснялись и отмечались с особой точностью те факты, которые в дальнейшем при ликвидации или формальном расследовании могли быть установлены как улики следственными действиями" (23). Цит.: Поляков М.П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности: Монография / Под ред. В.Т. Томина. Нижний Новгород: Нижегородская правовая академия, 2001. С. 65 - 66. Содержание приведенного параграфа свидетельствует о том, что его авторы различали данные об одном и том же факте, полученные оперативно-розыскным путем и сформированные в результате производства следственных действий, не допуская их отождествления.

Так, по мнению Н.П. Кузнецова, фактические данные, полученные непроцессуальным путем, могут приобрести качества доказательств в случаях их получения следователем и судом законными способами (представление, истребование, производство следственных действий) и должного процессуального закрепления <1>. Фактические данные, полученные непроцессуальным путем, ни при каких условиях не могут приобрести качества судебных доказательств. Такого качества им придать нельзя.

<1> Кокорев Л.Д., Кузнецов Н.П. Уголовный процесс: доказательства и доказывание. Воронеж, 1995. С. 164.

В процессе представления, истребования, производства следственных действий, о которых пишет Н.П. Кузнецов, не "получаются" оперативные данные, а формируются процессуальные доказательства. По этой причине, вопреки мнению Н.П. Кузнецова, нельзя рассматривать в качестве вполне допустимого способа придания сведениям, полученным непроцессуальным путем, доказательственного значения и допрос в качестве свидетеля оперативного работника об обстоятельствах производства того или иного оперативного действия (например, проверочной закупки, наблюдения) <1>.

<1> Кокорев Л.Д., Кузнецов Н.П. Уголовный процесс: доказательства и доказывание. Воронеж, 1995. С. 161.

Содержание свидетельских показаний в данном случае образуют не те оперативные данные (сведения), которые были сформированы в условиях производства таких оперативно-розыскных мероприятий, как проверочная закупка, наблюдение, а иные сведения - те, которые были сформированы в ходе допроса оперативного работника в качестве свидетеля.

Сведения, полученные при производстве проверочной закупки, наблюдения, являются оперативными данными, и они составят содержание соответствующих оперативно-служебных документов. В указанных оперативно-служебных документах и протоколе допроса свидетеля могут быть отражены сведения об одних и тех же фактах и обстоятельствах (воспринимавшихся

оперативным работником в условиях проверочной закупки, наблюдения), они могут совпадать и по своему содержанию. Но это не основание для отождествления этих сведений и тем более придания сведениям, полученным непроцессуальным путем, значения судебных доказательств. Именно по этой причине оперативно-служебные документы (в частности, протоколы оперативно-розыскных мероприятий) нельзя использовать в доказывании взамен таких самостоятельных видов доказательств, как протоколы следственных действий и судебного заседания, иные документы.

Результаты оперативно-розыскной деятельности, зафиксированные в соответствующих оперативно-служебных документах, при определенных условиях могут послужить основой для формирования такого вида доказательств, как иные документы, но лишь при соблюдении свойственного данному виду доказательств процессуального режима формирования.

С учетом изложенного нами было высказано предложение внести следующие изменения и дополнения в ст. 10 Закона об ОРД:

1. Часть первую после слов "...а также в..." изложить в следующей редакции: "...доказывании по уголовным делам в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством, регламентирующим собирание, проверку и оценку доказательств".

2. Дополнить статью частью второй следующего содержания: "Решение о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности для использования в доказывании по уголовному делу должно быть принято в форме мотивированного постановления, в котором указываются время и место его составления; кем составлено постановление; уголовное дело, по которому предполагается использовать представляемые результаты; основания представления результатов оперативно-розыскной деятельности органам расследования и суду; какие результаты, в каком объеме и какого оперативно-розыскного мероприятия представляются; технические средства, использованные для формирования полученных результатов, и условия их применения; через какой вид доказательств указанные материалы целесообразно использовать в доказывании по уголовному делу; меры, которые в случае необходимости должны быть приняты для обеспечения безопасности участников оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности, обеспечения интересов охраны государственной и иной предусмотренной законом тайны".

3. Часть 2 настоящей статьи считать ч. 3.

Решение о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности для использования в доказывании по уголовному делу должно приниматься соответствующим оперативным работником.

Нуждалось в дополнении и уголовно-процессуальное законодательство. В связи с этим нами было предложено в новом УПК России сформулировать отдельную статью следующего содержания:

"Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам.

Результаты оперативно-розыскной деятельности, имеющие значение для правильного разрешения дела, могут быть использованы в доказывании в соответствии с требованиями настоящего Кодекса, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств. Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, в этом случае обязаны представить по требованию суда, прокурора, следователя и дознавателя сведения, необходимые для использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании" <1>.

<1> Доля Е.А. Совершенствование правовой основы правоохранительной деятельности // Организованная преступность / Под ред. А.И. Долговой, С.В. Дьякова. М., 1989. С. 326 - 327; Он же.

Новая Конституция РФ и уголовно-процессуальная деятельность // Российская юстиция. 1994. N 4. С. 19; Он же. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам // Российская юстиция. 1993. N 3. С. 7; 1994. N 6. С. 44; 1995. N 5. С. 43; Он же. Проект Общей части Уголовно-процессуального кодекса РФ: критический анализ // Государство и право. 1995. N 5. С. 91.

Не все из предложенного было учтено законодателем. Однако основная идея о том, что результаты оперативно-розыскной деятельности могут использоваться в доказывании по уголовным делам не напрямую, а только в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством, регламентирующим собирание, проверку и оценку доказательств, им по существу была воспринята. Лишь в несколько иной редакции она была воспроизведена в новом Федеральном законе "Об оперативно-розыскной деятельности", принятом Государственной Думой 5 июля 1995 г. Согласно ч. 2 ст. 11 данного Закона "результаты оперативно-розыскной деятельности могут... использоваться в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств". Таким образом, новый Закон исключил возможность прямого использования результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств по уголовным делам в отличие от прежнего, статья десятая которого допускала, что "результаты оперативно-розыскной деятельности могут быть использованы... также в качестве доказательств по уголовным делам...".

В связи с приведенным решением законодателя вопроса использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам критического отношения заслуживает рекомендация Пленума Верховного Суда Российской Федерации. В соответствии с ней результаты оперативно-розыскных мероприятий могут быть использованы в качестве доказательств, лишь когда они проверены следственными органами в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством <1>. Данная рекомендация не только неверна по существу, но и противоречит действующему Закону. Создается впечатление, что ее авторы основывались на прежней, утратившей силу редакции ст. 10 Закона об ОРД.

<1> Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 31 октября 1995 г. N 8 "О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия" (п. 14).

Воспринял законодатель и предложение о введении результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовный процесс на основании соответствующего постановления. Содержание и форма данного Постановления согласно новому Закону должны регулироваться ведомственными нормативными актами (ч. 3 ст. 11). Предложение закрепить содержание и форму указанного Постановления в самом Законе об ОРД поддержки не получило. Принимая во внимание значение данного постановления для обеспечения законности и обоснованности представления результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовный процесс, а следовательно, соблюдения прав и свобод граждан, представляется, что законодатель без соответствующих на то оснований не учел данные обстоятельства. Именно законодательная форма является одной из наиболее эффективных гарантий адекватности действительности принимаемых решений, обеспечения прав, свобод и законных интересов граждан.

В новом Законе реализовано, хотя и в несколько иной форме, и предложение возложить на органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, обязанность представлять органу дознания, следователю и судье сведения, необходимые для использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании. Часть 4 ст. 12 устанавливает, что оперативно-служебные документы, отражающие результаты оперативно-розыскной деятельности, могут быть представлены указанным и другим органам, осуществляющим оперативно-розыскную

деятельность, в порядке и случаях, установленных данным Федеральным законом.

В соответствии со ст. 23 указанного Закона со дня введения его в действие (18 августа 1995 г. - день официального опубликования Закона) Закон РФ "Об оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации" <1> признан утратившим силу.

<1> См.: Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. 1992. N 17. Ст. 892; N 23. Ст. 1912.

Новый Закон об ОРД не только более точно урегулировал порядок использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам, но и предусмотрел возможность их использования в качестве поводов и оснований для возбуждения уголовного дела (ч. 2 ст. 11). Данная форма использования результатов оперативно-розыскной деятельности находится за рамками предмета нашей работы, поэтому мы не будем ее рассматривать <1>.

<1> О возможности возбуждения уголовного дела по материалам оперативно-розыскного характера см.: Демидов И.Ф. Указ. соч. С. 94 - 95; Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. С. 177 - 228.

Итак, согласно новому Закону об ОРД данные, полученные при производстве оперативно-розыскных мероприятий, не могли стать содержанием доказательств в уголовном процессе. Их содержание в соответствии со ст. 69 действовавшего в то время УПК РСФСР могли образовать только фактические данные, полученные властными субъектами уголовного процесса из установленных в Законе источников и в установленном Законом порядке в рамках производства по возбужденному уголовному делу.

Следует отметить, что предложенная нами и закрепленная в ч. 2 ст. 11 Закона об ОРД формула использования результатов ОРД в доказывании была в определенной мере несовершенна. Последующий анализ показал, что в ней содержится противоречие. Согласно Закону результаты оперативно-розыскной деятельности могут использоваться в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств. Рассматриваемая редакция, с одной стороны, как бы допускает использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании, а с другой - уточняет, что это использование должно осуществляться в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства, регламентирующими доказывание.

Противоречивость такого решения состоит в том, что в доказывании, как было показано выше, используются не данные, полученные оперативным путем (образующие содержание результатов ОРД), т.е. не результаты оперативно-розыскной деятельности, а доказательства (иные данные, сведения, которые и образуют содержание доказательств). Поэтому, строго говоря, результаты оперативно-розыскной деятельности не могут использоваться в доказывании в соответствии с положениями уголовно-процессуального закона, регулирующими доказывание.

Рассмотренное противоречие, содержащееся в ч. 2 ст. 11 Закона об ОРД, может быть устранено путем изменения ее редакции. После слов "...а также использоваться..." текст статьи следует изложить в следующей редакции: "...в уголовном процессе для формирования на их основе доказательств в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации, предъявляемыми к собиранию доказательств". Таким образом, будет устранена противоречивость содержания данной нормы. Она приобретет однозначный смысл, исключит возможность прямого использования результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств, что весьма важно для практики правоприменения.

Нуждается в дополнении и часть 3 указанной статьи. Представляется, что ее целесообразно дополнить следующим текстом:

"В постановлении о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности указывается: время и место его составления; кем составлено постановление; уголовное дело, по которому предполагается использовать представляемые результаты; основания представления результатов оперативно-розыскной деятельности органам расследования и суду; какие результаты, в каком объеме и какого оперативно-розыскного мероприятия представляются; технические средства, использованные для формирования полученных результатов, и условия их применения; через какой вид доказательств указанные материалы целесообразно использовать в доказывании по уголовному делу; меры, которые в случае необходимости должны быть приняты для обеспечения безопасности участников оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности, обеспечения интересов охраны государственной и иной предусмотренной законом тайны".

Предлагаемое дополнение позволит повысить эффективность оперативно-розыскной деятельности, упорядочить представление ее результатов в уголовный процесс, ликвидирует разнобой в практике решения данного вопроса. Оно будет ориентировать практических работников на те существенные обстоятельства, которые им необходимо учитывать не только при решении вопроса о представлении результатов ОРД в уголовный процесс, но и, что не менее важно, осуществлять это на более ранних этапах оперативно-розыскной деятельности - при собирании и проверке оперативных данных.

О необходимости предложенного выше изменения редакции ч. 2 ст. 11 Закона об ОРД свидетельствует и новый УПК РФ. Восприняв предложение о формулировке отдельной статьи, посвященной использованию результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании, законодатель осуществил его таким образом, что фактически исключил возможность их такого использования. По сути, при буквальном толковании закона результаты оперативно-розыскной деятельности использовать в предложенной форме нельзя. Согласно ст. 89 УПК РФ "в процессе доказывания запрещается использование результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам настоящим Кодексом".

Содержание анализируемой статьи свидетельствует о том, что законодатель при ее формулировании по-прежнему исходил из взгляда, согласно которому результаты оперативно-розыскной деятельности могут отвечать требованиям, предъявляемым УПК РФ к доказательствам, и в этом случае они могут использоваться в доказывании в качестве таковых.

Вместе с тем, как было показано выше, результаты оперативно-розыскной деятельности в принципе не могут соответствовать требованиям, предъявляемым к доказательствам в уголовном процессе. Иначе они потеряют свою качественную определенность. Результаты оперативно-розыскной деятельности могут отвечать требованию относимости, но ни при каких условиях они не будут отвечать требованию допустимости, предъявляемому к источнику доказательства и способу его получения. Результаты оперативно-розыскной деятельности получаются не из источников, предусмотренных уголовно-процессуальным законом (ч. 2 ст. 74 УПК РФ), и не путем производства следственных и судебных действий, предназначенных для формирования доказательств в уголовном процессе. Их формирование происходит за пределами уголовного судопроизводства, не субъектами уголовного процесса, вне уголовно-процессуального пространства и времени.

Следует отметить, что содержание ст. 89 УПК РФ вступило в противоречие и с содержанием ч. 2 ст. 11 Закона об ОРД, которая, хотя и с оговорками, допускает возможность использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании. Такое положение недопустимо. Оно может быть устранено путем изменения содержания ст. 89 УПК РФ. Ее следует изложить в следующем виде:

"Статья 89. Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной

деятельности.

Результаты оперативно-розыскной деятельности могут использоваться в уголовном процессе для формирования на их основе доказательств в соответствии с требованиями настоящего Кодекса, предъявляемыми к соответствующим видам доказательств.

Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность и представившие ее результаты в уголовный процесс, обязаны предоставить дознавателю, следователю, прокурору и суду данные, необходимые для формирования, проверки и оценки доказательств, полученных на основе результатов оперативно-розыскной деятельности".

Противоречивую и поэтому затрудняющую использование результатов оперативно-розыскной деятельности на практике позицию законодателя, выраженную в ст. 89 УПК РФ, в какой-то мере можно объяснить попыткой достигнуть компромисса между крайне противоречивыми взглядами по исследуемой проблеме, существующими в теории в настоящее время. Проанализируем эти взгляды.

§ 3. Анализ наиболее распространенных концепций по проблеме использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам

Необходимость анализа наиболее распространенных концепций по проблеме использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам обусловлена отсутствием в теории, законодательстве и на практике единого подхода к ее решению. Спектр предлагаемых решений достаточно широк: от весьма распространенного предложения использовать указанные результаты напрямую в качестве доказательств (с определенными оговорками или без таковых) до предложений по легализации, превращению, трансформации результатов оперативно-розыскной деятельности в доказательства или их уголовно-процессуальной интерпретации. Естественно, что такой разброс мнений в теории затрудняет использование результатов оперативно-розыскной деятельности в практике доказывания по уголовным делам, что, в свою очередь, негативно сказывается на эффективности как оперативно-розыскной, так и уголовно-процессуальной деятельности.

Отсутствие единого теоретического решения по рассматриваемой проблеме не способствует также разработке и принятию законодательства, обеспечивающего успешное использование результатов оперативно-розыскной деятельности на практике. Достаточно отметить, что в УПК РФ содержание статьи, регулирующей использование указанных результатов в доказывании по уголовным делам (ст. 89), сформулировано таким образом, что при буквальном ее толковании возможность такого использования фактически исключается.

Полагаем, что для правильного решения указанной проблемы прежде всего необходимо сопоставить результаты ОРД с доказательствами. Это позволит выделить то общее и то особенное, что присуще данным правовым категориям.

Под результатами ОРД понимаются сведения, полученные в соответствии с федеральным законом об оперативно-розыскной деятельности, о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления, лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление и скрывшихся от органов дознания, следствия или суда (п. 36.1 ст. 5 УПК РФ). Более точное определение результатов ОРД содержалось в п. 1 Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд <1>.

<1> См.: Приложение к Приказу ФСНП России, ФСБ России, МВД России, ФСО России, ФПС

России, ГТК России, СВР России от 13 мая 1998 г., согласованному с Генеральным прокурором России 25 декабря 1997 г. (зарегистрирован 3 сентября 1998 г. в Министерстве юстиции РФ за N 1603).

Новая Инструкция о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд <1> также не включила в нормативное определение результатов ОРД сведения о событиях и действиях, создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации. Такое решение находится в прямом противоречии с содержанием ст. 2 Закона об ОРД, согласно которой одной из задач, стоящих перед оперативно-розыскной деятельностью, является добывание информации о событиях или действиях, создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации.

<1> Утверждена Приказом МВД России, ФСБ России, ФСО России, ФТС России, СВР России, ФСИН России, ФСНК России, МО России от 17 апреля 2007 г. N 368/185/164/481/32/184/97/147 (зарегистрирован в Минюсте России 7 мая 2007 г., регистрационный N 9407).

Представляется, что коллизия в данном вопросе между Законом об ОРД и УПК РФ должна быть решена в пользу Закона об ОРД, поскольку именно он, а не УПК РФ регулирует оперативно-розыскную деятельность.

Доказательствами в уголовном процессе принято считать любые сведения (фактические данные), содержащиеся в предусмотренных законом источнике, на основе которых в определенном законом порядке дознаватель, следователь, прокурор и суд устанавливают наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельствах, имеющих значение для правильного разрешения дела (ч. 1 ст. 74 УПК РФ) <1>.

<1> Автор основывается на понятии доказательства и правовых требованиях, предъявляемых к его содержанию и форме, сформулированных в теории уголовного процесса профессором В.Я. Дороховым. См.: Дорохов В.Я. Вопросы теории доказательств в новом законе // Вопросы нового уголовного и уголовно-процессуального законодательства СССР. М., 1959. С. 79 - 93; Он же. Понятие доказательства в советском уголовном процессе // Государство и право. 1964. N 9. С. 108 - 117; Теория доказательств в советском уголовном процессе. Часть общая. М., 1966. С. 227 - 267.

Доказательство должно отвечать двум правовым требованиям, предъявляемым соответственно к его содержанию и форме - относимости и допустимости. Относимость - правовое требование, обращенное к содержанию доказательства. Оно означает связь содержания доказательства с обстоятельствами и фактами, имеющими значение для уголовного дела. Допустимость - правовое требование, предъявляемое законом к форме доказательства - источнику относимых к уголовному делу сведений (фактических данных) и способу его собирания (формирования) - соответствующему следственному или судебному действию.

Результаты ОРД могут содержать сведения о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела. Однако это не может служить основанием для их отождествления с доказательствами, а тем более для подмены результатами ОРД доказательств в уголовном процессе. Указанные результаты формируются за рамками уголовно-процессуальной деятельности, вне предусмотренных ею условий и порядка, субъектами оперативно-розыскной, а не уголовно-процессуальной деятельности. Поэтому, строго говоря, они не отвечают требованию относимости, предъявляемому к содержанию формируемых именно в рамках уголовного

процесса, а не за его пределами, и именно его субъектами, а не субъектами оперативно-розыскной деятельности, доказательств <1>.

<1> На определенном этапе исследования проблемы использования результатов ОРД в доказывании по уголовным делам автор исходил из того, что результаты ОРД могут отвечать правовому требованию относимости, предъявляемому к содержанию доказательств в уголовном процессе. См.: Доля Е.А. Комментарий к ст. 74 // Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. В.М. Лебедева; науч. ред. В.П. Божьев. М.: Спарк, 2002. С. 164; Он же. О принципах судопроизводства, доказательствах, доказывании и использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности // Материалы международной научно-практической конференции, посвященной принятию нового Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, проведенной в Москве 4 - 6 февраля 2002 г. М.: Московская государственная юридическая академия, 2002. С. 106. Дальнейший анализ привел к изменению данной точки зрения.

Поскольку результаты ОРД получаются не из источников и способами, не предусмотренными уголовно-процессуальным законом, они не отвечают и требованию допустимости, предъявляемому к форме доказательств.

То обстоятельство, что результаты ОРД могут содержать сведения о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, не означает, что они представляют собой те же сведения, которые образуют содержание доказательств об этих же фактах и обстоятельствах в уголовном процессе. Сведения об одних и тех же, имеющих значение для уголовного дела обстоятельствах и фактах, исходящие от одного и того же человека, в рамках ОРД являвшегося агентом, в последующем ставшего свидетелем, - это разные по своей правовой природе данные. Их правовая природа остается различной даже в тех случаях, когда по своему содержанию они совпадают между собой.

Например, сведения, полученные при проведении оперативно-розыскного мероприятия, в ходе которого агент скрытно наблюдал за отъездом киллера к месту планируемого совершения заказного убийства (адресе, из которого вышел киллер, его внешности, верхней одежде, имевшихся при нем предметах, марке, номере и цвете автомобиля, в который он сел, и т.п.), зафиксированные в деле оперативного учета, не являются теми же сведениями, которые будут получены от него о тех же самых обстоятельствах, но уже в результате его допроса в качестве свидетеля по уголовному делу.

Они формируются в разное время, в разных местах, в различных условиях и разном порядке. Именно формируются, и это нужно подчеркнуть особенно, а не собираются или извлекаются из определенного носителя. Результаты ОРД как и доказательства (если под ними понимать значимые соответственно для дела оперативного учета и уголовного дела сведения, каждые из которых получены из источников и в порядке, определенных надлежащим законодательством) в готовом виде ни в природе, ни в обществе не существуют. Необходима соответствующая предметно-практическая оперативно-розыскная и уголовно-процессуальная деятельность, позволяющая "включить" в оперативно-розыскную и уголовно-процессуальную деятельность ту часть объективной и субъективной реальности, в которой отразилось преступление.

Именно по мере осуществления данных видов деятельности (производства оперативно-розыскных мероприятий, следственных и судебных действий) формируются результаты ОРД и доказательства как сведения о фактах и обстоятельствах, имеющих значение соответственно для оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности. Прежде чем значимые для данных видов деятельности сведения, образующие содержание соответственно результатов ОРД и доказательств, станут достоянием субъектов этих видов деятельности и будут использованы ими в целях решения стоящих перед ними задач, они должны быть сформированы.

Идея формирования в ходе осуществления оперативно-розыскной деятельности оперативных данных (результатов ОРД) представляет собой конкретизацию более общей идеи - идеи развития, которая пронизывает, системообразует всю оперативно-розыскную деятельность (равно как и любые другие виды человеческой деятельности). В соответствии с ней в ходе оперативно-розыскной деятельности имеет место не просто познание (путем формирования, проверки и оценки оперативных данных) части действительности, образующей ее предмет, но и ее преобразование в направлении, необходимом для нормального существования и дальнейшего прогрессивного развития личности, общества и государства в современных условиях. При этом происходит развитие (преобразование) и самого познающего субъекта оперативно-розыскной деятельности, его сознания, охватывающего (познающего) все более полно и точно по мере развития данной деятельности указанную часть действительности.

Познание без преобразования невозможно, равно как и прогрессивное преобразование невозможно без правильного познания. Преобразование действительности достигается путем создания в ходе оперативно-розыскной (позднее - уголовно-процессуальной) деятельности новых общественных отношений в процессе формирования оперативных данных, их проверки и оценки (принятия и реализации оперативных решений на основе совокупности сформированных и проверенных оперативных данных), общественных отношений, которые до возникновения оперативно-розыскной деятельности по конкретному делу оперативного учета не существовали. Именно в рамках этих новых общественных отношений, реализуемых по мере развития оперативно-розыскной, а в дальнейшем и уголовно-процессуальной деятельности, происходят одновременные установление и реализация уголовной ответственности, которые и составляют сущность данных видов деятельности <1>.

<1> Подробнее об установлении и реализации уголовной ответственности см.: Хохлов Ю.Н. О начале реализации уголовной ответственности (к вопросу о поиске правоотношения в оперативно-розыскной деятельности) // Проблемы формирования уголовно-розыскного права (Актуальные вопросы правового регулирования оперативно-розыскной, контрразведывательной, частной сыскной, уголовно-процессуальной и уголовно-исполнительной деятельности): Вневедомственный сборник научных работ / Под общ. ред. А.Ю. Шумилова. Вып. 1. М.: Издатель Шумилова И.И., 1998. С. 67.

Учитывая приведенные выше обстоятельства, законодатель устанавливает разные правовые режимы, предназначенные для формирования и использования результатов ОРД и доказательств. Отсюда различно назначение и пределы использования этих данных. Их совпадение, с точки зрения содержания, в силу того, что они могут отражать одни и те же факты и обстоятельства, не основание для их отождествления. Если бы это были одни и те же данные, то для их получения не применялись бы разные правовые формы - оперативно-розыскная и уголовно-процессуальная. На эти крайне важные обстоятельства не обращается внимание при сравнении указанных результатов и доказательств. А они являются ключевыми для их разграничения, правильного решения проблемы использования результатов ОРД в доказывании и в уголовном процессе в целом.

Результаты ОРД не являются доказательствами. Их допустимо рассматривать лишь в качестве основы, на которой могут быть сформированы доказательства. Идея признания за результатами ОРД основы, на которой в уголовном процессе лишь только могут быть сформированы доказательства, охватывает как результаты чувственного познания в рамках оперативно-розыскной деятельности обстоятельств и фактов, имеющих для нее (а потом и уголовно-процессуальной деятельности) значение, так и обнаруженные, полученные или созданные при этом предметы. Так, сформированный при проведении оперативно-розыскных мероприятий чувственный образ обстоятельств и фактов, имеющих значение для оперативно-розыскной (а потом и уголовно-процессуальной) деятельности, воспринятых при ее осуществлении субъектами данной деятельности, в дальнейшем будет являться той основой, на которой в уголовном процессе могут

быть сформированы такие доказательства, как показания свидетеля и потерпевшего, показания подозреваемого и обвиняемого. Основой для формирования вещественных доказательств в уголовном процессе могут выступать и предметы, обнаруженные, полученные или созданные при проведении оперативно-розыскных мероприятий.

Отмеченные обстоятельства не учитываются авторами, допускающими возможность как прямого использования результатов ОРД в качестве доказательств, так и их легализации, преобразования, трансформации (превращения) в доказательства, придания им статуса доказательств, признания за ними значения доказательств, уголовно-процессуальной интерпретации, перевода в доказательства или привлечения данных результатов в уголовно-процессуальное доказывание. По существу, в основе всех предлагаемых ими вариантов использования результатов ОРД в доказывании по уголовным делам лежит отождествление указанных результатов с доказательствами <1>.

<1> Такое отождествление получило широкое распространение среди ученых-процессуалистов. Его допускают, например, Б.С. Тетерин и Е.З. Трошкин. См.: Тетерин Б.С., Трошкин Е.З. Возбуждение и расследование уголовных дел. М., 1997. С. 35.

Отождествление сведений, составляющих содержание результатов ОРД, и сведений, образующих содержание доказательств, допускается и в судебной практике. Именно такое отождествление имеет место в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации N 8 от 31 октября 1995 г. "О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия", согласно которому результаты оперативно-розыскных мероприятий могут быть использованы в качестве доказательств лишь в том случае, когда они проверены следственными органами в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством <1>.

<1> Пункт 14 данного Постановления.

Схожую с Верховным Судом Российской Федерации позицию в данном вопросе занимает и Конституционный Суд Российской Федерации. Так, в Определении Конституционного Суда Российской Федерации от 4 февраля 1999 г. "По жалобе граждан М.Б. Никольской и М.И. Сапронова на нарушение их конституционных прав отдельными положениями Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" отмечается, 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 закона, т.е. так, как это предписывается статьями 49 (часть 1) и 50 (часть 2) Конституции Российской Федерации" <1>.

<1> Приведенная трактовка результатов оперативно-розыскных мероприятий как сведений "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", представляется крайне неудачной. Она ограничивает понимание результатов ОРД только сведениями об источниках значимых для дела оперативного учета фактах. В ней фактически ставится знак равенства между результатами ОРД и доказательствами, допускается отождествление фактов с доказательствами.

Не оставляют сомнений в том, что Конституционный Суд РФ в данном случае исходит именно из возможности использования результатов ОРД в качестве доказательств (а следовательно, тождественности результатов ОРД и доказательств), следующие строки из указанного определения: "Решение же в каждом отдельном случае вопроса о том, являются ли конкретные материалы, представленные оперативными службами (в том числе произведенные при проведении оперативно-розыскных мероприятий аудиозаписи), достоверными и допустимыми и МОГУТ ЛИ ОНИ (выделено мной. - Е.Д.) с учетом требований уголовно-процессуального закона использоваться в качестве доказательств, относится к ведению судов общей юрисдикции".

В закрытых изданиях значительное распространение получила концепция легализации оперативной информации. На латинском языке слово legalis означает законный. В оперативно-розыскной деятельности под легализацией понимается перевод на законное (легальное) положение кого-либо или чего-либо <1>. Традиционно различают два основных способа легализации оперативных данных: придание им гласного характера путем их фиксации в порядке, предусмотренном уголовно-процессуальным законом; создание условий для привлечения к участию в уголовном судопроизводстве обладателя оперативной информации (оперативника, агента) в качестве свидетеля, и др. <2>.

<1> См.: Деятельность оперативно-розыскная контрразведывательная, частная сыскная (детективная) // Краткая сыскная энциклопедия / Авт.-сост. А.Ю. Шумилов. М.: Издатель Шумилова И.И., 2000. С. 72.

<2> См.: Там же. С. 73.

В теории оперативно-розыскной деятельности также принято именовать легализацией оперативных данных их введение в процесс доказывания путем придания им значения доказательств <1>. Представляется, что термин "легализация" неудачен для характеристики деятельности, которая под ним подразумевается. Оперативно-розыскная деятельность узаконена, носит вполне легальный характер, поэтому придавать данным, полученным при ее осуществлении, легальное значение просто не имеет смысла. Кроме того, анализ показывает, что фактически за указанным термином скрывается деятельность по получению новой информации (но уже в рамках уголовного процесса путем производства следственных действий), а не деятельность по приданию легального характера тем данным, которые ранее были получены оперативно-розыскным путем.

<1> См.: Бандурка А.М., Горбачев А.В. Оперативно-розыскная деятельность: правовой анализ: Науч.-практ. пособие / Отв. ред. А.М. Ищенко. Киев: РИО МВД Украины, 1994. С. 86.

Одним из первых в открытой литературе комплексную попытку исследования проблемы использования результатов ОРД (непроцессуальной информации) в уголовном судопроизводстве предпринял Д.И. Бедняков <1>. К одному из ключевых вопросов ее решения он совершенно обоснованно отнес разграничение процессуальной (доказательственной) и непроцессуальной информации <2>. Им было выделено для разграничения два критерия. Первый и основной - способ извлечения информации из определенного носителя и соблюдение порядка, условий и последовательности применения этого способа в ряде процессуальных действий <3>. При этом, по его мнению, в результате применения непроцессуальных действий формируются источники непроцессуальной информации, тогда как в результате производства следственных действий - источники доказательств <4>.

<1> См.: Бедняков Д.И. Непроцессуальная информация и расследование преступлений. М.:

Юридическая литература, 1991.

<2> См.: Там же. С. 33 - 67.

<3> См.: Там же. С. 57.

<4> См.: Там же. С. 58.

Следует сразу же обратить внимание на ошибку, допущенную в приведенных рассуждениях. В результате непроцессуальных действий, равно как и в результате процессуальных действий, формируются не источники информации (непроцессуальной, доказательственной), а сама информация, т.е. то, что Д.И. Бедняков именует соответственно непроцессуальной информацией и доказательством. Можно создать условия для восприятия будущим источником информации определенных обстоятельств и фактов. Но это не означает, что при этом формируется источник информации. Источники информации (используя терминологию Д.И. Беднякова) существуют объективно, их можно обнаружить, но не сформировать.

Отмеченная ошибка обусловлена позицией Д.И. Беднякова, согласно которой и в ходе оперативно-розыскной и процессуальной деятельности происходит извлечение информации из определенного носителя <5>, что представляется весьма и весьма спорным. Извлечь можно то, что уже существует. Информация - как сведения о фактах и обстоятельствах, имеющих значение соответственно для оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности, в готовом виде не существует. Ее можно лишь сформировать. Поэтому использование термина "извлечение информации" применительно к оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности искажает реальность. В результате вне поля зрения исследователей и практиков остается целый ряд факторов, связанных со сложными процессами взаимодействия субъектов познания с познаваемыми объектами, имеющими место при познании (на его чувственном уровне) в оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности.

<5> См.: Там же.

Логическим завершением взгляда на собирание непроцессуальной и процессуальной (доказательственной) информации как их извлечение из определенного носителя явился вывод Д.И. Беднякова о том, что между доказательственной и непроцессуальной информацией нет непреодолимой границы, так как непроцессуальная информация при определенных в законе условиях может стать процессуальной (доказательственной) <1>. В результате автор пришел к отрицанию своей первоначальной идеи - самой возможности разграничения непроцессуальной и процессуальной (доказательственной) информации. Действительно, зачем разграничивать указанные виды информации, так как непроцессуальная информация может стать процессуальной. По сути, в основе данного вывода лежит отказ от учета роли чувственного познания и содержательного значения процессуальной формы в нем.

<1> См.: Там же. С. 67.

Между тем форма всегда содержательна. Нет бессодержательных форм и неоформленных содержаний. Содержание и форма - это относительные противоположности, переходящие друг в друга. Процессуальная форма (соблюдение предусмотренных законом условий и порядка производства следственных и судебных действий) формирует содержание доказательств. Оперативно-розыскная форма позволяет получить (сформировать) оперативные (непроцессуальные) данные. Доказательства и оперативные данные могут совпадать по содержанию, так как они могут отражать одни и те же обстоятельства и факты. Но это не основание

для их отождествления и тем более подмены одних другими. Они формируются в разное время, в разных местах, в различных условиях и в разном порядке. Это различные по своей правовой природе данные. Различно их назначение и пределы использования. Одни применяются для решения задач в оперативно-розыскной сфере, другие - в рамках уголовного судопроизводства.

Значительное распространение в теории и на практике получило представление о возможности преобразования оперативных данных в доказательства.

Так, по мнению В.И. Баскова, сведения оперативного характера (полученные в результате оперативно-розыскной деятельности) могут быть преобразованы в доказательства по уголовным делам путем проведения предусмотренных уголовно-процессуальным законом следственных действий <1>. Отстаивая такое мнение, В.И. Басков, как и Д.И. Бедняков, не учитывает того, что при производстве следственных действий происходит формирование новых данных (составляющих содержание доказательств), а не преобразование оперативных данных в доказательства <2>.

<1> См.: Басков В.И. Оперативно-розыскная деятельность: Учеб.-метод. пособие. М.: БЕК, 1997. С. 11. 128 - 130.

<2> В связи с этим нельзя не отреагировать на достаточно странную позицию, которую по данному вопросу занял К.Б. Калиновский. Приписав автору настоящей работы тезис о том, что в процессе собирания результатов ОРМ происходит их качественное преобразование уголовно-процессуальными средствами, он в дальнейшем стал оспаривать его. См.: Калиновский К.Б. К вопросу об использовании результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств по уголовным делам // Актуальные проблемы борьбы с преступностью в современных условиях: Материалы межвузовской научно-практической конференции. Санкт-Петербург, 22 мая 1997 г. / Под ред. О.М. Латышева, В.П. Сальникова. СПб.: Санкт-Петербургская академия МВД России, 1997. С. 186 - 187. В работе, на которую при этом сослался К.Б. Калиновский (Доля Е.А. Указ. соч. С. 69), нет ни слова о том, что в процессе собирания результатов ОРМ происходит их качественное преобразование уголовно-процессуальными средствами. Существо позиции, которая обоснована в упомянутой работе, не претерпело изменений до настоящего времени. Однако это не исключает возможности ее дальнейшего развития, чем автор настоящей работы продолжает заниматься.

Ю.В. Кореневский, разделяющий в целом взгляд на использование результатов ОРД в качестве основы для формирования доказательств в уголовном судопроизводстве <1>, вместе с тем допускает при этом непоследовательность. Она проявляется в его следующих утверждениях: оперативные данные не могут использоваться в уголовно-процессуальном доказывании непосредственно, а должны преобразовываться в доказательства в соответствии с процессуальным законом <2>; данные, полученные в результате оперативно-розыскной деятельности, сами по себе доказательствами не являются. Чтобы стать таковыми, они должны быть введены в уголовный процесс в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств, получить статус одного или нескольких видов доказательств <3>. Таким образом, Ю.В. Кореневский по существу солидаризируется с В.И. Басковым, считающим, что результаты ОРД преобразуются в доказательства путем производства соответствующих следственных действий. Это противоречит идее формирования доказательств на основе результатов ОРД.

<1> См.: Кореневский Ю.В. Использование информации, полученной в результате оперативно-розыскной деятельности // Доказывание в уголовном процессе: традиции и современность / Под ред. В.А. Власихина. М.: Юристъ, 2002. С. 36 - 82.

<2> См.: Там же. С. 40.

<3> См.: Там же. С. 59.

Способом, подобным преобразованию результатов ОРД в судебные доказательства, предлагают решить рассматриваемую проблему М.П. Поляков, А.П. Попов и Н.М. Попов. Отличие их позиции заключается в том, что они называют это трансформацией информации и объектов, добытых оперативно-розыскным путем, путем придания им статуса доказательств <1>. Данная точка зрения получила значительное распространение среди теоретиков и практиков. Из возможности признания за данными, полученными в ходе осуществления оперативно-розыскной деятельности, значения доказательств исходит, например, В.В. Золотых, формулируя условия трансформации данных, полученных вне уголовного процесса, в доказательства по уголовному делу <2>. Допускает возможность трансформации или превращения информации, полученной оперативно-розыскным путем, в полноценные доказательства и И.Б. Михайловская <3>.

<1> См.: Поляков М.П., Попов А.П., Попов Н.М. Уголовно-процессуальное использование результатов оперативно-розыскной деятельности: проблемы теории и практики / Под общ. ред. В.Т. Томина. Пятигорск: Изд-во ПГЛУ, 1998. С. 50.

<2> См.: Золотых В.В. Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе. М.: АСТ; Ростов н/Д: Феникс, 1999. С. 208 - 217.

<3> См.: Михайловская И.Б. Процесс доказывания // Уголовный процесс: Учебник / Под ред. И.Л. Петрухина. М.: ПБОЮЛ Грачев С.М., 2001. С. 163.

Уязвимость идеи трансформации (преобразования, превращения) информации и объектов, добытых в рамках оперативно-розыскной деятельности, в уголовно-процессуальные доказательства обнаруживается при анализе следующих примеров. Так, если в деле оперативного учета имеются оперативные данные (результаты ОРД), полученные оперативным работником от агента, которые отражают обстоятельства, подлежащие доказыванию по уголовному делу, возбужденному впоследствии, то это не значит, что эти данные всегда будут отвечать правовому требованию относимости, предъявляемому к содержанию доказательств в уголовном процессе. Они формировались в рамках оперативно-розыскной деятельности, ее субъектами, при соблюдении ими требований, предъявляемых к этим данным Законом об ОРД, а не УПК РФ. Не отвечают указанные данные и правовому требованию допустимости, предъявляемому в уголовном процессе к форме доказательств - законности источника и способа его формирования (собирания). Этому требованию оперативные данные, исходящие от агента, не отвечают и отвечать не смогут ни при каких условиях, так как они получены из источников и способами, не предусмотренными УПК РФ.

Не меняет существа и применение к данной информации термина "трансформация". В ситуации, когда отсутствуют иные пути доказывания обстоятельств и фактов, сведения о которых содержатся в агентурном сообщении, возможен только один способ использования указанных результатов ОРД - допрос в качестве свидетеля лица, выполнявшего функцию агента (при условии его письменного согласия и обеспечения безопасности). С этой целью сведения о данном лице, его участии в соответствующем оперативно-розыскном мероприятии, в результате чего ему стали известны факты и обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела, в установленном порядке должны быть предоставлены дознавателю, следователю, прокурору или в суд. После этого указанное лицо может быть допрошено в качестве свидетеля. На допросе свидетель сообщит сведения о воспринятых им в условиях оперативно-розыскного мероприятия фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, которые и образуют содержание исходящего от него доказательства - показания свидетеля. Однако это уже другие данные - полученные при производстве по уголовному делу на допросе, а не те данные, которые указанное

лицо сообщило ранее оперативному работнику в рамках оперативно-розыскной деятельности.

По содержанию приведенные данные могут совпадать, но это не основание для их отождествления, и тем более подмены оперативными данными уголовно-процессуальных доказательств. В содержании рассматриваемых данных могут существовать и различия, обусловленные разницей их правовой природы. Поэтому ни о какой трансформации (преобразовании, превращении) результатов ОРД в уголовно-процессуальные доказательства в рассмотренном примере (и в принципе вообще) говорить нельзя. Фактически в данном случае имеет место формирование (собирание) на основе результатов ОРД совершенно новых данных, доказательств - показаний свидетеля.

Невозможна трансформация в доказательства и объектов, полученных оперативно-розыскным путем. Предметы, обнаруженные, полученные или созданные при осуществлении оперативно-розыскной деятельности, также могут послужить лишь основой для формирования доказательств в уголовном процессе, но их нельзя трансформировать в вещественные доказательства. Например, произведенная в рамках негласного оперативно-розыскного мероприятия видео- или аудиозапись, на которой запечатлен момент получения взятки должностным лицом, в установленном порядке представленная следователю, является лишь предметом, а не вещественным доказательством. На ее основе в уголовном процессе может быть сформировано вещественное доказательство при соблюдении процессуального режима, предназначенного для данного вида доказательства.

В этих целях видео- или аудиозапись в установленном порядке должна быть представлена в уголовный процесс с указанием сведений о том, где, когда, при каких условиях и в результате производства какого оперативно-розыскного мероприятия она была получена. Далее указанная запись подлежит осмотру следователем с участием понятых и применением соответствующих технических средств. При этом должны быть выявлены ее свойства и состояния, значимые для уголовного дела. Зафиксированные в протоколе осмотра сведения о запечатленных на аудио- или видеопленке обстоятельствах и фактах, имеющих значение для правильного разрешения уголовного дела, как результат их чувственного восприятия (зрительного, слухового) следователем и понятыми в условиях осмотра и образуют содержание вещественного доказательства. После осмотра принимается решение о признании пленки вещественным доказательством и ее приобщении к делу в качестве такового. Данным решением завершается начатое и завершенное в рамках уголовного процесса, а не за его пределами формирование вещественного доказательства (ч. 2 ст. 81 УПК РФ). Вне уголовного процесса (в рамках оперативно-розыскной деятельности) формируется не вещественное доказательство, а предмет (пленка) с присущими ему свойствами и состояниями, который и служит основой для формирования доказательств в уголовном процессе.

Предмет (пленка) не трансформируется (не преобразуется, не превращается) при представлении в уголовный процесс, его осмотре, признании вещественным доказательством и приобщении к делу, а остается таким, каким он был и до этого. В уголовном процессе он может стать (при соблюдении указанного выше порядка) основой для формирования вещественного доказательства, а может и не стать таковой в случае необнаружения при его (пленки) осмотре свойств и состояний, связанных с преступлением (что может иметь место, например, в результате размагничивания пленки). Любая попытка изменения (преобразования) значимых для уголовного дела свойств и состояний пленки чревата утратой возможности формирования на ее основе вещественного доказательства.

Близкую к точке зрения М.П. Полякова, А.П. Попова и Н.М. Попова по рассматриваемой проблеме позицию занимает В.К. Зникин. Анализируя методику использования в доказывании результатов ОРД, разработанную следственным управлением прокуратуры Кемеровской области во взаимодействии со следственным аппаратом и оперативными подразделениями УВД, УФСБ, УФСНП, он пишет о возможности придания результатам ОРД итогового статуса доказательств. При этом проблема использования оперативной информации, полученной оперативным работником, сводится к проблеме "придания процессуального статуса источникам информации" <1>.

<1> См.: Зникин В.К. Оперативно-розыскная деятельность как система добывания и собирания уголовно-процессуальных доказательств: Учеб. пособие. Кемерово: Кемеровский госуниверситет, 2000. С. 47.

В результате В.К. Зникин приходит к выводу о том, что через формирование процессуального доказательства "оперативные доказательства войдут в уголовный процесс". Именно так он предлагает решать рассматриваемую проблему <1>. При таком подходе, по сути, получается, что процессуальные доказательства - это те же оперативные данные, но полученные с помощью процессуальной формы. Однако процессуальная форма - это не дань простой формальности. Форма всегда содержательна, а содержание оформлено. В противном случае зачем прибегать к использованию процессуальной формы?

<1> См.: Там же. С. 50.

Оперативные доказательства (результаты ОРД) используются в оперативно-розыскной деятельности. Они не могут войти в уголовный процесс через формирование процессуальных доказательств. При собирании доказательств происходит не вхождение оперативных данных в уголовный процесс, а формирование на основе результатов ОРД совершенно новых данных, именуемых доказательствами.

Следует отметить, что вышеприведенные выводы В.К. Зникина находятся в противоречии с самим названием его работы, в которой он к ним пришел. Работа называется "Оперативно-розыскная деятельность как система добывания и собирания уголовно-процессуальных доказательств". А в выводах утверждается, что через формирование процессуальных доказательств оперативные данные входят в уголовный процесс, что явно отрицает возможность добывания и собирания уголовно-процессуальных доказательств в рамках оперативно-розыскной деятельности.

И еще на один момент, связанный с аргументацией, используемой В.К. Зникиным для обоснования возможности придания результатам ОРД итогового статуса доказательств, следует обратить внимание. Свои выводы он базирует на анализе методики использования результатов оперативно-розыскной деятельности, разработанной следственным управлением прокуратуры Кемеровской области во взаимодействии со следственным аппаратом и оперативными подразделениями УВД, УФСБ, УФСНП. Содержание данной методики находится в противоречии с межведомственной Инструкцией "О порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд", имеющей более высокую юридическую силу, чем указанная методика.

Во многом сходную с вышеизложенными взглядами позицию по рассматриваемой проблеме занимает В.И. Зажицкий. В концентрированном виде она выражена в формулировке нормы, которую он предлагает включить в УПК РФ. Приведем ее:

"Использование в доказывании фактических данных, полученных оперативно-розыскным путем.

Фактические данные, выявленные при соблюдении требований законодательства Российской Федерации об оперативно-розыскной деятельности, могут являться доказательствами по уголовному делу при условии, если будут установлены посредством процессуальных источников..." <1>.

<1> См.: Зажицкий В.И. Понятие использования результатов оперативно-розыскной

деятельности в доказывании по уголовным делам // Проблемы формирования уголовно-розыскного права (Актуальные вопросы обнаружения преступлений с помощью негласных возможностей): Вневедомственный сборник научных работ / Под ред. А.Ю. Шумилова. Вып. 3. М.: Издатель Шумилова И.И., 2000. С. 62 - 63. Следует отметить, что использование В.И. Зажицким в тексте предложенной нормы терминов "выявление" и "установление" некорректно. Выявить можно факт, обстоятельство, т.е. то, что уже существует. Но нельзя выявить фактические данные в силу того, что они в готовом виде, как это было показано выше, не существуют. По этой же причине представляется правильным говорить не об установлении фактических данных (результатов ОРД) посредством процессуальных источников (ошибочный тезис, из которого исходит В.И. Зажицкий), а именно о формировании как результатов ОРД (в рамках оперативно-розыскной деятельности), так и доказательств (в рамках уголовно-процессуальной деятельности).

В основе содержания предложенной нормы лежит также отождествление результатов ОРД и судебных доказательств, которое вытекает из позиции ее автора. И хотя эта позиция сама по себе не является оригинальной, в силу чего на ней можно было и не останавливаться, если бы не аргументация, которая используется для ее обоснования.

Уже простое формально-логическое толкование текста рассматриваемой статьи порождает ряд вопросов. Если в доказывании используются фактические данные, выявленные (полученные) оперативно-розыскным путем (именно такой вывод следует не только из приведенного текста, но и пояснений, которые его автор неоднократно приводит в статье) <1>, то зачем их еще раз устанавливать посредством процессуальных источников? Что считать доказательствами в тех случаях, когда сведения, полученные оперативно-розыскным путем, и сведения, полученные в результате следственных действий, совпадут по своему содержанию? Можно ли и те и другие именовать доказательствами? Или таковыми будут только одни из них? И если так, то какие именно и почему? Ответы на данные вопросы ни автор предложенной нормы, ни авторы, позицию которых в данном вопросе он разделяет, не дают. Поэтому нельзя согласиться с оптимистическим выводом автора рассмотренной новеллы о том, что предложенная редакция статьи об использовании в доказывании фактических данных, полученных оперативно-розыскным путем, будет более понятна судебно-следственным работникам и не потребует дополнительных разъяснений <2>.

<1> См.: Там же. С. 58 - 66.

<2> См.: Там же. С. 66.

Вместе с тем последовательные ответы на поставленные вопросы приводят к выводам, вступающим в противоречие с основами доказательственного права. Одним из них является вывод о том, что в качестве доказательств следует рассматривать не сведения, полученные при производстве следственных (судебных) действий, а фактические данные, выявленные при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий. Именно такой вывод следует из названия и содержания предложенной нормы закона. Но в таком случае ее автор вступает в противоречие с позицией, которую он разделяет и которой придерживается большинство процессуалистов: получение доказательств возможно только в рамках уголовно-процессуальной деятельности.

В основе занимаемой В.И. Зажицким позиции (возможности признания за сведениями, полученными оперативно-розыскным путем, значения доказательств) лежит отождествление фактических данных (сведений) с фактами, обстоятельствами материального мира, отражением которых указанные данные в действительности являются. Он прямо пишет об этом, когда, возражая против возможности формирования фактических данных (доказательств), утверждает, что они "существуют объективно как результат взаимодействия преступления и связанных с ним обстоятельств с материальным миром" <1>. Такое представление ошибочно. В результате то, что принято именовать следами преступления, отождествляется со сведениями об этих следах (фактическими данными). В действительности при взаимодействии "преступления и связанных с

ним обстоятельств с материальным миром" происходит не возникновение фактических данных, а порождаются следы преступления, которые отражаются в объективной и субъективной реальности.

<1> См.: Там же. С. 62.

В подтверждение правильности своей позиции автор приводит выдержку из работы С.А. Шейфера, в которой отмечается, что производство следственных действий по формированию доказательств "не означает, что доказательство от начала до конца "создается" следователем в ходе следственного действия. Следы изучаемого события возникают независимо от сознания следователя и являются объективной основой доказательств" <1>. При этом он совершенно произвольно интерпретирует приведенную цитату и делает из нее выводы, противоположные тому, о чем идет в действительности речь у С.А. Шейфера, т.е. искажает мысль автора.

<1> См.: Шейфер С.А. Следственные действия. Система и процессуальная форма. М.: Юридическая литература, 1981. С. 5.

Содержание приведенного текста свидетельствует о том, что С.А. Шейфер в отличие от В.И. Зажицкого не отождествляет следы преступления и доказательства, а различает их. "Следы изучаемого события возникают независимо от сознания следователя и являются объективной основой доказательств", - пишет С.А. Шейфер. Трудно понять, почему содержание данного текста В.И. Зажицкий интерпретирует с точностью до наоборот. Кроме этого, он не замечает и того, что С.А. Шейфер в приведенной цитате не отрицает полностью возможности формирования доказательств следователем, а возражает лишь против того, что доказательство от начала до конца "создается" следователем в ходе следственного действия. В формирование доказательств (как сведений об относимых к делу фактах) С.А. Шейфер (в отличие от В.И. Зажицкого) не включает образование следов преступления, рассматривая их в данном случае лишь в качестве объективной основы доказательств, но не как сами доказательства.

Логическим продолжением отождествления фактов, обстоятельств со сведениями о них (следов преступления и сведений о них) является и вывод В.И. Зажицкого о том, что результаты оперативно-розыскной деятельности (сведения, полученные оперативно-розыскным путем) при соблюдении соответствующих условий (осуществлении следственных действий) становятся содержанием конкретных видов доказательств <1>. Оговорка о том, что "при получении фактических данных в ходе следственных действий их объем уточняется и в конечном счете может не совпасть с объемом фактических данных, которые называют результатами оперативно-розыскной деятельности" <2>, не меняет существа его взгляда. Ибо, по его мнению, "названные обстоятельства не противоречат положению о том, что в подобных ситуациях содержанием соответствующих доказательств становятся сведения, выявленные оперативно-розыскным путем, т.е. результаты оперативно-розыскной деятельности" <3>.

<1> См.: Зажицкий В.И. Указ. соч. С. 62, 65. Аналогичной позиции в данном вопросе В.И. Зажицкий придерживался и в более ранних работах. См.: Зажицкий В., Башкатов Л. Быть ли новому следственному действию? // Советская юстиция. 1990. N 23. С. 22.

<2> См.: Там же. С. 62.

<3> См.: Там же. С. 63.

Аналогичную позицию В.И. Зажицкий отстаивает и в более поздней статье, утверждая, что

сведения, добытые оперативно-розыскным путем (результаты ОРД), могут стать доказательствами по уголовному делу, если будут получены из процессуальных источников способами, предусмотренными УПК РФ, и надлежащим образом закреплены в материалах уголовного дела <1>.

<1> См.: Зажицкий В.И. Новые нормы доказательственного права и практика их применения // Российская юстиция. 2003. N 7.

С данной позицией не согласуется другое суждение указанного автора по этому же вопросу, которым в его монографии завершается исследование вопросов, связанных с использованием результатов ОРД в уголовном процессе. В нем он уже считает несостоятельными "иногда раздающиеся призывы... уничтожить различия между сведениями, полученными оперативно-розыскным путем, и уголовно-процессуальными доказательствами" <1>. С последним суждением следует полностью согласиться и распространить его на всю концепцию использования результатов ОРД в доказывании по уголовным делам, которую его автор на протяжении десятилетий последовательно развивает и отстаивает в своих работах.

<1> См.: Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. С. 417.

Представление о том, что содержанием соответствующих видов доказательств становятся сведения, выявленные оперативно-розыскным путем, т.е. результаты оперативно-розыскной деятельности, В.И. Зажицкий отстаивает и в своей монографии <1>. Логическим следствием такого взгляда стало фактическое отрицание его автором значения и роли уголовно-процессуальной формы в формировании доказательств. Солидаризируясь в данном вопросе с М.П. Поляковым <2>, он ссылается на его вывод, согласно которому "все теоретические попытки развести доказательства и результаты ОРД по информационной линии вряд ли могут быть признаны состоятельными. Процессуальная процедура не придает оперативно-розыскным данным чего-либо нового в информационном плане. Кроме констатации достоверности (как следствия доверия к процессуальному методу)" <3>. Приведенная цитата наглядно свидетельствует о том, что В.И. Зажицкий и М.П. Поляков исходят из тождества доказательств и результатов ОРД, а смысл процессуальной процедуры, по их мнению, в данном случае сводится лишь к констатации достоверности результатов ОРД.

<1> См.: Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. С. 353 - 354, 438.

<2> См.: Указ. соч. С. 354.

<3> См.: Поляков М.П. Использование результатов ОРД в доказывании // Материалы международной конференции "Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: год правоприменения и преподавания". М., 2004. С. 182.

Вопреки данному мнению, с помощью процессуальной процедуры не может быть осуществлена констатация достоверности оперативно-розыскных данных. В рамках процессуальной формы формируются новые (другие) данные - доказательства, а не осуществляется констатация достоверности оперативно-розыскных данных. В рамках процессуальной формы, предназначенной для формирования доказательств, в принципе не может происходить оперирование оперативно-розыскными данными. Исходить из обратного - значит допускать

возможность смешения уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности.

Отождествление фактов, обстоятельств со сведениями о них, признание за теми и другими объективного существования приводит сторонников данного взгляда, по существу, к отрицанию роли чувственного познания, которое имеет место в действительности как при производстве оперативно-розыскных мероприятий, так и осуществлении следственных действий. Именно этим можно объяснить то обстоятельство, что в своих теоретических построениях они избегают рассмотрения указанных действий именно как актов чувственного познания, при осуществлении которых и появляются (точнее формируются) сведения об относимых к делу фактах (соответствующие оперативные данные и доказательства).

Если фактические данные уже существуют в действительности, их остается лишь просто выявить в ходе оперативно-розыскных действий или только извлечь из материальных носителей при производстве следственных действий и зафиксировать в соответствующих материалах дела оперативного учета или уголовного дела <1>. Именно из этой посылки исходит В.И. Зажицкий. В результате как бы сама собой отпадает и необходимость анализа происходящего при этом чувственного познания. При таком подходе вне поля зрения остаются факторы, оказывающие влияние на доброкачественность доказательств, формируемых на основе результатов оперативно-розыскной деятельности.

<1> См.: Зажицкий В.И. Понятие использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам // Проблемы формирования уголовно-розыскного права (Актуальные вопросы обнаружения преступлений с помощью негласных возможностей): Вневедомственный сборник научных работ / Под ред. А.Ю. Шумилова. Вып. 3. М.: Издатель Шумилова И.И., 2000. С. 62 - 63.

Таким образом, отождествление результатов ОРД и доказательств искажает реальный процесс познания, происходящий при формировании доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности. При этом принижается роль и значение уголовно-процессуальной формы, которая, по существу, отождествляется с оперативно-розыскной формой. В результате отрицается самостоятельная содержательность уголовно-процессуальной формы, так как она превращается в пустую формальность, используемую лишь для подтверждения или опровержения содержания ранее уже полученного в рамках оперативно-розыскной формы. Этим фактически ослабляется независимость и самостоятельность субъектов уголовного процесса, осуществляющих доказывание, поскольку формирование их внутреннего убеждения при таком подходе ничем не отличается от внутреннего убеждения, формируемого на чувственном уровне познания у субъектов оперативно-розыскной деятельности <1>.

<1> Допускает возможность влияния информации, полученной в ходе оперативно-розыскной деятельности, на внутреннее убеждение судей В.А. Новицкий. См.: Новицкий В.А. Теория процессуального доказывания и правоприменения: Монография. Ставрополь: Изд-во СГУ, 2002. С. 101.

Близкую к рассмотренным взглядам на использование результатов ОРД в доказывании точку зрения высказали Н.А. Громов, В.А. Пономаренко, А.Н. Гущин и Ю.В. Францифоров, считающие, что результаты оперативно-розыскных мероприятий могут содержать относимую доказательственную информацию и поэтому при определенных условиях их допустимо использовать в качестве доказательств <1>. В обоснование своей позиции авторы ссылаются на высказанное ранее мнение С.А. Шейфера о том, что превращение результатов оперативно-розыскной деятельности в доказательства в процессуальном смысле возможно путем представления оперативных материалов следователю в порядке ст. 70 УПК РСФСР (аналог ст. 86 УПК РФ), которая наделяет

правом представления доказательств широкий круг лиц <2>. И хотя в дальнейшем авторы склоняются к тому, что наиболее полно и точно проблему использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании отражает термин "уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности", которая заключается в истолковании полученных оперативно-розыскным путем результатов в отношении как их содержания, так и формы с позиции их возможности и целесообразности использования при расследовании уголовных дел <3>, они неоднократно при этом прибегают к приведенной аргументации С.А. Шейфера. В связи с этим остановимся на ее анализе несколько подробнее.

<1> См.: Громов Н.А., Пономаренко В.А., Гущин А.Н., Францифоров Ю.В. Доказательства, доказывание и использование результатов оперативно-розыскной деятельности: Учеб. пособие. М.: ПРИОР, 2001. С. 80, 153.

<2> См.: Шейфер С.А. Доказательственные аспекты закона об оперативно-розыскной деятельности // Государство и право. 1994. N 1. С. 98.

<3> См.: Громов Н.А., Пономаренко В.А., Гущин А.Н., Францифоров Ю.В. Указ. соч. С. 147 - 148.

Действительно, ст. 86 УПК РФ (ранее ст. 70 УПК РСФСР) наделяет правом не только представления, но и собирания доказательств достаточно широкий круг лиц (подозреваемого, обвиняемого, защитника, потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика, их представителей - в дальнейшем для краткости - невластные субъекты уголовного процесса). О праве представления доказательств упоминается и в целом ряде других статей УПК РФ, регулирующих уголовно-процессуальное положение указанных субъектов. Однако о собирании ли и представлении ли доказательств в указанных случаях должна идти речь? Соответствует ли употребление данных терминов законодателем, а вслед за ним и авторами приведенных публикаций, содержанию фактического познавательного процесса, происходящего при собирании доказательств, и не вступают ли при таком толковании анализируемые нормы в противоречие с нормами Конституции РФ, более общими нормами УПК РФ?

В теории уголовного процесса практически общепризнано, что доказывание является разновидностью процесса познания, реализуемого с целью решения задач судопроизводства, обеспечивая тем самым выполнение его предназначения. Собирание доказательств соответствует в этом процессе чувственному познанию. Вышеназванные нормы УПК РФ, предоставляющие право представления и собирания доказательств невластными субъектами уголовного процесса, в действительности следует рассматривать как их право представлять не доказательства, а лишь как предметы и документы, которые, по их мнению, имеют значение для дела. Толкование данных норм как права указанных субъектов представлять и собирать доказательства приведет к тому, что они вступят в противоречие с нормами, носящими по отношению к ним более общий характер, что недопустимо.

Так, если признать, что ст. 86 УПК РФ предоставляет указанным субъектам право представлять и собирать именно доказательства, то как быть с конституционным положением о недопустимости при осуществлении правосудия использовать доказательства, полученные с нарушением федерального закона (ст. 50), и нормами, конкретизирующими его в требованиях УПК РФ о недопустимых доказательствах (ст. 75). Ведь собирание доказательств, например, защитником УПК РФ вообще никоим образом не регламентируется, т.е. они могут быть получены не из источников, установленных законом, и способами, не предусмотренными им. Это же касается и доказательств, представляемых обвиняемым, подозреваемым и другими субъектами. Строго говоря, в данном случае исходя из Конституции РФ и требования допустимости вообще нельзя говорить о собирании доказательств и использовании их в качестве таковых, поскольку доказательства не существуют в готовом виде, а то, что собрано защитником согласно ч. 3 ст. 86 УПК РФ, не соответствует требованию допустимости.

Оппоненты могут возразить, сославшись на то, что уже само закрепление в ст. 86 УПК РФ права представления и собирания доказательств указанным субъектам и есть та правовая регламентация, которая представляет собой требование допустимости. Но даже если согласиться с таким сомнительным аргументом, то нужно будет признать, что уголовно-процессуальный закон вводит двойной стандарт по отношению к требованию допустимости, предъявляемому к форме доказательств. Один - для властных субъектов - достаточно конкретный и определенный (ст. 75 УПК РФ и другие статьи, регулирующие производство следственных и судебных действий, являющихся способами собирания доказательств) и другой - для невластных субъектов - абстрактный и законом не определенный. Такой подход в принципе недопустим, поскольку он вступает в противоречие с принципом состязательности и равноправия сторон.

Концепция использования результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств путем их уголовно-процессуальной интерпретации в наиболее полном виде развита и изложена М.П. Поляковым. Схематично ее суть заключается в следующем. Результаты ОРД пригодны для прямого использования в уголовном процессе, поскольку их правовая характеристика вполне созвучна аналогичной характеристике уголовно-процессуальных доказательств. Данное положение обосновывается ссылкой на то, что в рамках оперативно-розыскной деятельности действуют достаточно строгие правила оценки информации, опирающиеся на критерии относимости и допустимости, что в значительной степени позволяет говорить о достоверности информации, производимой по оперативно-розыскной технологии <1>. Исходя из этого результаты ОРД - это готовый информационный продукт, нуждающийся не в трансформации, а в интерпретации <2>. На основе этого М.П. Поляковым ставится вопрос о необходимости разработки оперативно-розыскных правил допустимости результатов оперативно-розыскной деятельности для использования в качестве доказательств, которые должны применяться не на входе в уголовный процесс, а при выходе из уголовно-розыскного процесса <3>. При этом проверка источников оперативной информации может быть заменена диалогом следователя и оперативного работника <4>.

<1> См.: Поляков М.П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности: Монография / Под науч. ред. В.Т. Томина. Нижний Новгород: Нижегородская правовая академия, 2001. С. 220.

<2> См.: Там же.

<3> См.: Там же. С. 224.

<4> См.: Там же. С. 225.

Таким образом, по мысли М.П. Полякова, результаты оперативно-розыскной деятельности должны быть вписаны в систему доказательств и оценены наравне с другими фактическими данными <1>. При этом следователю, судье отводится роль интерпретаторов (истолкователей) указанной информации для себя и для третьих лиц (когда они выступают в роли ретрансляторов).

<1> См.: Там же. С. 226.

На основе изложенной конструкции М.П. Поляков формулирует ряд предложений законодателю. Они сводятся к тому, чтобы вернуть в оперативно-розыскное законодательство формулировку "результаты ОРД могут быть использованы в качестве доказательств". В УПК РФ в главу о доказательствах предлагается включить статью "Результаты оперативно-розыскной деятельности" следующего содержания:

"Результаты оперативно-розыскной деятельности являются доказательствами, если они получены и проверены в порядке, предусмотренном Федеральным законом "Об оперативно-розыскной деятельности", и содержат информацию, имеющую значение для установления обстоятельств, указанных в ст. 73 настоящего Кодекса" <1>.

<1> См.: Там же. С. 233 - 235.

Исходя из предложенной концепции М.П. Поляков призывает пересмотреть основные теоретико-правовые постулаты, сложившиеся по поводу информационного взаимодействия ОРД и уголовного процесса, которые, по его мнению, по большей части носят регрессивный характер <1>.

<1> См.: Поляков М.П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности: Монография / Под науч. ред. В.Т. Томина. Нижний Новгород: Нижегородская правовая академия, 2001. С. 7.

Между тем анализ концепции, предложенной М.П. Поляковым, не дает оснований для вывода о том, что она по своему характеру прогрессивна и верна по существу. В значительной мере ее исходные положения созвучны взглядам, высказывавшимся ранее (в частности, о пригодности результатов ОРД для прямого использования в качестве доказательств). Часть положений просто неприемлемы в силу несоответствия теории, законодательству и практике судопроизводства.

Обращает внимание, что М.П. Поляков при разработке концепции уголовно-процессуальной интерпретации результатов ОРД не пошел по пути исследования особенностей познавательных процессов, лежащих в основе оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности, ограничившись лишь ссылкой на вывод А.Г. Маркушина об отсутствии различий между процессом познания истины с применением оперативно-розыскных мероприятий и процессом познания следственным путем <1>. Положив данную посылку в качестве одной из основ своей концепции уголовно-процессуальной интерпретации результатов ОРД, М.П. Поляков не обратил внимания на ее ошибочность.

<1> См.: Там же. С. 165.

Прежде всего следует отметить, что познается не истина, а объективная действительность, ее часть. Истина (как соответствие наших знаний действительности) устанавливается в результате процесса познания. Вызывает серьезные возражения и посылка, построенная на утверждении А.Г. Маркушина о тождестве процессов познания, протекающих в оперативно-розыскной деятельности и уголовном процессе.

Проанализируем положения, положенные М.П. Поляковым в основу его концепции. Начнем с утверждения о созвучности правовых характеристик результатов оперативно-розыскной деятельности и уголовно-процессуальных доказательств, которое объясняется тем, что в рамках оперативно-розыскной деятельности действуют достаточно строгие правила оценки информации, опирающиеся на критерии относимости и допустимости <1>. Данное утверждение просто не соответствует действительности. Указанных требований к результатам ОРД оперативно-розыскное законодательство не предъявляет. Их нет в Законе об ОРД. Отсутствуют они и в предложениях, сформулированных М.П. Поляковым к Закону об ОРД. Требования относимости и допустимости предъявляются в уголовном процессе, а не в оперативно-розыскной деятельности, и не к результатам оперативно-розыскной деятельности, а к доказательствам. Можно, конечно, говорить и о правовых требованиях, предъявляемых к содержанию и форме результатов ОРД. Но они

регулируются не уголовно-процессуальным законом, а Законом об ОРД, и отличаются от требований, предъявляемых УПК РФ к доказательствам. Исходя из этого в принципе неправомерно говорить о созвучности правовых характеристик уголовно-процессуальных доказательств и результатов ОРД.

<1> См.: Там же. С. 220.

Несостоятельность тезиса о созвучности правовых характеристик результатов ОРД и доказательств обнаруживается и при сравнении положений Закона об ОРД и УПК РФ. Например, согласно Закону об ОРД данные о лицах, оказывающих содействие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность на конфиденциальной основе, об организации и о тактике проведения оперативно-розыскных мероприятий составляют государственную тайну (ч. 1 ст. 12). Кроме того, согласно принципу конспирации, сочетания гласных и негласных методов и средств оперативно-розыскные мероприятия могут проводиться негласно (ст. 3). И если для оперативно-розыскной деятельности гласность, как правило, выступает препятствием на пути решения задач, стоящих перед данным видом деятельности, то в уголовном судопроизводстве гласность, являясь его принципом, служит одной их важнейших гарантий доброкачественности формируемых доказательств, возможности их последующей надлежащей проверки и оценки, гарантий прав и свобод граждан при осуществлении судопроизводства и выполнении им своего назначения. Нельзя забывать и о том, что с принципом гласности в уголовном процессе в тесной связи находится и эффективная реализация всех других принципов судопроизводства.

Исходя из тезиса о созвучности правовых характеристик результатов ОРД и доказательств в уголовном процессе, М.П. Поляков делает вывод о том, что они (результаты ОРД) являются готовым информационным продуктом, который нуждается не в трансформации, а в уголовно-процессуальной интерпретации. Дознавателю, следователю, судье в этой ситуации отводится роль интерпретаторов (истолкователей) данной информации для себя или роль ее ретрансляторов для третьих лиц. Показательно, что при этом автор обходит молчанием и не анализирует сложный познавательный процесс, имеющий место в действительности при формировании доказательств на основе результатов ОРД. Не поясняет он и того, как интерпретация результатов ОРД соотносится с происходящим при этом чувственным познанием, имеющим место при собирании (формировании) доказательств в уголовном процессе.

По сути, М.П. Поляков предлагает субъектам уголовного процесса руководствоваться в процессе доказывания (и то лишь только при проверке и оценке доказательств, поскольку собирание доказательств им в данном случае выносится за пределы судопроизводства) результатами чувственного познания, осуществленного не ими самими, а знаниями, полученными субъектами оперативно-розыскной деятельности в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий. Именно этим и объясняется отсутствие в его концепции интерпретации результатов ОРД анализа чувственного познания, реализуемого при собирании доказательств. Данное познание при этом находится за пределами уголовно-процессуальной деятельности, в рамках которой и осуществляется последующая интерпретация результатов ОРД. Таким образом, объективное исследование обстоятельств уголовного дела (осуществляемое на чувственном уровне познания властными субъектами в форме собирания доказательств) подменяется интерпретацией ими результатов ОРД, что по существу ведет к подмене объективного субъективным.

По мнению М.П. Полякова в случаях, когда следователь и суд исследуют сведения, первоисточник которых не может быть разглашен, они вполне могут ограничиться пояснением оперативного работника или руководителя оперативно-розыскного аппарата. Последние должны быть отнесены к источникам, заслуживающим доверия <1>. Таким образом, в завуалированной форме предлагается реанимировать идею лучших доказательств, предписав властным субъектам уголовного процесса заранее оценивать указанные доказательства (исходящие от субъектов

оперативно-розыскной деятельности), первоисточник которых неизвестен, в качестве лучших (естественно, в сравнении со всеми иными доказательствами, источник происхождения которых известен).

<1> См.: Поляков М.П. Указ. соч. С. 181.

В качестве аргумента, позволяющего ограничить проверку и оценку доказательств не до первоисточника, а лишь до источника, внушающего доверия <1>, автор приводит заключение эксперта. По его убеждению, при оценке результата экспертизы следователь, суд, как правило, не исследуют генезис происхождения информации далее документа, представленного экспертом. Достоверность заключения эксперта устанавливается исходя из компетентности сведущего лица и презюмируемого доверия к используемым им научным методам познания. Поэтому, утверждает М.П. Поляков, никому не приходит в голову в обязательном порядке проверять и результаты судебно-медицинских и прочих экспертиз. Результат познавательной деятельности эксперта может быть принят в качестве доказательства и без проверки. И в этом автор усматривает классический случай уголовно-процессуальной интерпретации конечного результата (информационного продукта) компетентной деятельности эксперта <2>.

<1> См.: Там же.

<2> См.: Там же. С. 182.

Все в приведенных рассуждениях относительно источников, заслуживающих доверия без их проверки, и ненужности проверки заключения эксперта не только не согласуется с положениями теории доказательств, действующим законодательством и практикой судопроизводства, но и работает против самой идеи уголовно-процессуальной интерпретации результатов ОРД, отстаиваемой М.П. Поляковым.

По сути, М.П. Поляков пытается возродить положения формальной теории доказательств, предписывая заранее определенное доказательственное значение результатам ОРД, первоисточник которых неизвестен. При этом полностью игнорируется принцип свободной оценки доказательств, согласно которому доказательства, в том числе и заключение эксперта, не имеют заранее установленной силы и оцениваются властными субъектами по внутреннему убеждению (ст. 17 УПК РФ). Противоречат рассматриваемые выводы и положениям уголовно-процессуального законодательства, обязывающим эксперта указывать в своем заключении сведения об образовании, специальности, стаже работы, ученой степени, ученом звании, занимаемой должности (п. 4 ч. 1 ст. 204 УПК РФ), содержание и результаты исследований с указанием примененных методов (методик), которые должны учитываться властными субъектами при его проверке и оценке. Именно этим объяснялись требования УПК РСФСР, обязывающие следователя до назначения эксперта выяснять необходимые данные о его специальности и компетентности (ч. 2 ст. 184) <1>.

<1> Отсутствие данных требований в УПК РФ ослабляет процессуальные гарантии, обеспечивающие доброкачественность заключения эксперта.

Анализируемые рассуждения находятся в противоречии и с судебной практикой. Так, высшие судебные органы страны неоднократно обращали внимание на то, что заключение эксперта не имеет заранее установленной силы, что некритическое отношение к нему на практике приводит к ошибкам при проверке и оценке доказательств, несоответствии сделанных на основе заключения

эксперта выводов фактическим обстоятельствам дела <1>.

<1> См.: Сборник постановлений Пленумов Верховных Судов СССР и РСФСР (Российской Федерации) по уголовным делам. М.: Спарк, 2000. С. 54; БВС СССР. 1966. N 5. С. 33.

Основываясь на рассмотренных выше посылках, М.П. Поляков ставит вопрос о необходимости разработки оперативно-розыскных правил допустимости результатов ОРД для использования в качестве доказательств. В соответствии с ними правила о допустимости доказательств к результатам ОРД применяться должны не на входе в уголовный процесс, а при выходе из уголовно-розыскного процесса. По мнению автора анализируемой концепции, это приведет к устранению неоправданных повторов методов уголовно-процессуального и оперативно-розыскного познания и соответствующего им дублирования в удостоверении информации о криминале <1>.

<1> См.: Поляков М.П. Указ. соч. С. 224.

Таким образом, властным субъектам уголовного судопроизводства предлагается рассматривать результаты ОРД в качестве доказательств, а не осуществлять на их основе формирование (собирание) доказательств в уголовном процессе. Следуя такой логике, необходимо упразднить и стадию судебного разбирательства, поскольку в ней заново осуществляется познание (доказывание) обстоятельств, уже установленных на стадии предварительного расследования. Можно пойти еще дальше, ликвидировав в целях экономии все судопроизводство, а его задачи решать в рамках оперативно-розыскной деятельности в связи с тем, что, по мнению М.П. Полякова, познавательные процессы в данных видах деятельности почти одинаковы, а данные в рамках оперативно-розыскной деятельности будут получаться в соответствии с требованиями, предъявляемыми в уголовном процессе к доказательствам. Однако таких предложений автор рассматриваемой концепции почему-то не делает, хотя они сами собой напрашиваются и следуют из логики его рассуждений. При реализации предлагаемых идей отпадет, между прочим, и необходимость в уголовно-процессуальной интерпретации результатов оперативно-розыскной деятельности.

Следует отметить, что в рассматриваемом случае речь идет о простом механическом перенесении правил допустимости, предъявляемых в уголовном процессе к доказательствам, на оперативно-розыскную деятельность, но никак не о разработке оперативно-розыскных правил допустимости. Тем более что в дальнейшем в своих предложениях законодателю автор указанные выше правила допустимости не формулирует, ограничившись лишь общим призывом вернуть в Федеральный закон об ОРД формулировку "результаты ОРД могут быть использованы в качестве доказательств" <1>.

<1> См.: Поляков М.П. Указ. соч. С. 224.

Проведенный анализ основных положений концепции интерпретации результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе дает основания для вывода о том, что в ее основе лежит отказ от учета особенностей познавательных процессов, протекающих соответственно в оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности. По сути, речь идет о разновидности теоретического обоснования уже известной, апробированной и, как было показано выше, несостоятельной идеи прямого использования результатов ОРД в качестве доказательств в уголовном судопроизводстве.

Рассмотренная концепция стирает грань между оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельностью и, по существу, допускает возможность установления обстоятельств и фактов, подлежащих доказыванию, оперативно-розыскными методами, что в принципе недопустимо. Она не учитывает, что на содержании данных, получаемых соответственно в оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности, существенным образом сказываются не только различия в правовом положении субъектов, от которых исходит оперативная и доказательственная информация, но и разница в правовом регулировании методов (условий и порядка) ее получения и фиксации, а следовательно, и в правовых гарантиях, связанных с ее достоверностью (надежностью), соблюдением при этом прав и законных интересов граждан, участвующих соответственно в оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности. Предложение распространить правила допустимости, предъявляемые в уголовном процессе к доказательствам, на результаты ОРД (формируемые, как известно, в рамках оперативно-розыскной деятельности) сделано без учета особенностей предмета оперативно-розыскной деятельности, решаемых ею задач. Следование ему приведет к утрате качественной определенности всей оперативно-розыскной деятельности <1>.

<1> В дальнейшем концепция уголовно-процессуальной интерпретации результатов оперативно-розыскной деятельности была положена М.П. Поляковым в основу его докторской диссертации, защищенной в 2002 г. См.: Поляков М.П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Нижний Новгород, 2002.

Схожую в своей основе со всеми выше рассмотренными взглядами по данной проблеме позицию занимает М.П. Котухов, предложивший решить ее путем перевода результатов оперативно-розыскной деятельности в доказательства <1>. Под ним он понимает основанную на законодательстве об оперативно-розыскной деятельности и уголовно-процессуальном законе совокупность процедур, посредством которых обеспечивается изменение правового статуса сведений, добытых в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий, в целях получения доказательств, имеющих юридическую силу при осуществлении правосудия по конкретному уголовному делу <2>. И в данном случае сведения, полученные в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий, отождествляются с доказательствами, а уголовно-процессуальной форме (процедурам, основанным на уголовно-процессуальном законе) отводится роль простого средства, обеспечивающего изменение правового статуса результатов ОРД. Правовой статус указанных результатов изменить невозможно. На их основе в ходе производства следственных и судебных действий получаются (формируются) иные данные - доказательства. Поэтому идея перевода результатов оперативно-розыскной деятельности в доказательства представляет собой лишь модификацию рассмотренных выше концепций и не более того.

<1> См.: Котухов М.П. Перевод результатов оперативно-розыскной деятельности в доказательства: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 8.

<2> См.: Там же.

По анализируемой проблеме позицию, близкую к позиции М.П. Котухова, занимает Т.А. Макарова, считающая, что "процесс перехода оперативно-розыскной информации в уголовный процесс" в полной мере отражает термин "привлечение". Под привлечением результатов ОРД в уголовно-процессуальное доказывание автор предлагает понимать "порядок приобретения ими статуса доказательств в уголовно-процессуальном смысле посредством производства следующих процессуальных действий:

представление результатов ОРД в установленном законом порядке органами,

осуществляющими ОРД, органу дознания, следователю, прокурору или в суд;

принятие результатов ОРД с составлением протокола, удостоверяющего легитимность их получения и представления;

приобщение результатов ОРД к материалам уголовного дела" <1>.

<1> См.: Макарова Т.А. Использование в ходе предварительного следствия материалов аудио- и видеозаписи: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ижевск, 2004. С. 7, 12 - 13.

Рассматриваемая позиция строится на посылке, согласно которой результаты ОРД могут приобрести статус доказательств в уголовно-процессуальном смысле посредством производства трех вышеназванных действий. После составления протокола, удостоверяющего легитимность получения результатов ОРД, и их представления в уголовный процесс предлагается приобщать данные результаты в качестве доказательств к уголовному делу <1>.

<1> См.: Там же. С. 7, 12.

Таким образом, результаты ОРД фактически отождествляются с судебными доказательствами. Об этом прямо свидетельствует и содержание предлагаемой Т.А. Макаровой к закреплению в УПК РФ ст. 89.2 "Решения, принимаемые по результатам рассмотрения постановления о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности". Согласно данной норме дознаватель, следователь, прокурор или суд, рассмотрев постановление органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности, вправе принять решение о принятии представленных результатов и приобщении их в качестве доказательств к уголовному делу <1>. При этом автор вступила в противоречие с разделяемым ею положением о том, что результаты оперативно-розыскной деятельности могут использоваться в качестве основы для формирования доказательств в соответствии с требованиями и в порядке, установленном УПК РФ <2>.

<1> См.: Там же.

<2> См.: Там же. С. 11.

Проведенный анализ концепций использования результатов ОРД в доказывании дает основания для вывода о том, что в своем существе они едины. Независимо от того, предлагают ли их авторы решить проблему напрямую (использовать результаты ОРД в качестве доказательств) или путем легализации, преобразования, трансформации (превращения) результатов ОРД в доказательства, придания им статуса доказательств, признания за ними значения доказательств, их уголовно-процессуальной интерпретации либо перевода в доказательства или привлечения данных результатов в уголовно-процессуальное доказывание, суть их в конечном итоге остается одной и той же - признание в качестве доказательств сведений, полученных оперативно-розыскным путем.

Принимая во внимание сложность разграничения содержания оперативных данных и процессуальных доказательств, исключительное значение правильного решения этого вопроса для совершенствования законодательства, практики оперативных подразделений, органов расследования и суда, остановимся на анализе его прикладного аспекта несколько подробнее.

Так, применительно к показаниям свидетеля их содержание образуют не те, хотя и имеющие

значение для уголовного дела, сведения, которые лицо сообщило органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, в процессе содействия им на конфиденциальной основе, а иные данные, содержащиеся в устном сообщении этого лица, привлеченного в качестве свидетеля, полученном на допросе. Для формирования относимых к уголовному делу и допустимых показаний свидетеля, соблюдения при этом прав и законных интересов граждан будет иметь значение учет всей правовой регламентации допроса как способа собирания данного вида доказательств, начиная с соблюдения оснований допроса, правил вызова свидетеля, обеспечения его правового статуса, обязательности и пределов использования приемов познания и заканчивая выполнением требований, предъявляемых к оформлению протокола допроса (ст. ст. 56, 79, 113, 164, 166, 167, 187 - 191, 264, 274, 278 - 281, 295 УПК РФ) <1>.

<1> Предание гласности сведений о лицах, оказывающих или оказывавших содействие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, допускается лишь с их согласия в письменной форме и в случаях, предусмотренных федеральными законами (ч. 2 ст. 12 Закона об ОРД). При этом в полной мере должна быть обеспечена их безопасность.

Аналогичное положение будет иметь место при формировании такого вида доказательств, как протоколы следственных действий и судебного заседания (ст. 83 УПК РФ) <1>. При производстве, например, таких следственных действий, как осмотр, обыск, предъявление для опознания, следственный эксперимент, выемка, их участники могут непосредственно воспринимать те же обстоятельства и факты (часть этих обстоятельств и фактов), которые уже ранее воспринимались в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий по проверочным закупкам, наблюдению, обследованию помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств, контролю почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, прослушиванию телефонных переговоров, контролируемым поставкам, оперативному эксперименту (п. п. 4, 6 - 10, 13, 14 ч. 1 ст. 6 Закона об ОРД). Но содержание протоколов перечисленных следственных действий образуют не те сведения, которые ранее были получены в результате восприятия участниками указанных оперативно-розыскных мероприятий фактов и обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, а фактические данные, сформированные субъектами следственных действий в ходе непосредственного восприятия ими указанных обстоятельств и фактов в условиях производства соответствующего процессуального действия при условии, что они сохранились на момент его производства.

<1> В связи с формированием на основе результатов ОРД данного вида доказательств в литературе были высказаны критические замечания. Они касались несоответствия таблицы, являющейся приложением к Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд, положениям данной Инструкции (см.: Зажицкий В.И. Трудности представления прокурору органами расследования результатов оперативно-розыскной деятельности // Российская юстиция. 2000. N 1. С. 39). В них, в частности, обращалось внимание на то, что в числе доказательств, которые могут быть сформированы на основе результатов ОРД, в таблице не указаны такие виды доказательств, как показания обвиняемого и подозреваемого, а также протоколы следственных действий. Из этого В.И. Зажицким сделан вывод о том, что "вопреки положению, содержащемуся в п. 4 Инструкции, такие результаты могут служить основой для формирования не всех видов доказательств" (см.: Там же). Относительно приведенного суждения необходимо отметить следующее. Приложение к Инструкции, оформленное в виде таблицы, о которой идет речь, носит иллюстративный, рекомендательный характер. Ее содержание не может противоречить положениям текста Инструкции. Таблица должна применяться не сама по себе, а в единстве с положениями Инструкции. Поэтому отсутствие в таблице прямого указания на то, что на основе результатов ОРД могут быть получены, в частности, протоколы следственных действий и судебного заседания, хотя

и создает определенные трудности для правоприменителя, но вовсе не означает, что этот вид доказательств в данном случае не может быть сформирован. Напротив, в п. п. 4, 7, 14 и 18 Инструкции даны необходимые предписания на этот счет, и именно ими следует руководствоваться в соответствующих случаях на практике, несмотря на то что таблица в этой части содержит определенные пробелы и нуждается в совершенствовании. Новая аналогичная Инструкция не содержит указанной таблицы, что следует отнести к ее недостаткам.

Точно так же содержание заключения эксперта в уголовном процессе образует выводное знание, полученное с применением специальных познаний на основе проведенного им исследования предметов и документов, имеющих значение для уголовного дела, осуществленного при условиях и в порядке, предусмотренных для производства экспертизы (ст. ст. 80, 195 - 207, 282, 283 УПК РФ), а не выводы, к которым пришел специалист в ходе выполнения такого оперативно-розыскного мероприятия, как прав* и документов (п. 5 ч. 1 ст. 6 Закона об ОРД) <1>.

<1> См.: Селиванов Н.А. Вещественные доказательства. М., 1971. С. 77 - 89.

Необходимо отметить, что с введением в УПК РФ нормы о заключении специалиста (ч. 3 ст. 80 УПК РФ) законодатель создал предпосылки для смешения на практике заключения специалиста, полученного в рамках уголовного процесса, с выводами специалиста, сделанными им при осуществлении оперативно-розыскного мероприятия по исследованию предметов и документов (п. 5 ч. 1 ст. 6 Закона об ОРД). Заключение специалиста хотя и представляется в письменной форме, но оно делается не на основе исследования, что свойственно упомянутому оперативно-розыскному мероприятию. В силу этого результаты данного мероприятия не могут заменить заключение специалиста.

Наибольшую сложность представляет проведение различия между содержанием оперативных данных (оперативных доказательств) и содержанием такого самостоятельного вида доказательств в уголовном процессе, как иные документы (ст. 84 УПК РФ). Например, документ, в котором приведены данные радиоперехвата (время начала и окончания радиосеанса, частота, на которой он велся, и т.п.), представленный соответствующим уполномоченным органом следователю по уголовному делу, возбужденному по факту захвата заложников организованной преступной группой, члены которой использовали радиосвязь для координации своих преступных действий, на первый взгляд, является оперативным доказательством, содержание которого полностью совпадает с содержанием и формой такого вида доказательств в уголовном процессе, как иные документы. Однако это поверхностное и в силу этого неверное представление. Указанный документ не является оперативным доказательством, а относится к такому самостоятельному виду доказательств, как иные документы. Процессуальным способом его формирования служит истребование или представление. Иной документ составляется на основании сведений, содержащихся в различных оперативно-служебных документах, например в журнале дежурства подразделения соответствующего уполномоченного органа, рапорте дежурного и т.п. Именно на основе этих оперативно-служебных документов (являющихся оперативными доказательствами) компетентное должностное лицо органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, согласно запросу следователя составит указанный иной документ и представит его. И в рассмотренном случае содержание оперативного доказательства (записи в журнале дежурств, рапорте) нельзя отождествлять с содержанием доказательства в уголовно-процессуальном смысле - иного документа.

Таким образом, только сформированные на основе результатов оперативно-розыскной деятельности в рамках уголовного судопроизводства путем производства следственных и судебных действий доказательства (представляющие собой иные данные, чем те, которые получены в ходе осуществления оперативно-розыскных мероприятий), а не результаты оперативно-розыскной деятельности должны проверяться в соответствии с требованиями УПК РФ и использоваться в

процессе оценки доказательств.

Итак, до настоящего времени в теории, законодательстве и на практике не выработано единого подхода к проблеме использования в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности (далее - результаты ОРД). Часть процессуалистов придерживаются мнения о недопустимости признания за указанными результатами значения доказательств <1>. Другие, напротив, ратуют за безоговорочное придание им статуса доказательств путем внесения соответствующих изменений в УПК РФ <2>.

<1> См., например: Чуркин А. Использование отдельных результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании // Информационный бюллетень военных судов. М., 2003. N 6 (189). С. 22 - 27; Доля Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. М.: Спарк, 1996.

<2> См., например: Бедняков Д.И. Непроцессуальная информация и расследование преступлений. С. 67; Зинатуллин З.З. Уголовно-процессуальное доказывание: Учеб. пособие. С. 103; Лупинская П.А. Основания и порядок принятия решений о недопустимости доказательств // Российская юстиция. 1994. N 11; Кипнис Н.М. Допустимость доказательств в уголовном судопроизводстве. М., 1995. С. 9; Бозров В. Результатам оперативно-розыскной деятельности - статус доказательств в уголовном процессе // Российская юстиция. 2004. N 4. С. 46 - 48.

Наличие противоположных точек зрения, дискуссии по рассматриваемой проблеме - явление нормальное, позитивное, и такое положение следует рассматривать как этап на пути к ее правильному решению. Вместе с тем любая дискуссия должна иметь свой предмет, спорящие обязаны приводить соответствующие аргументы, подтверждающие правильность их позиции и опровергающие доводы оппонентов. В противном случае она окажется малопродуктивной, не будет способствовать решению проблемы.

Одним из сторонников придания результатам ОРД статуса доказательств является В. Бозров, опубликовавший статью под названием "Результатам оперативно-розыскной деятельности - статус доказательств в уголовном процессе" <1>, в которой отстаивается необходимость включения всех результатов ОРД в число доказательств. Само по себе данное мнение не является оригинальным, оно высказывалось и ранее <2>. В связи с этим на нем можно было бы и не останавливаться, если бы не использованная при этом аргументация и избранный автором статьи способ критики процессуалистов, которые придерживаются иного мнения по данной проблеме.

<1> См.: Бозров В. Указ. соч. С. 46 - 48.

<2> См., например: Бедняков Д.И. Указ. соч. С. 67.

Принимая во внимание, что значительная часть критических замечаний, содержащихся в статье В. Бозрова, имеет прямое отношение к концепции формирования доказательств на основе результатов ОРД, обоснованной автором настоящей работы, полагаю необходимым ответить на критику. Но прежде проанализируем аргументы, приводимые автором статьи в обоснование разделяемой им позиции о необходимости придания результатам ОРД статуса доказательств.

Основной из них заключается в том, что "механизм проведения ОРД и получения его результатов непосредственно органом дознания в основе своей такой же, что и механизм однородного следственного действия... Разница лишь в том, что один вид ОРД реализуется прямым применением закона об ОРД, а другой - опосредованно, т.е. через УПК. Чтобы устранить это формальное различие, необходимо включить все результаты ОРД в число доказательств" <1>.

<1> См.: Бозров В. Указ. соч. С. 47.

Действительно, механизм проведения оперативно-розыскного мероприятия "прослушивание телефонных переговоров" (п. 9 ч. 1 ст. 6 Закона об ОРД) и получения его результатов по поручению следователя в основе один и тот же. И в этом смысле разница между ними состоит лишь в том, что первое реализуется прямым применением Закона об ОРД, а второе - опосредованно, через УПК РФ.

Однако, сконцентрировав внимание только на сходстве указанных действий, В. Бозров упустил из поля зрения то важное обстоятельство, что в действительности само по себе представление в уголовный процесс органом, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, результатов ОРД (фонограммы), собранных по поручению следователя, еще не означает появление доказательства. Сама по себе фонограмма является лишь предметом, полученным в рамках ОРД. На ее основе в ходе ее последующего осмотра (с применением соответствующих технических средств) следователем лишь только может быть сформировано вещественное доказательство. Исходя из этого предложение о включении всех результатов ОРД в число доказательств не имеет под собой объективной основы и ведет к дальнейшему смешению оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности, что недопустимо.

В качестве вещественных доказательств недопустимо рассматривать и полученные при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий кассеты с аудиозаписью и видеокассеты. Данные кассеты, представленные дознавателю, следователю, прокурору или в суд, являются лишь предметами, но не доказательствами. На их основе при соблюдении предусмотренного уголовно-процессуальным законом порядка могут быть сформированы вещественные доказательства. Для этого указанные кассеты должны быть осмотрены, например, следователем с участием понятых и применением соответствующих технических средств. В ходе осмотра в результате слухового и зрительного восприятия информации, запечатленной на кассетах, в сознании следователя (и понятых) будут сформированы чувственные образы тех фактов и обстоятельств, которые были запечатлены на кассетах. Из них следователь выберет только те, которые имеют значение для уголовного дела. Сведения о них он отразит в протоколе осмотра данных кассет, и именно они образуют содержание вещественного доказательства. О признании кассет вещественными доказательствами и их приобщении к уголовному делу в качестве таковых должно быть вынесено соответствующее постановление, которым и завершится начатое в уголовном процессе (а не в оперативно-розыскной деятельности) формирование вещественного доказательства. За пределами уголовного процесса в рассмотренном случае происходило формирование предметов (кассет), а не вещественных доказательств.

Не могут служить аргументом в пользу придания результатам оперативно-розыскной деятельности статуса доказательств и решения Президиума Верховного Суда РФ и Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ, в которых полученные в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий аудиозаписи и видеокассеты именуются доказательствами (вещественными доказательствами) <1>. Ссылка на них некорректна не только в силу приведенных выше причин, но и потому, что в действительности при производстве по уголовным делам на основе указанных предметов (аудиозаписей, видеокассет) путем их осмотра были фактически сформированы вещественные доказательства.

<1> См.: Бозров В. Указ. соч. С. 46 - 47.

Законодатель допустил ошибку, отнеся контроль и запись переговоров (ст. 186 УПК РФ) к следственным действиям <1>. По закону следователь сам не осуществляет этого действия. Постановление о его производстве он направляет для исполнения в соответствующий орган

исполнительной власти, наделенный полномочиями по осуществлению оперативно-розыскной деятельности. То есть фактически в данном случае речь идет о производстве по поручению следователя оперативно-розыскного мероприятия органом, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность (п. 4 ч. 2 ст. 38 УПК РФ). После выполнения данного поручения уполномоченный орган должен представить следователю соответствующую фонограмму. Этим создаются лишь предпосылки для последующего формирования на ее основе вещественного доказательства.

<1> Аналогичная ошибка допускается и в юридической литературе. См., например: Смирнов А.В., Калиновский К.Б. Уголовный процесс. СПб.: Питер, 2004. С. 408; Михайловская И.Б. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе. М.: ТК Велби, Изд-во "Проспект", 2006. С. 70; Чечетин А.Е. Актуальные проблемы теории оперативно-розыскных мероприятий: Монография. М., 2006. С. 98.

Таким образом, ст. 186 УПК РФ построена на смешении оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности, находится в противоречии с основами уголовного судопроизводства. Она привносит путаницу в законодательное регулирование уголовно-процессуальной деятельности, создает предпосылки для ее смешения с оперативно-розыскной деятельностью, подмены доказательств результатами ОРД, дезориентирует практических работников. В связи с этим ее следует исключить из текста УПК РФ.

Вместо исправления отмеченной ошибки законодателя В. Бозров предлагает еще больше усугубить ситуацию путем придания оперативно-розыскным мероприятиям значения способов собирания (формирования) доказательств и признания за результатами ОРД статуса доказательств в уголовном процессе. С чем, конечно же, согласиться нельзя.

Данное предложение противоречит самой природе уголовного судопроизводства, системе принципов, на которых оно строится. Его реализация приведет к подрыву единого понятия доказательства, нарушению прав и законных интересов участников уголовного судопроизводства, ликвидации присущей доказыванию системы уголовно-процессуальных гарантий, направленных на защиту личности, общества и государства от преступных посягательств.

По сути, рассматриваемое предложение направлено на признание доказательственного значения за сведениями, полученными в результате негласной оперативно-розыскной деятельности, природа которых отличается от уголовно-процессуальных доказательств.

Однако В. Бозров игнорирует данное различие. Возможность прямого использования результатов ОРД в качестве доказательств по уголовным делам он аргументирует и тем, что само определение доказательств (ч. 1 ст. 74 УПК РФ) соответствует определению результатов ОРД (п. 36.1 ст. 5 УПК) <1>. Сравнение указанных определений свидетельствует об ошибочности этого утверждения.

<1> См.: Бозров В. Указ. соч. С. 48.

Доказательства отличаются от результатов ОРД прежде всего по правовому положению их источников. Источником доказательств всегда выступает лицо, занимающее определенное процессуальное положение - свидетель, обвиняемый, потерпевший, эксперт и т.д. Источником оперативных данных (результатов ОРД) являются субъекты оперативно-розыскной деятельности. Различаются доказательства и результаты ОРД и по содержанию. Если содержание первых связано только с обстоятельствами, имеющими значение для уголовного дела, то содержание вторых значительно шире.

Рассматриваемые понятия отличаются и с точки зрения правового положения субъектов, уполномоченных собирать доказательства и результаты ОРД. Доказательства собираются властными субъектами уголовно-процессуальной деятельности, а результаты ОРД - соответственно, ее властными субъектами. Существенны различия и в способах собирания результатов ОРД и доказательств. Первые собираются в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий, а вторые - путем производства следственных и судебных действий. Поэтому, вопреки мнению В. Бозрова, между доказательствами и результатами ОРД имеются существенные различия, в связи с чем и определение доказательства не соответствует определению результатов ОРД.

Отличие результатов ОРД от доказательств обусловлено различием их правовой природы, которая объективно предопределяет предназначенность и допустимые пределы их использования, не позволяет ставить знак равенства между доказательствами и результатами ОРД.

Однако, несмотря на это объективное препятствие, для уравнивания доказательств и результатов ОРД уголовно-процессуальную форму предлагается привести в соответствие с оперативно-розыскной формой путем внесения изменений в ст. 74 УПК РФ <1>. В подтверждение прогрессивности своего предложения автор ссылается на опыт дореволюционной России, в которой допускалось прямое использование в качестве доказательств агентурных данных при расследовании государственных преступлений. Не будем спорить о корректности в современных условиях использования в решении этого вопроса опыта царской России, но то, что данное предложение не соответствует требованиям теории доказательств и действующему уголовно-процессуальному законодательству, - бесспорно.

<1> См.: Там же.

Одним из требований теории доказательств в уголовном процессе является возможность проверки доказательств (в том числе путем учета возможного влияния источника доказательства на исходящие от него сведения). Ответ на вопрос о том, каким образом в условиях гласного судопроизводства будут проверяться агентурные данные, источник которых составляет государственную тайну, автор этого предложения не дает. А он необходим.

Идея признания за агентурными данными значения доказательств противоречит и действующему законодательству. Согласно п. 2 ч. 2 ст. 74 УПК РФ недопустимыми считаются показания свидетеля, если он не может указать источник своей осведомленности. Коль скоро автор рассматриваемого предложения считает возможным сделать для агентурных данных исключение из этого положения, то об этом следует заявить прямо. Но в этом случае, соблюдая последовательность, в качестве доказательств наряду с агентурными данными необходимо будет признавать любые сведения, неизвестно откуда и как полученные.

Показательно, что В. Бозров предлагает приравнять именно уголовно-процессуальную форму к оперативно-розыскной форме, а не наоборот. Спрашивается: почему? Потому, что при таком подходе оперативно-розыскная деятельность, будучи в этой части облаченной в гласную уголовно-процессуальную форму, утратит свою качественную определенность и предназначенность, что не позволит решать стоящие перед ней задачи. По этой же причине, вопреки мнению В. Бозрова, невозможно решать и задачи доказывания в рамках оперативно-розыскной формы.

Анализируемое предложение не учитывает важного философского положения, согласно которому содержание и форма присущи всем вещам, процессам и явлениям, они взаимообусловлены и существуют в единстве. Это в полной мере распространяется на оперативно-розыскную деятельность, имеющую свое оперативно-розыскное содержание и свою оперативно-розыскную форму, существующие в оперативно-розыскной системе в неразрывном единстве. В рамках оперативно-розыскной деятельности формируются результаты ОРД (сведения, имеющие

значение для данной деятельности), но не уголовно-процессуальные доказательства. Уголовно-процессуальное содержание (доказательств) может формироваться только в уголовно-процессуальной форме. Каждому содержанию соответствует своя форма, и, наоборот, каждой форме соответствует свое содержание. По этой причине уголовно-процессуальную форму привести в соответствие с оперативно-розыскной формой невозможно.

В стремлении обосновать возможность прямого использования результатов ОРД в качестве доказательств автор фактически приходит к отрицанию значения уголовно-процессуальной формы как одной из важнейших гарантий их доброкачественности, соответствия действительности. Он прямо пишет об этом, утверждая, что "гарантия достоверности результатов ОРД заключается не в их способе получения, а в проверяемости..." <1>. С таким утверждением согласиться нельзя.

<1> См.: Там же. С. 47.

Если бы гарантия достоверности результатов ОРД сводилась бы только к их проверяемости, то тогда в качестве доказательств допустимо было использовать и анонимные сообщения, поскольку их можно проверить. Например, анонимный звонок о заложенном в самолете взрывном устройстве может при проверке полностью подтвердиться, но от этого данное анонимное сообщение не становится доказательством. Поэтому, вопреки рассмотренному мнению, уголовно-процессуальная форма является не только одной из важных гарантий доброкачественности формируемых доказательств, но и важнейших гарантий соблюдения прав и законных интересов личности в уголовном процессе. В связи с этим предложение о замене уголовно-процессуальной формы в части агентурных данных оперативно-розыскной формой выглядит не столь безобидным, как полагает его автор. По существу, оно означает не что иное, как ликвидацию указанных процессуальных гарантий, что вряд ли заслуживает поддержки с точки зрения международных демократических стандартов, к которым, как это правильно подмечено в статье, стремится современная Россия.

В основе предложений о признании за результатами ОРД статуса доказательств, приведения уголовно-процессуальной формы в соответствие с оперативно-розыскной формой лежит смешение их автором уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности.

Смешение указанных видов деятельности проявляется, например, в утверждении, что результаты ОРД получаются органами дознания <1>. Этим фактически ставится знак равенства между органами дознания и органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность.

<1> См.: Там же.

В действительности правовая природа данных органов, как и осуществляемой ими деятельности, различны. Различно законодательное регулирование этих видов деятельности, принципы, на которых они основываются, правовой статус их участников, правовые формы, в которых они реализуется. Орган дознания - субъект уголовно-процессуальной деятельности. Орган исполнительной власти, наделенный правом осуществления оперативно-розыскной деятельности, не является субъектом уголовного судопроизводства. Орган дознания как субъект уголовно-процессуальной деятельности вправе проводить только уголовно-процессуальные действия (ч. 2 ст. 40 главы 32 УПК РФ). Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, могут проводить только оперативно-розыскные мероприятия (ст. 1 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности"). Прямым подтверждением этому является и ч. 2 ст. 41 УПК РФ, в соответствии с которой полномочия по проведению дознания не допускается возлагать на то лицо, которое проводило или проводит по данному уголовному делу оперативно-розыскные мероприятия <1>. Поэтому, вопреки мнению В. Бозрова, результаты ОРД получаются не органом

дознания, а субъектом оперативно-розыскной деятельности. Терминологическая неточность, допущенная законодателем (п. 4 ст. 38 УПК РФ), не отменяет самостоятельной правовой природы ни уголовно-процессуальной, ни оперативно-розыскной деятельности.

<1> Следуя предписанию, содержащемуся в ч. 2 ст. 41 УПК РФ, не будет являться нарушением закона возложение полномочий по ведению дознания на сотрудника органа исполнительной власти, наделенного правом осуществления оперативно-розыскной деятельности, проводившего оперативно-розыскные мероприятия по делу оперативного учета, предшествовавшему возбуждению уголовного дела. Отмеченная непоследовательность законодателя ведет к смешению оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности. Запрет, содержащийся в данной норме, должен распространяться и на оперативных работников, которые осуществляли оперативно-розыскные мероприятия и по делам оперативного учета, предшествовавшим возбуждению соответствующих уголовных дел. Положение может быть исправлено путем дополнения ч. 2 ст. 41 УПК РФ текстом следующего содержания: "...или осуществляло оперативно-розыскные мероприятия по делу оперативного учета, предшествовавшему возбуждению этого уголовного дела".

На необходимость проведения четкой грани между процессуальной и непроцессуальной деятельностью, отделения следственных органов от органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, обращали внимание разработчики Концепции судебной реформы в Российской Федерации <1>.

<1> См.: Концепция судебной реформы в Российской Федерации / Сост. С.А. Пашин. М.: Республика, 1992. С. 22, 90.

В статье автор приводит две причины, которые, по его мнению, тормозят использование результатов ОРД в качестве доказательств.

К первой он относит сохраняющийся в процессуальной науке "перманентно тенденциозный подход к результатам ОРД", заключающийся в том, что, "по мнению сторонников этой позиции, допуск результатов ОРД в уголовный процесс в виде доказательств может подтолкнуть правоохранительные органы к широкому нарушению законности" <1>.

<1> См.: Бозров В. Указ. соч. С. 47.

В. Бозров характеризует данную точку зрения как консервативную, поскольку, по его мнению, "само по себе сравнение политико-правовой системы СССР периода репрессий и российской государственности сегодня, ориентированной на международные демократические стандарты, по меньшей мере лишено корректности" <1>. В силу этого он не считает необходимым приводить систему доводов, подтверждающих этот вывод. Отвечая на данное замечание, отметим, что оно беспредметно и надуманно. При этом в отличие от нашего оппонента мы аргументируем свой вывод. В тексте, на который он ссылается, политико-правовая система СССР и современной России не сравниваются. На указанных страницах говорится об имевшей место в царской России и СССР практике прямого использования агентурных данных в качестве доказательств по уголовным делам. Поэтому сравнение именно в этом аспекте представляется правомерным. А вот подмена тезиса в дискуссии некорректна и недопустима.

<1> См.: Там же.

По мнению В. Бозрова, второй причиной, тормозящей развитие процессуального статуса результатов ОРД, является разнобой взглядов ученых относительно правовой природы сведений, полученных оперативным путем. Возражая противникам признания за результатами ОРД статуса доказательств в уголовном процессе, он оценивает доводы некоторых из них как схоластичные, оторванные от реальной жизни, вызывающие сомнения в их полезности как для науки, так и для уголовного судопроизводства <1>. При этом автор не утруждает себя не только анализом взглядов ученых относительно правовой природы сведений, полученных оперативным путем, но и аргументацией тех характеристик, которые он им дает.

<1> См.: Там же.

О несостоятельности упрека в бесполезности для уголовного судопроизводства позиции авторов, возражающих против прямого использования результатов ОРД в качестве доказательств, свидетельствует содержание межведомственной Инструкции "О порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд" <1>. В соответствии с ней результаты ОРД могут быть использованы лишь в качестве основы для формирования доказательств в уголовном процессе. Таким образом, основные положения безосновательно критикуемой В. Бозровым концепции использования результатов ОРД в доказывании по уголовным делам, вопреки его мнению, востребованы практикой. То, что именно эта концепция послужила методологической основой при подготовке указанного нормативного акта, могу засвидетельствовать как один из его разработчиков <2>.

<1> Утверждена Приказом ФСНП России, ФСБ России, МВД России, ФСО России, ФПС России, ГТК России, СВР России от 13 мая 1998 г. N 175/226/336/201/286/410/56, согласованным с Генеральным прокурором Российской Федерации 25 декабря 1997 г. (зарегистрирован в Министерстве юстиции Российской Федерации 3 сентября 1998 г. N 1603).

<2> Именно концепция формирования в уголовном процессе доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности сохранена и в новой Инструкции.

Не может служить аргументом в пользу придания результатам ОРД самостоятельного статуса доказательств и ссылка нашего оппонента на Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 31 октября 1995 г. N 8 "О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия". Содержащаяся в п. 14 указанного Постановления рекомендация относительно прямого использования результатов ОРД в качестве доказательств основана на прежней, утратившей силу к моменту принятия данного Постановления редакции ст. 10 Закона об ОРД. Новый Федеральный закон "Об оперативно-розыскной деятельности" исключил возможность прямого использования результатов ОРД в качестве доказательств по уголовным делам (ч. 2 ст. 11).

Что касается замечания в части возникшего у автора анализируемой статьи сомнения относительно полезности для науки концепции использования результатов ОРД в качестве основы для формирования доказательств, то это его право. Однако именно научный подход требовал от автора указанного замечания не ограничиваться при этом простым и пространным цитированием критикуемой концепции (содержание которой к тому же им было понято неверно и в связи с этим искажено), а сосредоточиться на анализе ее основных положений, свидетельствующих (по мнению В. Бозрова) об их научной бесполезности. Но наш оппонент, видимо, посчитал, что такой подход не соответствует критерию научности, и поэтому ограничился простым отрицанием на уровне лозунга: "Для науки бесполезно, и все тут!".

О том, что В. Бозров не понял существа критикуемой им концепции, свидетельствует его утверждение, согласно которому ее смысл сводится к тому, "что в материалах ОРД есть только сведения, на основе которых можно сформировать доказательства через опосредованное их восприятие свидетелем" <1>. В действительности в процитированном В. Бозровым тексте речь идет не о содержащихся в материалах ОРД сведениях, "на основе которых можно сформировать доказательства через опосредованное их восприятие свидетелем", а совершенно об ином. Об этом свидетельствует оригинал текста: "Так, могут послужить основой для формирования доказательств в уголовном процессе результаты непосредственного восприятия в условиях проведенного оперативно-розыскного мероприятия обстоятельств и фактов, входящих в предмет доказывания по уголовному делу, лицом, оказывавшим конфиденциальное содействие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность" <2>.

<1> См.: Бозров В. Указ. соч. С. 48.

<2> См.: Доля Е.А. О доказательствах, доказывании и использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности по УПК РФ: Научно-практическая конференция "Правовая и криминалистическая оценка нового УПК РФ" // Государство и право. 2002. N 10. С. 113.

Из приведенного текста следует, что основой для формирования доказательств выступают не содержащиеся в материалах ОРД сведения, как полагает наш оппонент, а результаты непосредственного восприятия в условиях проведенного оперативно-розыскного мероприятия обстоятельств и фактов, входящих в предмет доказывания по уголовному делу, лицом, оказывавшим конфиденциальное содействие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность. Именно об этом свидетельствуют и последующие наши рассуждения. В соответствии с ними содержание доказательства, исходящего от данного лица, допрошенного в качестве свидетеля, образуют сведения о воспринятых им в рамках оперативно-розыскного мероприятия фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела <1>. То есть содержание свидетельских показаний в данном случае образуют не сведения, находящиеся в материалах ОРД, а сведения о воспринятых лицом в рамках оперативно-розыскного мероприятия фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, о которых он дал показания на допросе.

<1> См.: Там же.

На допросе следователь воспринимает не сведения, содержащиеся в материалах ОРД, на основе которых, по мнению В. Бозрова, "можно сформировать доказательства через опосредованное их восприятие свидетелем", а другие данные - устное сообщение свидетеля. Трудно понять, почему в данном случае В. Бозров исказил авторскую мысль, приписав ему собственный взгляд по данному вопросу.

К такому приему оппонент прибегает и тогда, когда приписывает нам утверждение о том, что предлагаемый нами вариант использования результатов ОРД в доказывании путем формирования на их основе доказательств является единственно правильным <1>. В действительности в статье говорится о невозможности решения рассматриваемой проблемы исходя из представления существования доказательств в готовом виде. При этом выход из тупиковой ситуации предлагается в рамках другой логики, иного взгляда на доказательства и собирание доказательств <2>. Как видно, ни о каком нашем "единственно правильном" варианте решения рассматриваемой проблемы в статье речи не идет.

<1> См.: Бозров В. Указ. соч. С. 47.

<2> См.: Доля Е.А. О доказательствах, доказывании... С. 113.

Что касается замечания оппонента в части того, что, вопреки нашему мнению, "оперативные данные насыщены объективно существующими сведениями о фактах, входящих в предмет доказывания", то против этого никто и не спорит. В публикации, на которую ссылается В. Бозров, нет и намека на то, что в оперативных материалах отсутствуют сведения о фактах, входящих в предмет доказывания. Наоборот, она пронизана мыслью о том, что в оперативных материалах часто содержатся сведения, имеющие значение для уголовных дел, но их правовая природа иная, чем у доказательств, поэтому они и не могут использоваться в качестве таковых. Чтобы убедиться в этом, достаточно просто внимательно прочесть указанную публикацию, и тогда отпадет необходимость искажать критикуемую позицию. Но, видимо, такой подход не соответствует тому способу критики, который избрал В. Бозров исходя из своих научных представлений <1>.

<1> Об этом также см.: Доля Е.А. Результатам оперативно-розыскной деятельности нельзя придавать статус доказательств в уголовном процессе // Российская юстиция. 2007. N 6. С. 38 - 42.

§ 4. Представление результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд

Закон об ОРД не конкретизирует порядок представления результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовный процесс, не устанавливает он и требований, которым указанные результаты должны отвечать. Обходит молчанием данные вопросы и действующее уголовно-процессуальное законодательство.

В самой общей форме порядок представления результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовный процесс определяется ч. 3 ст. 11 Закона об ОРД <1>. В соответствии с ней он должен осуществляться на основе постановления руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность в порядке, предусмотренном ведомственными нормативными актами. При этом законодатель установил, что результаты оперативно-розыскной деятельности могут служить поводом и основанием для возбуждения уголовного дела, использоваться для подготовки и осуществления следственных и судебных действий <2>, а также в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств.

<1> Обязанность органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, представлять ее результаты в уголовный процесс, а властным субъектам уголовного судопроизводства предоставить право истребовать указанные результаты автор предлагал закрепить в законе еще в 1989 г. См.: Доля Е.А. Доказывание и оперативная работа по уголовным делам. Укрепление законности и борьба с преступностью в условиях формирования правового государства // Сборник материалов Всесоюзной научно-практической конференции на тему "Формирование социалистического правового государства", организованной Институтом государства и права АН СССР, Всесоюзным обществом "Знание" и Союзом юристов СССР. Москва, 29 ноября - 1 декабря 1989 г. М.: Академия наук СССР. Институт государства и права, 1990. С. 129.

<2> Подробнее об этих двух формах использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве см.: Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. С. 177 - 292.

Значительным шагом в развитии нормативного регулирования представления результатов

оперативно-розыскной деятельности в уголовный процесс стало принятие межведомственной Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд <1>, представляющей собой приложение к Приказу ФСНП России, ФСБ России, МВД России, ФСО России, ФПС России, ГТК России, СВР России от 13 мая 1998 г., согласованному с Генеральным прокурором Российской Федерации 25 декабря 1997 г. (зарегистрирован в Министерстве юстиции Российской Федерации 3 сентября 1998 г. N 1603).

<1> Как отмечалось, автор настоящей работы являлся членом рабочей группы, готовившей сначала под эгидой ФСНП России, потом в рамках межведомственной рабочей группы в течение полутора лет данную Инструкцию. В ее основу были положены выводы, к которым он пришел в своей работе относительно возможностей использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании, опубликованной в 1996 г. См.: Доля Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. М.: Спарк, 1996. В частности, рабочей группой были использованы и включены в Инструкцию разработанные и предложенные автором: структура Инструкции; определение понятия результатов ОРД; требования, предъявляемые к содержанию и форме результатов ОРД, представляемых органу дознания, следователю, прокурору или в суд для подготовки и осуществления следственных и судебных действий, в качестве поводов и оснований для возбуждения уголовного дела, основы для формирования доказательств; условия и порядок представления результатов ОРД органам расследования, прокурору или в суд; меры по защите сведений об органах, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и обеспечению безопасности ее участников в связи с представлением и использованием в уголовном процессе результатов ОРД. Поэтому близко к истине суждение М.П. Полякова, когда он пишет о том, что отдельные абзацы Инструкции писались под соответствующую диктовку. См.: Поляков М.П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности: Монография / Под ред. В.Т. Томина. Нижний Новгород: Нижегородская правовая академия, 2001. С. 164 - 165.

После принятия указанной Инструкции для законного и обоснованного использования результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве основы для формирования доказательств в уголовном процессе необходимо было учитывать кроме положений ст. 11 Закона об ОРД также порядок, установленный данной Инструкцией.

Принимая во внимание ту существенную роль, которую сыграла Инструкция в системе действовавшего в тот период нормативно-правового регулирования представления результатов ОРД в уголовный процесс и их использования в нем (включая формирование на их основе доказательств), остановимся на рассмотрении ее структуры и содержания несколько подробнее <1>.

<1> О существенной роли Инструкции в нормативно-правовом регулировании представления результатов ОРД в уголовный процесс и их использования в нем свидетельствует и почти десятилетний срок ее действия.

Инструкция состояла из введения, четырех разделов и приложения. Во введении очерчивался предмет ее регулирования (порядок представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд); определялась правовая основа представления указанных результатов властным субъектам уголовного процесса; устанавливалась обязательность требований Инструкции для сотрудников оперативных подразделений органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность.

В первом разделе давалось нормативное определение результатов оперативно-розыскной деятельности; определялось их назначение; содержалось указание на соответствующие уголовно-

процессуальные нормы и институты, которыми должны руководствоваться сотрудники оперативных подразделений при решении вопросов, связанных с представлением результатов оперативно-розыскной деятельности; формулировалось предписание о том, что результаты оперативно-розыскной деятельности могут служить основой для формирования всех видов доказательств.

Во втором разделе Инструкции излагались требования, которым должны отвечать результаты оперативно-розыскной деятельности, представляемые для решения вопросов о возбуждении уголовного дела, подготовки и осуществления следственных и судебных действий, формирования соответствующих видов доказательств.

В третьем разделе определялись порядок и условия представления результатов оперативно-розыскной деятельности; формулировались требования, предъявляемые к содержанию и форме решений, принимаемых в связи с представлением указанных результатов органу дознания, следователю, прокурору или в суд.

Четвертый раздел Инструкции был посвящен регулированию вопросов, связанных с защитой сведений об органах, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и обеспечением безопасности ее участников.

Инструкция имела приложения в виде таблицы "Документы, оформляемые на проводимые оперативно-розыскные мероприятия (ОРМ), а также документы и предметы, представляемые органу дознания, следователю, прокурору или в суд с результатами ОРМ".

Анализ Инструкции, оперативно-розыскного и уголовно-процессуального законодательства того периода позволяет сделать ряд выводов.

Содержание Инструкции в значительной мере обусловлено структурным несовершенством Закона об ОРД, отсутствием в нем целостного, системного регулирования оперативно-розыскной деятельности в развитии, начиная с простейших, бедных по своему содержанию форм и заканчивая высшими, зрелыми, переходящими в иные качества формами. Это относилось прежде всего к понятию "результаты оперативно-розыскной деятельности", которое широко используется в Законе об ОРД (ст. ст. 10 - 12). Законодатель не сформулировал правовые требования к содержанию и форме результатов оперативно-розыскной деятельности, равно как и требований в целом к понятию оперативных данных.

Между тем именно на получение и проверку оперативных данных направлены все оперативно-розыскные мероприятия, проведение которых предусмотрено Законом об ОРД. Более того, задачи, стоящие перед оперативно-розыскной деятельностью (ст. 2), могут решаться только в процессе формирования, проверки и оценки оперативных данных, принятия на их основе соответствующих оперативных решений. Иного не дано.

Отмеченный недостаток частично компенсировался в п. 1 анализируемой Инструкции, содержащем нормативное определение понятия результатов оперативно-розыскной деятельности, которое отсутствует в Законе об ОРД. Под результатами оперативно-розыскной деятельности в Инструкции понимаются фактические данные, полученные оперативными подразделениями в установленном Законом об ОРД порядке, о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления, о лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление, скрывающихся от органов дознания, следствия и суда, уклоняющихся от исполнения наказания и без вести пропавших, а также о событиях или действиях, создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации.

Приведенное определение результатов оперативно-розыскной деятельности представлялось недостаточно полным. Оно не охватывало сведений о фактах и обстоятельствах, не входящих в

предмет доказывания по уголовному делу, но необходимых для правильной проверки и оценки доказательств в уголовном процессе. Не обладая сведениями о данных фактах и обстоятельствах, невозможно правильно осуществить процесс доказывания, а участникам уголовно-процессуальной деятельности реализовать свои права и законные интересы. Так, например, без знания обстановки, в которой происходило восприятие при проведении оперативно-розыскного мероприятия обстоятельств и фактов, имеющих значение для уголовного дела, в процессе доказывания по уголовному делу возникнут проблемы с проверкой достоверности доказательств, сформированных на основе указанных результатов оперативно-розыскной деятельности.

В этой связи данное в Инструкции определение результатов оперативно-розыскной деятельности (ч. 1 п. 1) противоречило содержанию п. 7 и ч. 3 п. 18 Инструкции, устанавливающих необходимость представления органам расследования, прокурору или в суд данных, позволяющих проверить в условиях судопроизводства доказательства, сформированные на основе результатов оперативно-розыскной деятельности, а также информацию о времени, месте и обстоятельствах изъятия в ходе оперативно-розыскной деятельности предметов и документов, получения видео- и аудиозаписей, кино- и фотоматериалов, копий и слепков, об индивидуальных признаках указанных предметов и документов.

По указанным соображениям представлялось недостаточно полным и определение результатов оперативно-розыскной деятельности, содержащееся в п. 36.1 ст. 5 УПК РФ. В соответствии с ним под результатами оперативно-розыскной деятельности понимаются сведения, полученные в соответствии с Федеральным законом об оперативно-розыскной деятельности, о признаках подготавливаемого, совершаемого или совершенного преступления, лицах, подготавливающих, совершающих или совершивших преступление и скрывающихся от органов дознания, следствия или суда. Следует отметить, что нормативное определение результатов оперативно-розыскной деятельности не должно быть предметом регулирования УПК РФ. Такое регулирование было оправдано в силу его отсутствия в Законе об ОРД.

С учетом изложенного под результатами оперативно-розыскной деятельности представлялось более правильным понимать сведения о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для решения задач, стоящих перед оперативно-розыскной деятельностью, полученные в установленном Законом об ОРД порядке органами, осуществляющими данную деятельность. Предложенное определение результатов оперативно-розыскной деятельности необходимо было закрепить не только в анализируемой Инструкции, но и в Законе об ОРД.

Требования, предъявляемые к результатам оперативно-розыскной деятельности, представляемым органам расследования, прокурору или в суд, порядок их представления в значительной мере зависят от решения вопроса о том, в качестве чего указанные результаты могут использоваться в уголовном процессе.

При подготовке Инструкции ключевым моментом, определяющим требования, предъявляемые к результатам оперативно-розыскной деятельности, представляемым в уголовный процесс, порядку их представления и формирования на их основе доказательств, было решение о том, что в уголовном процессе используются не сведения, полученные в рамках ОРД, а другие сведения - те, которые получены на основе результатов ОРД при формировании доказательств в уголовном процессе. Логическим результатом согласия, достигнутого членами рабочей группы по данному вопросу, явилось восприятие ими тезиса о том, что результаты ОРД следует рассматривать лишь только в качестве основы, на которой в уголовном процессе происходит формирование (собирание) доказательств. Именно после этого у разработчиков появилось не только целостное и системное видение вопросов, которые необходимо было решать в Инструкции, но и сложилось представление о ее структуре, о том, каким образом указанные вопросы должны быть решены.

В основу Инструкции была также положена идея, согласно которой результаты ОРД, представляемые для использования в доказывании по уголовным делам, должны позволять сформировать на их основе доказательства, удовлетворяющие требованиям уголовно-

процессуального законодательства, предъявляемым как к содержанию и форме доказательств в целом, так и к соответствующим видам доказательств. То есть они должны содержать сведения, имеющие значение для установления обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовному делу, указания на источник получения предполагаемого доказательства или предмета, который может стать доказательством, а также позволять проверить и оценить в условиях судопроизводства доказательства, сформированные на их основе (п. 7).

Результаты ОРД могли представляться в уголовный процесс по инициативе органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, либо по требованию органа дознания, следователя, прокурора или суда в связи с уголовным делом, находящимся в их производстве (п. 2 Инструкции).

Согласно Инструкции представление результатов ОРД в уголовный процесс слагалось из ряда действий: вынесения руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, постановления о представлении результатов ОРД органу дознания, следователю, прокурору или в суд; вынесения, при необходимости, постановления о рассекречивании отдельных оперативно-служебных документов, содержащих государственную тайну; оформления сопроводительных документов и фактической передачи материалов (пересылка по почте, передача с нарочным и т.п.).

Постановление о представлении результатов ОРД органу дознания, следователю, прокурору или в суд состояло из трех частей: вводной, описательной и резолютивной. Во вводной части должно содержаться наименование документа, место и время его вынесения, фамилия, инициалы, должность и звание (воинское, специальное) руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность.

В описательной части постановления указывалось, в результате какого оперативно-розыскного мероприятия получены материалы и какие именно, для каких целей они представляются, когда и кем санкционировалось данное мероприятие, наличие судебного решения на его проведение, основания вынесения данного постановления, ссылка на соответствующую часть ст. 11 и ч. 4 ст. 12 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности".

В резолютивной части постановления формулирует вывод руководителя органа о представлении оперативно-служебных документов, отражающих результаты ОРД, соответственно органу дознания, следователю, прокурору или в суд, перечисляются подлежащие направлению документы.

Возможно было представление результатов ОРД органу дознания, прокурору, следователю или в суд в виде обобщенного официального сообщения (справки-меморандума) или в виде подлинников соответствующих оперативно-служебных документов.

Завершающим этапом представления результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовный процесс согласно Инструкции (п. 10) являлось оформление сопроводительных документов и фактическая передача материалов (пересылка по почте, передача с нарочным). Представляемые материалы (результаты оперативно-розыскной деятельности) должна сопровождать информация о времени, месте и обстоятельствах изъятия в ходе оперативно-розыскной деятельности предметов и документов, получения видео- и аудиозаписей, кино- и фотоматериалов, копий и слепков. Она должна также содержать описание индивидуальных признаков указанных предметов и документов (п. 18 Инструкции). Исходя из этого составлять специальный протокол представления, например, видеограммы, полученной в ходе оперативно-розыскной деятельности, следователю, как это иногда предлагается, излишне <1>.

<1> Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. Тольятти: Волжский университет им. В.Н. Татищева, 1997. С. 79. Утверждая, что факт представления и содержания видеограммы должен быть зафиксирован в протоколе ее представления, ибо осмотр для этого непригоден, С.А. Шейфер не приводит аргументов в подтверждение своей позиции.

Согласно закону (ст. 11 Закона об ОРД) и Инструкции (п. 8) представление результатов ОРД должно было осуществляться на основании постановления руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность. Такое решение представляется небесспорным и вызывает возражения. Логичнее, если бы оно принималось соответствующим оперативным работником, ведущим дело оперативного учета <1>.

<1> Данное предложение было высказано впервые в 1999 г. См.: Доля Е.А. Представление результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд // Уголовное право. 1999. N 4. С. 45 - 47.

Решение о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности могло быть реализовано оперативным работником только при наличии согласия руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность. В случае несогласия руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, с постановлением о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовный процесс, он должен информировать об этом прокурора <1>.

<1> Ранее автор работы придерживался несколько иной позиции по данному вопросу. См.: Доля Е.А. Представление результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд. С. 45 - 47. Дальнейший анализ привел автора к необходимости смягчения первоначальной позиции.

В этой части оперативно-розыскное законодательство и Инструкция нуждались в изменении и дополнении.

Предлагаемый порядок в большей мере, чем содержащийся в Инструкции, способствовал бы принятию законных и обоснованных решений о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовный процесс. Он повышал бы ответственность оперативных работников и руководителей за принимаемые решения, усиливал эффективность прокурорского надзора за оперативно-розыскной деятельностью, в большей мере обеспечивал соблюдение и защиту прав, свобод и законных интересов личности, общества и государства как в уголовном процессе, так и в оперативно-розыскной деятельности.

В пользу изложенного порядка представления результатов оперативно-розыскной деятельности можно привести следующие аргументы.

Наиболее полно, в тонкостях, знает дело оперативного учета ведущий его оперативный работник. Именно он, используя правовые знания, решает вопрос о наличии оснований для проведения оперативно-розыскных мероприятий и проводит их. При этом оперативный работник обращает внимание на часть действительности (ее фрагменты), существующие в ней связи, отношения и зависимости (их обрывки), представляющие собой проявление той деятельности, защита от которой возложена на органы, ведущие оперативно-розыскную деятельность.

Воспринимая в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий непосредственно или опосредствованно указанную часть действительности, оперативный работник формирует в своем

сознании образ этой действительности, фиксируя сведения о ней в соответствующих оперативно-служебных документах. Данные сведения и образуют содержание результатов ОРД, представляемых в уголовный процессе для решения вопросов, связанных с возбуждением уголовного дела, подготовкой и осуществлением следственных и судебных действий, формированием на их основе доказательств. При этом оперативный работник еще при подготовке, а потом и осуществлении оперативно-розыскных мероприятий обязан учитывать и принимать во внимание множество факторов, способных оказать влияние на содержание, последующую проверку и оценку формируемых оперативных данных, отражать сведения о них в оперативно-служебных документах. Учет именно этих данных будет необходим в дальнейшем как для проверки и оценки уже сформированных результатов ОРД, так и для собирания, проверки и оценки новых формируемых оперативных данных, принятия на их основе соответствующих оперативных решений. То есть учет указанных данных позволит обеспечить нормальное осуществление последующего оперативного процесса, направленного на решение задач, стоящих перед данным видом деятельности, создание предпосылок для надлежащего использования результатов ОРД в уголовном процессе (включая и решение о представлении результатов ОРД).

Важно отметить, что значение сведений о данных факторах распространяется и за пределы оперативно-розыскной деятельности. Они будут необходимы органу дознания, следователю, прокурору, суду для принятия на основе представленных результатов ОРД обоснованных решений, связанных с возбуждением (или отказом в возбуждении) уголовного дела, подготовкой и осуществлением следственных и судебных действий. Указанные сведения обязательно должны учитываться и при формировании в уголовном процессе на основе результатов ОРД соответствующих доказательств, их последующей проверке и оценке.

Таким образом, содержание решения о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности восходит своими основаниями к оперативно-розыскным мероприятиям. А точнее, к содержанию той части объективной действительности, образующей объект оперативно-розыскной деятельности, связь с которой постоянно непосредственно и опосредствованно на протяжении всей оперативно-розыскной деятельности (включая и принятие решения о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности) осуществляет именно оперативный работник. Данное утверждение не означает, что подобную связь не реализуют соответствующие оперативные начальники - руководители органов, ведущих оперативно-розыскную деятельность. Однако они осуществляют ее со значительно большим количеством опосредствующих звеньев, чем это имеет место у оперативного работника, и не непрерывно, а дискретно, эпизодически - в ходе реализации контроля за действиями оперативного работника.

О необходимости принятия первоначального решения о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности соответствующим оперативным работником говорит и временной фактор. Речь идет об объективной ограниченности времени, отпущенного логикой бытия для принятия рассматриваемого решения. Практика свидетельствует, что малейшее промедление, равно как и поспешность, допущенные при этом, как правило, приводят не только к трудностям в последующем использовании результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе, но и могут обернуться невозможностью или вообще ненужностью их такового использования.

В пользу обоснованности предлагаемого решения рассматриваемого вопроса свидетельствуют и фактические общественные отношения, складывающиеся в практике оперативно-розыскной деятельности. В действительности вынесение проекта мотивированного постановления о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности на практике возлагается на оперативного работника, ведущего дело оперативного учета. И это логично. Тогда почему же содержанию и форме этой объективной логики не следует Закон?

Основной аргумент, приводимый в пользу закрепленного в Законе об ОРД порядка представления результатов об ОРД органу дознания, следователю, прокурору или в суд на основании решения именно руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную

деятельность, чаще всего сводится к утверждению, что оперативные работники не обладают для этого необходимым уровнем правовой подготовки. Руководствуясь данной логикой, следует признать недостаточность уровня правовых знаний оперативного состава и для принятия решений о проведении оперативно-розыскных мероприятий, ведения дел оперативного учета. Однако законодатель в этих вопросах стоит на противоположной позиции.

Как было показано выше, именно при проведении оперативно-розыскных мероприятий формируются оперативные данные, содержание которых в дальнейшем выступает в качестве оснований для принятия решения о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности. По результатам рассмотрения руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, постановления оперативного работника о представлении указанных результатов в уголовный процесс возможны два варианта решения. Соглашаясь в принципе с решением о представлении, соответствующий руководитель может потребовать от оперативного работника приведения в постановлении дополнительной или иной мотивировки. При несогласии с решением, изложенным в постановлении, руководитель органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, может и не утвердить его, и тогда оно не будет иметь юридической силы.

В первом случае при выполнении требований руководителя он утверждает постановление, и результаты оперативной деятельности представляются в уголовный процесс. Подобная ситуация весьма распространена на практике. Она характерна тем, что недочеты, ошибки, допущенные оперативным работником при составлении постановления о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности, могут быть исправлены на момент принятия решения оперативным начальником. Иная ситуация складывается, когда при утверждении постановления руководитель выясняет, что оснований для представления результатов оперативно-розыскной деятельности недостаточно или они вообще отсутствуют. В этом случае, как отмечалось выше, руководитель не утверждает постановление, представленное оперативным работником и о своем решении информирует прокурора.

Таким образом, в обеих ситуациях при следовании предложенному нами порядку принятия решения о предоставлении результатов оперативно-розыскной деятельности сохраняется возможность контроля соответствующим оперативным начальником за законностью и обоснованностью решения, подготовленного оперативным работником. При этом повышается самостоятельность оперативного работника, возрастает его ответственность за обоснованность и законность своих действий, чему вовсе не служит порядок, закрепленный в действующем законе. Он скорее способствует безответственности оперативных работников за результаты своей деятельности, подталкивает их действовать по принципу: "Решение принимаю не я, а начальник". Предлагаемый порядок будет способствовать также повышению требовательности, ответственности и самих руководителей органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность. Он позволит сосредоточить их внимание именно на контроле за соблюдением законности при осуществлении оперативно-розыскной деятельности.

Аналогичный правовой механизм должен быть закреплен в Законе об ОРД, Инструкции и применительно к решению вопросов о представлении указанных результатов органу дознания, следователю, прокурору или в суд в качестве поводов и оснований для возбуждения уголовного дела, а также для подготовки и осуществления следственных и судебных действий.

В связи с изложенным нуждается в уточнения и название ст. 11 Закона об ОРД. Ее целесообразно назвать "Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в интересах уголовного судопроизводства".

Такое уточнение будет корреспондировать содержанию данной статьи. Оно тем более необходимо, что результаты оперативно-розыскной деятельности фактически используются и по другим направлениям.

С учетом изложенного в ст. 11 Закона об ОРД предлагается внести следующие изменения и дополнения:

а) изменить название статьи, изложив его в следующей редакции: "Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в интересах уголовного судопроизводства";

б) в ч. 2 слова "в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств" заменить словами "в уголовном процессе для формирования на их основе доказательств в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации, предъявляемыми к производству соответствующих следственных и судебных действий";

в) ч. 3 изложить в следующей редакции:

"Представление результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд осуществляется с согласия руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность на основании постановления оперативного работника, ведущего соответствующее дело оперативного учета, в порядке, предусмотренном ведомственными нормативными актами. Копия постановления о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности властным субъектам уголовного судопроизводства должна направляться прокурору, соответствующему органу расследования и суду. Руководитель органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, в случае несогласия с постановлением оперативного работника о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовный процесс информирует об этом прокурора".

При наличии сведений об угрозе государственной, военной, экономической и экологической безопасности Российской Федерации, а также в случаях, не терпящих отлагательства и могущих привести к совершению тяжкого преступления, результаты ОРД представляются органу дознания, следователю, прокурору или в суд незамедлительно. При этом оперативным подразделением должны быть приняты меры к предотвращению или пресечению преступления, а равно к закреплению следов преступления.

В случаях, когда использование результатов ОРД в уголовном процессе сопряжено с возможностью возникновения реальной угрозы для безопасности участников оперативно-розыскной деятельности, орган, представивший данные результаты, обязан предусмотреть конкретные меры по их защите. При необходимости указанные меры согласовываются с органом дознания, следователем, прокурором или судом, которым представляются указанные результаты (п. 22 Инструкции).

Необходимо учитывать, что в представлении результатов ОРД органу дознания, следователю, прокурору или в суд могло быть отказано в случаях, когда: невозможно обеспечить безопасность субъектов (участников) оперативно-розыскной деятельности в связи с представлением и использованием данных результатов в уголовном процессе; их использование в уголовном процессе создает реальную возможность расшифровки (разглашения) сведений об используемых или использованных при проведении негласных оперативно-розыскных мероприятий силах, средствах, источниках, методах, планах и результатах оперативно-розыскной деятельности, о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках и о лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, а также об организации и тактике проведения оперативно-розыскных мероприятий, отнесенных законом к государственной тайне (кроме случаев, когда указанные сведения предаются гласности в порядке, установленном Федеральным законом "Об оперативно-розыскной деятельности").

В указанных случаях решение о непредставлении результатов ОРД оформлялось постановлением руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, и

приобщалось к материалам дела оперативного учета или соответствующего номенклатурного дела. О принятом решении уведомлялся инициатор запроса.

Формирование в уголовном процессе на основе результатов ОРД при производстве следственных и судебных действий доказательств, их проверка и оценка осуществляются по общим правилам с учетом особенностей соответствующих видов доказательств и конкретных обстоятельств уголовного дела. При этом от оперативного подразделения органом, в производстве которого находится уголовное дело, могут быть запрошены находящиеся в их распоряжении данные, необходимые для правильной проверки и оценки доказательств, сформированных на основе результатов ОРД.

Нуждалось в уточнении и название четвертого раздела Инструкции. Структуре раздела и логике изложения его содержания в большей мере могла способствовать следующая редакция: "Обеспечение безопасности участников оперативно-розыскной деятельности и защита сведений об органах, ее осуществляющих". Данная редакция позволяла закрепить приоритет защиты личности перед интересами государства.

17 апреля 2007 г. принята новая редакция межведомственной Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд (далее - новая Инструкция) <1>. Следует отметить, что новая Инструкция по ключевым вопросам сохранила преемственность с прежней Инструкцией, и в этом заключается ее положительная сторона.

<1> Утверждена Приказом МВД России, ФСБ России, ФСО России, ФТС России, СВР России, ФСИН России, ФСНК России, МО России от 17 апреля 2007 г. N 368/185/164/481/32/184/97/147 (зарегистрирован в Минюсте России 7 мая 2007 г., регистрационный N 9407).

Наряду с этим по целому ряду позиций она ухудшает нормативное регулирование представления результатов оперативно-розыскной деятельности органам расследования, прокурору или в суд.

Прежде всего это касается понятия результатов оперативно-розыскной деятельности. В новой Инструкции без достаточных к тому оснований из нормативного определения данного понятия исключены сведения о событиях и действиях, создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации. Сделано это путем отсылки к п. 36.1 ст. 5 УПК РФ.

Такое решение находится в прямом противоречии с содержанием ст. 2 Закона об ОРД, согласно которой одной из задач оперативно-розыскной деятельности является добывание информации о событиях или действиях, создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации. Коллизия в данном вопросе между Законом об ОРД и УПК РФ должна быть решена в пользу Закона об ОРД, поскольку именно он, а не УПК РФ регулирует оперативно-розыскную деятельность.

Вызывает возражения и структурное построение новой Инструкции. Ее третий раздел "Требования, предъявляемые к результатам ОРД, представляемым дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд" следовало поменять местами со вторым разделом, который называется "Представление результатов ОРД дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд". Эта структура является неоправданной и нарушающей объективную логику действий, связанных с представлением указанных результатов. В действительности сначала решается вопрос о том, отвечают ли представляемые результаты соответствующим требованиям, и только после этого на практике переходят к их представлению органам расследования, прокурору или в суд. В этой части структуру прежней Инструкции следовало сохранить.

К явному ухудшению нормативно-правового регулирования представления результатов ОРД в уголовный процесс следует отнести исключение из текста новой Инструкции раздела о защите сведений об органах, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и обеспечении безопасности ее участников. Такое решение неоправданно прежде всего с практической точки зрения. Комплекс вопросов, связанных с защитой указанных сведений и обеспечением безопасности участников оперативно-розыскной деятельности, настолько важен и сложен, что с необходимостью требует соответствующего нормативного регулирования в неразрывной связи с остальными разделами новой Инструкции <1>. В прежней Инструкции указанный раздел содержался (раздел 4). Он был далек от совершенства, но это не основание для его исключения из новой Инструкции.

<1> Об актуальности и сложности решения в теории, законодательстве и практике комплекса указанных проблем свидетельствует значительное количество публикаций по данной теме. См., например: Тихонов А. О процессуальной безопасности свидетеля и потерпевшего // Советская юстиция. 1993. N 20. С. 26 - 27; Грибачев В. Свидетелю пора отстреливаться. Российская газета. 30.11.1994; Петуховский А.А. Уголовно-процессуальные аспекты обеспечения безопасности свидетелей, потерпевших и других граждан, содействующих уголовному судопроизводству // Актуальные проблемы расследования преступлений. Труды Академии МВД Российской Федерации. М., 1995. С. 94 - 98. Козлов С.С. О правовом обеспечении государственной защиты сотрудников органов внутренних дел в новых экономических условиях // Проблемы организации и деятельности органов внутренних дел в условиях формирования правового государства. Вып. 2. Белгород, 1996. С. 28 - 30; Зарубежный опыт правового регулирования и практика его применения по вопросам защиты участников уголовного судопроизводства: Сборник правовых актов, организационных документов и информационно-аналитических материалов / Под общ. ред. В.В. Черникова. М., 2000; Зайцев О.А. Государственная защита участников уголовного процесса. М.: Экзамен, 2001; Брусницын Л.В. Правовое обеспечение безопасности лиц, содействующих уголовному правосудию: временной и субъективный аспекты // Государство и право. 1996. N 9. С. 76 - 83; Он же. О порядке применения мер безопасности к лицам, содействующим уголовному правосудию // Государство и право. 1997. N 2. С. 94 - 95; Квашис В.Е. Основы виктимологии. Проблемы защиты прав потерпевших от преступлений. М., 1999; Брусницын Л.В. Обеспечение безопасности лиц, содействующих уголовному правосудию: российский, зарубежный и международный опыт XX века (процессуальное исследование). М., 2001. С. 74 - 83; Он же. Применение норм УПК РФ, обеспечивающих безопасность участников уголовного судопроизводства: Науч.-практ. пособие. М., 2004; Он же. Комментарий законодательства об обеспечении безопасности участников уголовного судопроизводства. М.: Издательский дом Шумиловой И.И., 2005; Преступления террористической направленности: уголовное преследование на досудебных стадиях / Под науч. ред. О.Н. Коршуновой. СПб.: Издательство "Юридический центр Пресс", 2003. С. 119 - 129.

В новой Инструкции отсутствует указание на обязанность сотрудников оперативных подразделений, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, при решении вопросов, связанных с представлением результатов ОРД в уголовный процесс, руководствоваться положениями уголовно-процессуального законодательства, устанавливающими поводы и основания к возбуждению уголовного дела, обстоятельства, подлежащие доказыванию по уголовным делам, доказательства, виды доказательств, порядок собирания и проверки доказательств <1>. Представляется, что такое решение не будет способствовать повышению качества деятельности оперативных работников. Дело в том, что соответствующие правовые ориентиры для принятия решений по указанным вопросам содержатся только в УПК РФ, их нет в оперативно-розыскном законодательстве.

<1> Данное требование содержалось в п. 3 прежней Инструкции.

Пункт 21 новой Инструкции целесообразно дополнить после слов "позволять формировать" словосочетанием "на их основе" (далее - по тексту). Предлагаемое редакционное дополнение будет способствовать более четкому разграничению на практике результатов ОРД и доказательств, исключению возможности прямого использования указанных результатов в качестве доказательств по уголовным делам усилению гарантий законности.

Новая Инструкция не регулирует вопроса незамедлительного представления результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовный процесс. Прежняя Инструкция допускала возможность такого представления в случаях, не терпящих отлагательства и могущих привести к совершению тяжкого преступления, а также при наличии сведений об угрозе государственной, военной, экономической и экологической безопасности Российской Федерации. При этом на оперативное подразделение в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством возлагалась обязанность принять меры к предотвращению или пресечению преступления, а равно к закреплению следов преступления (п. 20). Эти положения следовало сохранить в новой Инструкции.

Включение в новую Инструкцию в виде приложения N 2 образца бланка "Постановления о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору, в суд" вовсе не требовало исключения из ее текста нормативных требований, предъявляемых к вводной, описательной и резолютивным частям данного постановления <1>.

<1> Указанные нормативные требования содержались в п. п. 12 - 15 прежней Инструкции.

В описательной части бланка указанного постановления отсутствует ссылка на ч. 4 ст. 12 Закона об ОРД. Такое решение представляется весьма спорным. Именно данная норма разрешает органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, в случае необходимости представлять властным субъектам уголовного процесса оперативно-служебные документы, отражающие результаты оперативно-розыскной деятельности.

Без достаточных к тому оснований в новой Инструкции отказались от таблицы, в которой приводилось соотношение оперативно-розыскных мероприятий и доказательств, которые могли быть сформированы на основе результатов ОРД, полученных в ходе проведения соответствующих оперативно-розыскных мероприятий. Указанная таблица страдала определенными недостатками, которые следовало устранить и таким образом усовершенствовать ее.

§ 5. Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности

Как отмечалось выше, использованию результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве основы для формирования доказательств предшествует их представление органу дознания, следователю, прокурору или в суд. Согласно действующему Закону оно реализуется в соответствии с постановлением руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность.

В литературе высказано предложение о введении в закон процедуры составления протокола представления доказательств после того, как результаты оперативно-розыскной деятельности поступили в распоряжение органов расследования <1>. Данное предложение противоречиво в своей основе. Его автор, формулируя требования к содержанию указанного протокола, оперирует применительно к представляемым материалам понятиями "документ" и "предмет" <2>. Но при таком подходе логично и последовательно было бы говорить о процедуре представления именно

предметов и документов, но не доказательств.

<1> Шейфер С.А. Указ. соч. С. 74 - 75.

<2> Шейфер С.А. Указ. соч. С. 75.

Основное возражение против введения указанной процедуры состоит в том, что под видом представления доказательств по существу предлагается проводить обычный осмотр предметов и документов. Об этом свидетельствуют требования, которые предлагается предъявлять к содержанию протокола представления доказательств <1>. В нем, по замыслу С.А. Шейфера, должны содержаться сведения о содержании представляемых материалов, позволяющие определить их относимость: "Если речь идет о документе (протоколе оперативно-розыскного мероприятия) - его содержание непосредственно усматривается в тексте документа. Если же представляется предмет (изготовленные оперативным путем фотоснимки, кинофильмы, звуко- и видеозаписи, слепки с орудий преступления), их содержание должно быть уяснено различным путем: изображения и звуковая информация просматриваются и прослушиваются, предметы осматриваются с отражением этих операций в протоколе..." <2>. Однако результаты осмотра закон требует отражать именно в протоколе осмотра (ст. 180 УПК РФ), а не в каком-либо ином процессуальном документе. Никакой новой доказательственной информации предлагаемый протокол представления доказательств по сравнению с протоколом осмотра не несет. Данные о происхождении представленных результатов оперативно-розыскной деятельности также найдут отражение в протоколе их осмотра, будучи взятыми из соответствующих сопроводительных документов, находящихся в уголовном деле.

<1> См.: Шейфер С.А. Указ. соч. С. 75.

<2> Там же.

Отстаивая свою позицию, автор утверждает, "что факт представления и содержание видеограммы должны быть зафиксированы в протоколе ее представления, ибо осмотр для этого непригоден" <1>. Однако каких-либо аргументов в обоснование того, почему осмотр непригоден для отражения содержания видеограммы, автор данного утверждения не приводит. При этом он упускает из виду еще одно существенное обстоятельство. Реализация предложения оформлять процедуру представления материалов, полученных в результате проведения оперативно-розыскных мероприятий, протоколом представления доказательств приведет к удвоению доказательств. Доказательствами будут являться представляемые документы, предметы и сведения, которые будут получены, в частности, при отражении содержания видеограммы в протоколе ее представления <2>.

<1> См.: Шейфер С.А. Указ. соч. С. 79.

<2> Аргументируя свою позицию по данному вопросу, С.А. Шейфер фактически солидарен с авторами, отождествляющими результаты ОРД и доказательства.

По указанным причинам позицию законодателя, не воспринявшего рассмотренное предложение, следует признать обоснованной и последовательной <1>.

<1> Что касается возражений, приведенных С.А. Шейфером относительно нашей позиции в

данном вопросе, то они в свете вышеизложенного представляются необоснованными. Об этом см.: Шейфер С.А. Указ. соч. С. 79.

В зависимости от особенностей отражения в результатах оперативно-розыскной деятельности обстоятельств и фактов, имеющих значение для уголовного дела, на их основе могут формироваться доказательства согласно процессуальным режимам, предъявляемым к соответствующим видам доказательств.

Как свидетельствует практика, чаще всего в качестве основы для формирования доказательств используются результаты оперативно-розыскной деятельности, полученные при проведении оперативно-розыскных мероприятий по прослушиванию телефонных переговоров <1>. Достаточное распространение в этих целях получило и использование результатов оперативно-розыскной деятельности, сформированных в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий с применением видеозаписи <2>. Учитывая, что звукозапись телефонных переговоров и оперативная видеозапись могут при определенных условиях быть использованы для формирования одного и того же вида доказательств - вещественного доказательства, рассмотрим их формирование только на основе оперативной видеозаписи.

<1> Об этом свидетельствуют и многочисленные публикации на эту тему. См., на пример: Данилюк С., Виноградов С., Щерба С. Как прослушать телефонный разговор // Социалистическая законность. 1991. N 2. С. 32 - 33; Комлев В. О порядке прослушивания телефонных переговоров // Социалистическая законность. 1991. N 7. С. 54 - 55; Козусев А. Законность прослушивания телефонных переговоров // Законность. 1993. N 2. С. 9 - 11; Козырев Г. Документирование прослушивания и звукозаписи телефонных и иных переговоров // Законность. 1993. N 4. С. 32 - 36; Стрелец С. Применение Закона "Об оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации" // Законность. 1994. N 4. С. 28 - 29; Он же. Использование данных оперативно-розыскных мероприятий // Законность. 1994. N 11. С. 26 - 27.

<2> Об оперативной видео- и звукозаписи см.: Карнеева Л.М. Доказательственное значение материалов видео- и звукозаписи // Вестник Верховного Суда СССР. 1991. N 7. С. 31 - 32; Давлетов А., Семенцов В. Оперативная видео- и звукозапись // Социалистическая законность. 1991. N 11. С. 37 - 40.

Видеозапись с запечатленными на ней фактами и обстоятельствами, имеющими значение для уголовного дела, отснятая при проведении оперативно-розыскного мероприятия, может на предварительном следствии и в суде послужить основой для формирования вещественного доказательства при соблюдении следующих требований. Видеозапись должна быть официально представлена органом, уполномоченным на ведение оперативно-розыскной деятельности, с соответствующим препроводительным документом. В них должны содержаться сведения о происхождении видеозаписи: времени, месте, условиях и обстоятельствах ее получения, технических характеристиках примененной аппаратуры, лице, осуществившем видеозапись.

Отличительные характеристики видеозаписи, относимые к уголовному делу, ее свойства и состояния должны быть восприняты органами чувств следователя и понятых (судей, других участников уголовного процесса) в ходе ее просмотра с применением соответствующих технических средств, привлечением необходимых специалистов в условиях производства такого следственного (судебного) действия, как осмотр, и надлежащим образом зафиксированы в протоколе. О признании указанных свойств и состояний видеозаписи содержанием вещественного доказательства и его приобщении к уголовному делу необходимо вынести постановление (определение), в соответствии с которым в уголовном деле устанавливается надлежащий правовой режим обращения с данным доказательством (обеспечиваются условия сохранения видеозаписи в неизменном виде, она хранится при деле) <1>.

<1> Излагая вопросы использования в уголовном процессе результатов проведения оперативно-технических мероприятий, М.К. Каретников и В.И. Попов допустили элементы заимствования, не делая необходимых в таких случаях ссылок. См.: Оперативно-розыскная деятельность: Учебник / Под ред. К.К. Горянинова, В.С. Овчинского, А.Ю. Шумилова. М.: ИНФРА-М, 2002. С. 568 - 569.

Указанные выше сведения о происхождении видеозаписи важны не только для ее правильного осмотра, а следовательно, и формирования содержания вещественного доказательства, но и для последующей надлежащей его проверки и оценки.

Содержание вещественного доказательства в рассмотренном примере образуют свойства и состояния видеозаписи, относящиеся к уголовному делу, воспринятые, выделенные участниками осмотра и отраженные в соответствующем протоколе (данные об обстоятельствах и фактах, имеющих значение для дела, запечатленных на видеопленке). Поскольку указанные свойства и состояния неотделимы от видеозаписи (видеопленки) - предмета, то он признается вещественным доказательством как таковой. С данными, относящимися к уголовному делу, характеристиками предметов связывает понятие вещественного доказательства и уголовно-процессуальный закон. Только в силу невозможности их отделения от предметов законодатель в соответствующих статьях оперирует термином "предметы" <1>.

<1> Глубокий анализ содержания и формы вещественных доказательств осуществлен В.Я. Дороховым. См.: Дорохов В.Я. Природа вещественных доказательств // Советское государство и право. 1971. N 10. С. 109 - 114.

Таким образом, результаты оперативно-розыскной деятельности, связанные с указанной видеозаписью, могут использоваться в доказывании по уголовному делу не напрямую, а лишь в соответствии с процессуальным режимом, предназначенным для формирования такого вида доказательств, как вещественные доказательства. При этом вещественным доказательством будут являться не результаты оперативно-розыскной деятельности (видеопленка, полученная в ходе проведения оперативно-розыскного мероприятия), а результаты уголовно-процессуальной деятельности, сформированные при осмотре и вынесении постановления <1>.

<1> В связи с этим критического отношения заслуживает позиция В.А. Лазаревой, которая полагает, что "продолжать настаивать на том, что сведения и предметы, собираемые защитником или представленные органом, проводившим ОРД, приобретают процессуальную форму доказательств лишь после приобщения к уголовному делу постановлением (определением) следователя, прокурора, суда, значит "измышлять реальность". См.: Лазарева В.А. О некоторых обвинительных тенденциях в судебной практике и эмансипации процессуальной формы доказательств // Материалы международной научно-практической конференции "Актуальные проблемы уголовного судопроизводства: вопросы теории, законодательства, практики применения" (к 5-летию УПК РФ). М., 2007. С. 238. Термин "измышлять реальность" (приписывать реальности свойства, которые у нее отсутствуют), скорее, характеризует в данном вопросе позицию тех авторов, которые наделяют предметы свойствами, которыми они в действительности не обладают. Например, предмету, полученному в рамках оперативно-розыскной деятельности, придается значение вещественного доказательства до того, как будет осуществлен его осмотр и вынесено постановление о его признании вещественным доказательством. При этом упускается, что на предмете отсутствуют сведения о фактах и обстоятельствах, значимых для уголовного дела, т.е. то, что и образует содержание любого доказательства. Сведения о значимых для уголовного дела свойствах и состояниях предмета появляются в результате его осмотра в уголовном процессе.

Основное назначение уголовно-процессуальной деятельности состоит отнюдь не в проверке результатов оперативно-розыскной деятельности. В ходе осмотра видеопленки, принятия решения о ее приобщении к делу в качестве вещественного доказательства формируется (собирается и в определенной степени проверяется) вещественное доказательство. Цель проверки результатов оперативно-розыскной деятельности при этом не является ведущей. И только в связи с формированием именно в ходе уголовно-процессуальной, но никак не в оперативно-розыскной деятельности вещественного доказательства можно говорить о его проверке в соответствии с уголовно-процессуальным законом. И не только проверке, но и оценке. Вещественным доказательством, таким образом, становятся не результаты оперативно-розыскной деятельности, а результаты (сведения об относимых к делу свойствах и состояниях предмета - видеопленки), полученные при производстве следственного (судебного) действия. Они подлежат проверке и оценке в уголовном процессе, используются для промежуточных и конечных выводов в доказывании по уголовным делам.

Вызывает возражения позиция, согласно которой результаты оперативно-розыскной деятельности, представляющие наглядно-образное отображение значимых для дела фактов (фото- и киносъемка, видеозапись), должны приобщаться к делу в качестве вещественных доказательств, а звуковое отображение (звукозапись) - в качестве иного документа. Исходя из этого в качестве критерия отличия иных документов от вещественных доказательств предлагается использовать способ передачи информации. При этом утверждается, что в иных документах в отличие от вещественных доказательств она передается с помощью знаков - слов <1>. В действительности правовая природа указанных материалов, полученных оперативно-розыскным путем, будь то фото- и киносъемка, видеозапись, равно как и звукозапись, одинакова. Все они могут служить основой для формирования в уголовном процессе только вещественных доказательств.

<1> Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. Тольятти: Волжский университет им. В.Н. Татищева, 1997. С. 76.

Содержание вещественных доказательств образуют сведения лишь о тех свойствах и состояниях предмета, которые могут быть непосредственно восприняты следователем (понятыми) в условиях его осмотра. Поэтому относимая к уголовному делу своим содержанием звукозапись, доступная непосредственному восприятию (с применением соответствующего технического средства) в условиях осмотра, образует вещественное доказательство, а не иной документ. Одно из существенных отличий уголовно-процессуальной природы иных документов от вещественного доказательства состоит в их предназначенности удостоверять значимые для уголовного дела обстоятельства и факты, имеющие юридическое значение <1>.

<1> Подробнее об особенностях уголовно-процессуальной природы иных документов и вещественных доказательств см.: Дорохов В.Я. Понятие документа в советском праве // Правоведение. 1982. N 2. С. 53 - 60; Он же. Природа вещественных доказательств. С. 109 - 114.

Предложенный в качестве критерия для разграничения вещественных доказательств и иных документов способ передачи информации (наглядно-образный - для фото- и киносъемки, видеозаписи и с помощью знаков-слов - для звукозаписи) неприемлем. Это объясняется еще и тем, что он не даст должного результата в случаях, когда на видеопленке будут запечатлены значимые для уголовного дела обстоятельства, факты одновременно как в виде наглядно-образного отображения, так и в виде знаков-слов. Разделение видеозаписи (как одного предмета) со звуковым сопровождением на вещественное доказательство и иной документ в данном случае невозможно.

Представляется необоснованным и предложение рассматривать материалы оперативной аудио- и видеозаписи в качестве самостоятельного вида доказательств <1>. Данные материалы не обладают особенностями, необходимыми для того, чтобы на их основе был сформирован совершенно новый вид доказательств, отличный от вещественных доказательств.

<1> Макарова Т.А. Использование в ходе предварительного следствия материалов аудио- и видеозаписи: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ижевск, 2004. С. 13 - 14.

Так, характер и объем сведений о преступлении (доказательств), которые могут быть получены (сформированы) на их основе, как и у вещественных доказательств, обусловлен связью свойств и состояний указанных материалов с преступлением, их неотделимостью от предметов (оперативной аудио- и видеозаписи) и возможностями чувственного восприятия данных свойств и состояний в условиях осмотра. Источником доказательств - сведений о свойствах и состояниях аудио- и видеозаписи, имеющих значение для уголовного дела, в любом случае будут являться соответствующий властный субъект, проводящий их осмотр, и понятые. Способом собирания предлагаемого "нового вида" доказательств останется осмотр указанных материалов, который свойствен именно собиранию вещественных доказательств. Отмеченное в полной мере будет относиться и к источнику фактических данных нового вида доказательств - сведения о значимых для уголовного дела свойствах и состояниях рассматриваемых материалов могут быть зафиксированы в соответствующем протоколе осмотра только в письменной форме.

Таким образом, уголовно-процессуальная природа доказательства, сформированного на основе материалов оперативной аудио- и видеозаписи, объективно не может выйти за пределы вещественных доказательств.

Для признания предмета вещественным доказательством необходимо установить его связь с преступлением, т.е. относимость к уголовному делу. Если это невозможно сделать без допроса оперативного работника (обнаружившего предмет в ходе производства оперативно-розыскного мероприятия) или допроса лица, оказывавшего содействие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность (когда это лицо получило данный предмет в результате участия в оперативно-розыскных мероприятиях), то их допрос необходим. В этой связи правильным представляется мнение Б.С. Тетерина о том, что без допроса оперативного работника, представившего предмет, он не будет иметь никакого доказательственного значения <1>.

<1> Тетерин Б.С. О способах собирания доказательств в уголовном процессе // Правоведение. 1964. N 2. С. 71. Позицию Б.С. Тетерина в данном вопросе разделяет и В.И. Зажицкий. См.: Зажицкий В.И. Источники осведомленности в уголовно-процессуальном доказывании // Советская юстиция. 1983. N 8. С. 6 - 8; Он же. Закон об оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации: Комментарий / Под ред. А.Ю. Шумилова. М., 1994. С. 81.

Относимость вещественного доказательства, положенного в основу обвинения, должна быть в процессе доказывания установлена с достоверностью. В этом смысле оно ничем не отличается от других видов доказательств в уголовном процессе. С учетом этого трудно согласиться с Д.И. Бедняковым, полагающим, что для признания предмета вещественным доказательством нет необходимости допрашивать лицо (в том числе оперативного работника), представившее следователю предмет <1>. Данный вывод основывается на анализе случаев, в которых лицо, представившее предмет, по мнению Д.И. Беднякова, не может быть допрошено для объяснения его происхождения. При этом относимость предмета к уголовному делу предлагается определять с помощью других (помимо допроса) процессуальных действий (осмотр, экспертиза, опознание) <2>.

<1> Бедняков Д.И. Указ. соч. С. 119 - 123.

<2> Там же. С. 120.

Действительно, вещественное доказательство проверяется в том числе и путем сопоставления с другими доказательствами, собирания новых доказательств. Однако это не отменяет того, что в деле должна содержаться информация о происхождении предмета и его появлении в уголовном деле. Ведь сами по себе осмотр предмета (вне места его обнаружения), его экспертиза или опознание не могут объяснить того, каким образом предмет вошел в уголовный процесс, откуда и каким образом он появился в уголовном деле. Поэтому миновать "посредственные звенья в формировании доказательства" <1> в данном случае, вопреки мнению Д.И. Беднякова, нельзя. Как нельзя и обойтись без допроса оперативного работника (лица, содействовавшего органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность) в случаях, когда появление предмета (будущего вещественного доказательства) в уголовном деле обусловлено его обнаружением (получением) в условиях того или иного оперативно-розыскного мероприятия <2>.

<1> Бедняков Д.И. Указ. соч. С. 120.

<2> Необходимым допрос лица о всех обстоятельствах обнаружения материалов, полученных им в оперативно-розыскной деятельности и представленных в уголовный процесс, считает П.А. Лупинская. См.: Лупинская П.А. Основания и порядок принятия решений о недопустимости доказательств // Российская юстиция. 1994. N 11. С. 3.

Не может служить аргументом в пользу позиции, отстаиваемой Д.И. Бедняковым, и утверждение, что "критерием допустимости предметов и документов, полученных вне уголовного процесса (в том числе и в ходе ОРД), представленных следователю и принятых им в соответствии с правилами ст. 86 УПК РФ, является не допрос лиц, представивших вещественные объекты, а проверяемость представленного с помощью других процессуальных действий" <1>. Следуя предложенной логике, в качестве допустимых доказательств по уголовному делу необходимо признавать и показания свидетеля, который не может указать на источник своей осведомленности, и анонимное письмо в случаях, когда содержащиеся в них сведения (относимые к уголовному делу) в ходе расследования будут подтверждены другими доказательствами.

<1> Бедняков Д.И. Указ. соч. С. 121.

Не добавляет аргументов в пользу анализируемой позиции и утверждение М.П. Полякова, считающего, что если видеозапись или фотография дают полную картину преступного события, то вопрос должен заключаться не в том, как они попали в уголовное дело (здесь годится формальный ответ - получены в ходе проведения ОРМ), а в подлинности фотоснимка или видеозаписи и в отсутствии монтажа <1>. С данным утверждением нельзя согласиться по двум причинам. Во-первых, видеозапись или фотография не могут дать полной картины преступного события. Во-вторых, для того, чтобы судить о том, что происхождение информации добавляет или не добавляет что-либо в копилку достоверности, как минимум необходимо исследовать процесс ее происхождения.

<1> См.: Поляков М.П. Указ. соч. С. 242.

Неправильно поступают суды, когда не исключают "полученный в ходе ОРД предмет, по поводу которого оперативный работник отказался от дачи показаний под предлогом сохранения служебной тайны, из совокупности доказательств, а используют его в доказывании, если он не противоречит обстоятельствам дела и подтверждается другими доказательствами, полученными процессуальным путем" <1>. Отсутствие в уголовном деле сведений о происхождении предмета, признанного вещественным доказательством, прерывает цепь причинно-следственных связей, совокупность которых только и позволяет сделать достоверный вывод об относимости данного доказательства и, как следствие, всегда порождает неустранимые сомнения в связи предмета с преступлением. Более того, в ряде случаев это может создать почву для подозрений в том, что сформированные таким образом доказательства сфальсифицированы <2>. В связи с этим следует согласиться суждением, высказанным по этому вопросу П.А. Лупинской: "В любом случае неясность по поводу того, как, где и при каких обстоятельствах получен материальный объект, несущий ту или иную информацию, лишает его доказательственной силы" <3>.

<1> Бедняков Д.И. Указ. соч. С. 123.

<2> На данное обстоятельство совершенно обоснованно обращает внимание Б.Т. Безлепкин. См.: Безлепкин Б.Т. Проблемы уголовно-процессуального доказывания // Советское государство и право. 1991. N 8. С. 100 - 101.

<3> См.: Лупинская П.А. Указ. соч. С. 3.

При использовании результатов оперативно-розыскных мероприятий, полученных с применением видео- и аудиозаписи, кино- и фотосъемки, а также других технических средств в качестве основы для формирования вещественных доказательств, на практике возникает вопрос о том, когда выносить постановление о признании материалов видео- и аудиозаписи, кино- и фотосъемки вещественными доказательствами и приобщении их к уголовному делу. Предложения признавать указанные материалы вещественными доказательствами и приобщать их в качестве таковых к уголовному делу лишь после того, как будет осуществлена их проверка <1>, не учитывают уголовно-процессуальную природу вещественных доказательств и особенности процесса доказывания. Ими нельзя руководствоваться на практике.

<1> См.: Давлетов А., Семенцов В. Оперативная видео- и звукозапись // Социалистическая законность. 1991. N 11. С. 39 - 40.

Аналогичной оценки заслуживает и решение по данному вопросу, содержавшееся в проекте Закона "О борьбе с организованной преступностью", отклоненном Президентом Российской Федерации. Согласно ч. 3 ст. 476 данного Закона материалы, полученные при проведении оперативно-розыскных мероприятий с применением технических средств (видео- и аудиозаписи, кино- и фотосъемки), могут быть приобщены к уголовному делу в качестве вещественных доказательств лишь после того, как будет установлено, что они содержат достоверную информацию об обстоятельствах, подлежащих доказыванию. Это весьма спорное решение. Следование ему на практике приведет вообще к исключению вещественных доказательств из процесса доказывания.

Достоверность не входит в понятие доказательства <1>. Если исходить из противоположного, то доказательства вообще не нужно было бы проверять. Между тем доказательство сначала формируется, и уже в ходе его формирования начинается его проверка, в ходе которой только и решается вопрос о достоверности содержащихся в нем сведений. Проверка доказательства (его анализ и синтез, сопоставление с другими доказательствами, собирание новых доказательств,

связанных с проверяемым через отображаемые факты) предполагает оперирование в процессе доказывания именно проверяемым доказательством. Вне проверки доказательства невозможно установить его достоверность. В этом смысле вещественные доказательства ничем не отличаются от других видов доказательств.

<1> Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973. С. 222.

Требование приобщать указанные результаты оперативно-розыскной деятельности в качестве вещественных доказательств к уголовному делу после того, как будет установлена достоверность содержащейся в них информации, ошибочно, потому что оно не учитывает особенностей уголовно-процессуальной природы данного вида доказательств и, в частности, роли постановления, в форме которого принимается решение о признании предмета вещественным доказательством и его приобщении к уголовному делу (ч. 2 ст. 81 УПК РФ).

Содержание вещественных доказательств образуют те свойства и состояния предметов, связанные с обстоятельствами предмета доказывания и побочными фактами, которые неотделимы от них и доступны непосредственному восприятию органов чувств человека в условиях осмотра <1>. Сведения о них отражаются в протоколе осмотра предмета. На сохранение в неизменном виде указанных свойств и состояний и направлено вынесение постановления о признании предметов вещественными доказательствами и их приобщении к уголовному делу. Именно данным постановлением констатируется появление в уголовном деле вещественного доказательства, создается особый правовой режим для обращения с ними в уголовном процессе. Утрата, изменение указанных свойств и состояний или утрата самого предмета, являющегося их носителем, ведет к невозможности установления их связи с преступлением, а следовательно, и утрате вещественного доказательства, если не был произведен надлежащий осмотр предмета. По этим причинам приобщать материалы, о которых идет речь в ч. 3 ст. 476 анализируемого Закона, в качестве вещественных доказательств необходимо сразу же после того, как будет установлена их относимость (вероятная связь с преступлением), до решения вопроса о достоверности. В противном случае в силу изменения или утраты указанных выше свойств и состояний (предмета) проверять, оценивать и использовать в качестве вещественных доказательств может оказаться просто нечего.

<1> Дорохов В.Я. Природа вещественных доказательств. С. 112.

Существует еще одна причина, по которой указанные материалы должны сразу после их осмотра признаваться вещественными доказательствами и приобщаться к делу. На практике при производстве по уголовным делам часто изымается большое количество дискет, документов, которые имеют значение для его расследования и разрешения. Владельцы указанных материалов в целях блокирования расследования могут под надуманным предлогом, например производственной необходимости, требовать их возврата. Признание в таких случаях данных материалов вещественными доказательствами и их приобщение к уголовному делу даст основания для отказа в заявленном ходатайстве. В случае несвоевременного признания изъятых предметов и документов вещественными доказательствами правовое основание для отказа в заявленном ходатайстве и сохранения в уголовном деле названных материалов будет отсутствовать.

На практике могут возникать ситуации, когда соответствующее оперативное подразделение в силу чисто технических причин не может представить в уголовный процесс носитель, на котором первоначально были зафиксированы результаты негласного прослушивания в ходе проведенного оперативно-розыскного мероприятия, например телефонных переговоров, содержание которых имеет значение для расследуемого уголовного дела. И в данных ситуациях возможно формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности. Для

этого оперативное подразделение с применением соответствующих технических средств должно осуществить копирование имеющей значение для уголовного дела информации, содержащейся на указанном носителе. Копия данного носителя с препроводительным документом, содержащим сведения не только о том, при производстве какого оперативно-розыскного мероприятия был получен оригинал указанного носителя, но и о дате, месте, времени копирования, характеристиках технических средств и носителей, использованных при этом, должны быть представлены органам расследования или в суд. На основе этой копии носителя в уголовном процессе может быть сформировано вещественное доказательство при соблюдении требований, предъявляемых к данному виду доказательств.

Через соответствующие виды доказательств при необходимости должны использоваться в процессе доказывания и любые другие результаты оперативно-розыскной деятельности, отражающие обстоятельства предмета доказывания и побочные факты и в силу этого значимые для уголовно-процессуальной деятельности. Так, например, сделанная при проведении оперативно-розыскного мероприятия негласная аудиозапись разговора членов организованной преступной группы, в ходе которого было принято решение о подготовке к совершению убийства, представленная впоследствии следователю, может быть использована в соответствующем уголовном деле не только для собирания вещественного доказательства. При соблюдении ранее упомянутых требований (известность места, времени, условий и обстоятельств ее получения, технических характеристик аппаратуры, примененной в ходе оперативно-розыскного мероприятия) она может послужить основой для формирования и такого вида доказательств, как заключение эксперта, при соблюдении свойственного ему режима собирания и использования в уголовном процессе <1>.

<1> Об использовании результатов прослушивания телефонных переговоров для формирования такого вида доказательств, как заключение эксперта, см.: Демидов И.Ф. Указ. соч. С. 96.

Для этого следователь, в производстве которого находится уголовное дело по обвинению, например, членов организованной преступной группы в приготовлении к совершению убийства, должен вынести мотивированное постановление о назначении акустической экспертизы на предмет идентификации голосов людей, зафиксированных в ходе негласной аудиозаписи. У обвиняемых в приготовлении к убийству с соблюдением соответствующих процедур (ст. 202 УПК РФ) получают образцы голоса, необходимые для сравнительных исследований. В постановлении о назначении экспертизы отражаются основания назначения экспертизы, фамилия эксперта или наименование учреждения, в котором должна быть произведена экспертиза, вопросы, поставленные перед экспертом, перечисляются все материалы, предоставляемые в распоряжение эксперта.

Данное постановление объявляется подозреваемым, обвиняемым, их защитникам, при этом им разъясняются их права при назначении и производстве экспертизы, установленные ст. 198 УПК РФ. Ознакомившись с постановлением, указанные субъекты вправе: заявить отвод эксперту; просить о назначении эксперта из числа указанных ими лиц; ходатайствовать о внесении в постановление о назначении судебной экспертизы дополнительных вопросов эксперту; присутствовать с разрешения следователя при производстве экспертизы и давать объяснения эксперту; знакомиться с заключением эксперта или сообщением о невозможности дать заключение, а также с протоколом допроса эксперта; ходатайствовать перед следователем о производстве следственных действий, направленных на сбор дополнительных материалов, необходимых, по их мнению, для производства экспертизы.

Если заявленные ходатайства обоснованны, следователь обязан их удовлетворить и, соответственно, изменить или дополнить свое постановление о назначении экспертизы. При отказе в ходатайстве следователь выносит мотивированное постановление, которое объявляется

названным субъектам под расписку.

По непонятным причинам С.А. Шейфер усмотрел в возможности использования полученной в рамках оперативно-розыскной деятельности аудиозаписи для формирования на ее основе заключения эксперта (путем производства акустической экспертизы) преобразование данной аудиозаписи (которую он рассматривает в качестве иного документа) в заключение эксперта <1>.

<1> Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. Тольятти: Волжский университет им. В.Н. Татищева, 1997. С. 76, 80.

В отличие от позиции С.А. Шейфера мы рассматриваем, как уже отмечалось, аудиозапись (ее свойства и состояния, доступные непосредственному восприятию в условиях осмотра с прослушиванием) не как иной документ, а как вещественное доказательство. В тех случаях, когда предмет (аудиозапись) обладает другими свойствами и состояниями, значимыми для уголовного дела, которые недоступны непосредственному восприятию в условиях его осмотра (с прослушиванием аудиозаписи), а сведения о них могут быть получены только путем проведения соответствующих исследований с использованием специальных познаний, они устанавливаются в ходе экспертизы. Но при производстве экспертизы получаются данные о других свойствах и состояниях предмета, значимых для уголовного дела, чем те, которые составили содержание вещественного доказательства. Поэтому ни о каком преобразовании вещественного доказательства в заключение эксперта в случае, на который ссылается С.А. Шейфер в своей работе, у нас речь вообще не идет. Следует также отметить, что производство экспертизы в данном случае преследует прежде всего цель собирания нового доказательства - заключения эксперта. Естественно, что производство экспертизы при этом выступает и способом проверки всех других доказательств, связанных с заключением эксперта через отображаемые факты. Однако это не отменяет роли и значения производства экспертизы как способа, предназначенного для формирования самостоятельного вида доказательств - заключения эксперта.

Заключение эксперта как самостоятельный вид доказательств нельзя подменять результатами исследований предметов и документов, проводимых в ходе оперативно-розыскных мероприятий (п. 5 ч. 1 ст. 6 Закона об ОРД). Несмотря на то что их содержание образуют выводные знания специалистов, правовая природа данных действий различна, как и их результаты. Оперативно-розыскные мероприятия, связанные с исследованием предметов и документов, проводятся за рамками уголовного процесса, вне предусмотренных уголовно-процессуальным законом форм. В производстве данных оперативно-розыскных мероприятий не принимает участия обвиняемый. Он не может повлиять на круг и содержание вопросов, которые устанавливаются путем производства таких исследований. Результаты данных исследований не являются доказательствами в уголовно-процессуальном смысле. По указанным соображениям нельзя согласиться с авторами, полагающими, что справки о результатах предварительных исследований предметов, могущих стать вещественными доказательствами, проведенных в различных экспертных учреждениях вне рамок такого следственного действия, как производство экспертизы, будут иметь доказательственное значение как документы <1>.

<1> Арсеньев В.Д., Заблоцкий В.Г. Использование специальных знаний при установлении фактических обстоятельств уголовного дела. Красноярск, 1986. С. 124.

Результаты оперативных исследований не могут войти в уголовный процесс и через такой вид доказательств, как иные документы. Содержание иного документа образуют сведения о фактах, имеющих правовое значение. Выводные знания, полученные в результате оперативных исследований, не отвечают этому требованию. Поэтому трудно согласиться с рекомендацией рассматривать справку о результатах специального исследования, проведенного до возбуждения

уголовного дела, как иной документ (ст. 84 УПК РФ), в случае если в процессе исследования его объект был уничтожен <1>.

<1> Бедняков Д.И. Указ. соч. С. 126.

Результаты оперативно-розыскных мероприятий отражаются в оперативно-служебных документах (ч. 4 ст. 12 Закона об ОРД). Часть из них на практике именуется протоколами оперативно-розыскных мероприятий. Необходимо учитывать юридическую природу этих протоколов и не подменять ими такой самостоятельный вид доказательств, как протоколы следственных действий и судебного заседания, о которых идет речь в ч. 2 ст. 74 и ст. 83 УПК РФ.

В основе протоколов следственных действий и судебного заседания лежат результаты непосредственного восприятия дознавателем, следователем и понятыми (судьями, участниками судебного разбирательства) обстоятельств и фактов, имеющих значение для уголовного дела, в условиях соответствующего следственного или судебного действия. Именно эти результаты образуют содержание данного вида доказательств в уголовном процессе. Основу протоколов оперативно-розыскных мероприятий также образуют результаты непосредственного восприятия обстоятельств и фактов, которые могут иметь значение для разрешения уголовного дела. Но это непосредственное восприятие осуществляется не участниками уголовного процесса и не при производстве следственного или судебного действия, а в ходе оперативно-розыскного мероприятия. И в этом существенное отличие протоколов оперативно-розыскных мероприятий (которые являются самостоятельным видом оперативно-розыскных, но не судебных доказательств) от протоколов следственных действий и судебного заседания.

Кроме того, протоколы следственных действий и судебного заседания формируются властными участниками уголовного процесса в соответствии с весьма детальными требованиями уголовно-процессуального законодательства. Протоколы оперативно-розыскных мероприятий составляются субъектами оперативно-розыскной деятельности на основе оперативно-розыскного законодательства (лишь в общей форме устанавливающего необходимость отражения результатов оперативно-розыскной деятельности в оперативно-служебных документах) и ведомственных нормативных актов, издаваемых органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность. В следственных действиях, при производстве которых формируются указанный вид доказательств, обязательно участие понятых, играющих роль одного из важных гарантов правильности отражения в протоколах хода и результатов данных действий. В суде это обеспечивается присутствием сторон, гласностью разбирательства. Закон не предусматривает участия понятых в оперативно-розыскных мероприятиях. Иное решение противоречило бы самой природе оперативно-розыскной деятельности, ее предмету, принципам, назначению. Оно может привести к утрате качественной определенности данной деятельности - невозможности осуществлять ее быстро (оперативно) и конспиративно, затруднит решение стоящих перед ней задач.

Присутствие понятых, например, не требуется при вручении звукозаписывающей специальной техники лицу, оказывающему содействие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, на конфиденциальной основе, которую он по их заданию использует для фиксации разговора с активным участником организованной преступной группы. Факт вручения указанной техники не нуждается в удостоверении посторонними незаинтересованными лицами (понятыми). Данное обстоятельство фиксируется оперативным работником в соответствующем оперативно-служебном документе. В случае необходимости сведения об этом факте в виде документа с приложенной к нему магнитной записью будут сообщены органам расследования (суду). Удостоверение факта вручения специальной техники лицу, оказывающему содействие на конфиденциальной основе, входит в компетенцию органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность. Законом об ОРД (ч. 3 ст. 6) им предоставлено право использования звукозаписи при проведении оперативно-розыскных мероприятий.

По указанным соображениям отрицательной оценки заслуживают получившие распространение на практике случаи удостоверения понятыми фактов вручения гражданам, оказывающим содействие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, специальной техники и последующих допросов понятых в качестве свидетелей по уголовным делам. Данные лица не воспринимали фактов и обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела. Они не присутствовали при разговорах, которые фиксировались при помощи специальных технических средств. Удостоверение ими факта вручения специальной техники не может рассматриваться и в качестве гарантии получения доброкачественных оперативных доказательств и доказательств в уголовном процессе.

Протоколы оперативно-розыскных мероприятий могут и должны выполнять роль оперативных доказательств в сфере оперативно-розыскной деятельности. Но они не могут и не должны применяться в качестве доказательств по уголовным делам. Оперативно-розыскная природа данных протоколов не меняется от намерения использовать их в доказывании по уголовным делам взамен протоколов следственных действий и судебного заседания. Протоколы следственных действий и судебного заседания не могут формироваться в процессе осуществления оперативно-розыскной деятельности. Правовые режимы формирования и использования указанных протоколов принципиально различны. Именно из этого обстоятельства исходил Конституционный Суд Российской Федерации, отмечая, что "проведение оперативно-розыскных мероприятий, сопровождающих производство предварительного расследования по уголовному делу, не может подменять процессуальные действия, предусмотренные уголовно-процессуальным законом" <1>.

<1> См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 1 декабря 1999 г. N 211-О // СЗ РФ. 2000. N 10. Ст. 1164.

Вместе с тем результаты оперативно-розыскной деятельности, полученные в ходе производства таких оперативно-розыскных мероприятий, как проверочная закупка, наблюдение, обследование помещений, зданий сооружений, участков местности и транспортных средств, контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, прослушивание телефонных переговоров, контролируемая поставка, оперативный эксперимент (п. п. 4, 6, 8 - 10, 13, 14 ч. 1 ст. 6 Закона об ОРД), с применением необходимых технических средств и нашедшие отражение в оперативно-служебных документах, могут быть использованы для формирования на их основе вещественных доказательств. Однако при этом они должны войти в уголовный процесс в соответствии с правовым режимом, предназначенным для собирания данного вида доказательств.

Например, сделанные при производстве оперативного осмотра с применением соответствующих технических средств и мер предосторожности фотоснимки тайника (его содержимого), копии, слепки, сделанные с обнаруженных в нем предметов, могут послужить основой для формирования производных вещественных доказательств, в случае если тайник с находившимися в нем предметами был уничтожен заинтересованными лицами или не сохранился по каким-либо другим причинам на момент производства по соответствующему уголовному делу. Для этого оперативное подразделение должно представить органам расследования данные об оперативно-розыскном мероприятии (наименование, место, время, условия проведения, лицо, его проводившее, технические средства, примененные при этом, условия и порядок их использования, объекты, к которым эти средства были применены) и предметы, полученные при его проведении (фотоснимки, копии, слепки). В процессе осмотра, проведенного по правилам, предусмотренным ст. ст. 176 - 177, 180 УПК РФ, в протоколе должны быть зафиксированы имеющие значение для уголовного дела сведения, полученные в результате непосредственного восприятия следователем (дознавателем) и понятыми перечисленных предметов (их свойств и состояний, имеющих значение для дела). К участию в осмотре может быть привлечен специалист, познания которого необходимы для обнаружения и правильного отражения в протоколе осмотра обстоятельств, имеющих

значение для дела.

Для уточнения обстоятельств, условий обнаружения тайника и его содержимого, получения фотоснимков, копий, слепков может быть вызвано и допрошено в качестве свидетеля лицо (оперативный работник), производившее соответствующее оперативно-розыскное мероприятие, в ходе которого были получены указанные выше предметы.

Подобным образом может войти в уголовный процесс и ксерокопия, снятая с выявленного в ходе контроля почтовых отправлений письма (если оно не сохранилось на момент предварительного расследования), содержащего данные о времени и месте совершения преступления, подготавливаемого организованной преступной группой.

Результаты оперативно-розыскной деятельности, полученные в ходе производства оперативно-розыскных мероприятий, связанных с проверочными закупками, наблюдением, обследованием помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств, контролем почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, прослушиванием телефонных переговоров, контролируемыми поставками, оперативным экспериментом (п. п. 4, 6, 8 - 10, 13, 14 ч. 1 ст. 6 Закона об ОРД), могут быть использованы и в тактических целях - для повышения эффективности подготовки и производства следственных действий, направленных на формирование в уголовном процессе такого вида доказательств, как протоколы следственных действий и судебного заседания (ст. 83 УПК РФ). Указанные результаты могут быть учтены и при выборе наиболее оптимальной методики расследования уголовных дел.

Протоколы оперативно-розыскных мероприятий нельзя использовать в доказывании и в качестве такого самостоятельного вида доказательств, предусмотренного ст. ст. 74, 84 УПК РФ, как иные документы. Результаты оперативно-розыскных мероприятий могут войти в уголовный процесс через данный вид доказательств, но лишь при соблюдении свойственного ему процессуального режима получения и использования.

Излишне категоричным и неточным является утверждение, что действующее уголовно-процессуальное законодательство не предусматривает специальной процедуры составления и приобщения к делу документов <1>. Существуют общие требования, которым должны отвечать иные документы в уголовном процессе. Одним из них является известность автора документа. Такой вывод следует из содержания ст. 84 УПК РФ. В юридической литературе выделен ряд других требований, предъявляемых к содержанию и форме документов вообще и иных документов в частности <2>.

<1> Кокорев Л.Д, Кузнецов Н.П. Указ. соч. С. 161.

<2> Дорохов В.Я. Понятие документа в советском праве // Правоведение. 1982. N 2. С. 53 - 60.

Способами собирания иных документов в уголовном судопроизводстве являются истребование и представление. О представлении письменных документов для приобщения их к уголовному делу упоминается в ч. 2 ст. 86 УПК РФ. Об истребовании справок, иных документов защитником говорится и в ч. 3 данной статьи. Прямо возможность представления и приобщения документов зафиксирована в ч. 1 ст. 285 УПК РФ: "Документы, приобщенные к делу или представленные в судебном заседании, могут быть на основании определения или постановления суда оглашены полностью или частично, если в них изложены или удостоверены обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела". Об истребовании документов идет речь в ч. 1 ст. 271 УПК РФ, регулирующей рассмотрение председательствующим ходатайств в подготовительной части судебного заседания.

Таким образом, уголовно-процессуальный закон не только признает истребование и

представление в качестве способов собирания иных документов, но и устанавливает обязательность их оглашения и приобщения при необходимости к делу. При этом оглашение документов (в стадии предварительного расследования ознакомление с ними властных субъектов уголовного судопроизводства) и их приобщение к делу следует рассматривать в качестве органической, необходимой части способа собирания данного вида доказательств в суде. В этой связи можно говорить лишь о неразвитости способа собирания иных документов на предварительном следствии, но не об отсутствии в законе процедуры их составления и приобщения.

Прав Н.П. Кузнецов, когда утверждает, что акты, справки, составленные в ходе оперативно-розыскных мероприятий, не являются доказательствами <1>. Но по непонятным причинам он отказывается от такого подхода, когда считает, что документы, составленные при производстве оперативно-розыскных мероприятий, можно рассматривать в качестве иных документов <2>. В данном случае правильнее говорить о том, что сведения, содержащиеся в оперативно-служебных документах, могут послужить основой для формирования такого вида доказательств, как иные документы, но сами оперативно-служебные документы использоваться в качестве таковых не могут.

<1> Кокорев Л.Д., Кузнецов Н.П. Указ. соч. С. 163.

<2> Там же.

Трудно согласиться и с мнением, в соответствии с которым большая часть составленных оперативным работником в процессе так называемого общественного документирования актов наблюдения за действиями лиц, замышляющих совершение преступления, актов контрольных закупок, отбора образцов, актов применения фотосъемки, видеозаписи и т.п. полностью отвечают требованиям, предъявляемым к таким источникам доказательств, как иные документы (ст. ст. 74, 84 УПК РФ), поскольку обстоятельства, имеющие значение для дела, изложены и удостоверены в них гражданами и соответствующими должностными лицами <1>. Следуя такой логике, иными документами в уголовном процессе необходимо будет признать и протоколы всех тех действий (включая соответствующую часть протокола судебного заседания), в основе которых лежит непосредственное восприятие их участниками в условиях производства данных действий обстоятельств предмета доказывания и побочных фактов. Например, протоколы обысков, выемок, освидетельствований и т.д. Однако это не так.

<1> Бедняков Д.И. Указ. соч. С. 110 - 116.

Оперативно-служебные документы, составленные по результатам наблюдения за действиями лиц, замышляющих совершение преступления, контрольных закупок, отбора образцов, применения фотосъемки, видеозаписи и т.п., могут быть использованы для формирования на их основе в уголовном процессе такого вида доказательств, как протоколы следственных действий и судебного заседания, однако иными документами их признавать нельзя <1>.

<1> См.: Закон об оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации: Комментарий / Под ред. А.Ю. Шумилова. С. 82.

Весьма непоследовательную позицию в данном вопросе занимает В.И. Зажицкий. С одной стороны, он утверждает, что полученные оперативно-розыскным путем письменные материалы

могут претендовать на роль такого вида доказательств, как иные документы <1>. С другой стороны, считает, что нормы действующего доказательственного права пока не содержат правовых предпосылок относить письменные материалы, в которых фиксируются результаты оперативно-розыскных мероприятий, к документам-доказательствам как средствам доказывания в уголовном процессе <2>. С последним суждением согласиться нельзя. Нормы действующего доказательственного права позволяют рассматривать и признавать в качестве доказательств документы, исходящие от органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и содержащие сведения, полученные в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий. Однако доказательствами (иными документами) они могут быть признаны только в том случае, если будут отвечать требованиям, предъявляемым к данному виду доказательств в уголовном процессе.

<1> См.: Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. С. 354.

<2> Там же. С. 411.

Иной документ, исходящий от органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, хотя и должен быть связан с преступлением, но только текстом, содержащим сведения об обстоятельствах предмета доказывания и побочных фактах. Он не порождается преступлением. Как уже отмечалось, документ создается в процессе закономерной деятельности данного органа, и его содержание, и это необходимо подчеркнуть особо, всегда составляют сведения о фактах, имеющих правовое значение. Одним из обязательных признаков документа является его предназначенность фиксировать или удостоверять факты в пределах той компетенции, которой обладает автор документа. Поэтому содержание документа не может выходить за пределы компетенции должностного лица, его подписавшего. Документ должен быть исполнен буквенным текстом и составлен по установленной форме <1>.

<1> В работе автор основывается на результатах анализа необходимых признаков документа, содержащихся в статье В.Я. Дорохова "Понятие документа в советском праве". См.: Правоведение. 1982. N 2. С. 53 - 60. Разделяя позицию В.Я. Дорохова во взгляде на существенные признаки такого самостоятельного вида доказательств в уголовном процессе, как документы, автор не может согласиться с точкой зрения, согласно которой материалы видео- и звукозаписи, кино- и фотосъемки, полученные при проведении оперативно-розыскных мероприятий, должны рассматриваться как документы. См.: Демидов И.Ф. Указ. соч. С. 97 - 98. Данная точка зрения не учитывает особенности уголовно-процессуальной природы документов как самостоятельного вида доказательств, о которых говорилось выше.

Могут войти в уголовный процесс через такой вид доказательств, как иные документы, например, сведения о времени, длительности, содержании радиопереговоров лиц, осуществивших захват заложников, частоте, аппаратуре, на которой они велись, полученные в результате проведения оперативно-розыскного мероприятия с использованием необходимых технических средств. При этом должны быть соблюдены следующие требования.

Указанные сведения должны быть представлены органам расследования (суду) в виде письменного документа, содержащего данные об оперативно-розыскном мероприятии (его наименование, место, время, условия проведения, лицо, его проводившее, примененные технические средства, условия, порядок их использования и полученные при этом результаты), в ходе проведения которого они были получены. Письменный документ должен исходить от соответствующего государственного органа, на который возложена обязанность применения оперативно-технических средств в предусмотренных законом целях, иметь дату составления,

печать, подпись должностного лица, компетентного удостоверять факты и обстоятельства, о которых идет речь в документе. Возможен и допрос автора документа в качестве свидетеля для уточнения его содержания, если изложенные в нем сведения противоречивы, неполны или неточны. Предмет допроса при этом должен быть ограничен пределами компетенции автора документа.

Если в ходе проведения указанного оперативно-розыскного мероприятия содержание радиопереговоров преступников было записано на магнитофонную пленку, то соответствующая запись должна быть представлена органам расследования (суду). На ее основе, с соблюдением требований, предъявляемых в уголовном процессе к вещественному доказательству, формируется вещественное доказательство, которое используется в доказывании.

Указанная магнитофонная пленка при необходимости может стать объектом акустической экспертизы, проведенной по уголовному делу. В результате будет сформировано такое доказательство, как заключение эксперта.

Таким образом, сама возможность использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам еще не означает, что в любом случае они могут войти в уголовный процесс через такой вид доказательств, как иные документы. Так, сведения о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, воспринятых в ходе проведения оперативно-розыскного мероприятия гражданином, привлеченным на конфиденциальной основе к оказанию содействия органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, не могут войти в уголовный процесс в виде документа, исходящего от данных органов. При необходимости они должны быть получены только посредством допроса этого гражданина в качестве свидетеля в соответствии с правовым режимом, предназначенным для формирования показаний свидетеля <1>.

<1> В литературе отмечается, что допрос в качестве свидетелей официальных сотрудников спецслужб и их агентуры является одной из крупных проблем в германском уголовном процессе. См.: Филимонов Б.А. Указ. соч. С. 107.

Учитывая особенности уголовно-процессуальной природы иных документов, нельзя согласиться с авторами, предлагающими рассматривать результаты оперативно-розыскной деятельности, содержащие звуковое отображение (звукозапись), в качестве иных документов, а те из них, которые содержат наглядно-образное отображение значимых для дела фактов (фото- и киносъемка, видеозапись), - в качестве вещественных доказательств <1>.

<1> См.: Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. С. 76. Более последовательную, но от этого не являющуюся правильной позицию в данном вопросе занимает И.Ф. Демидов, который рассматривает в качестве иных документов не только результаты ОРД, представляющие собой звукозапись, но и видеозапись, кино- и фотосъемку. См.: Демидов И.Ф. Указ. соч. С. 97 - 98.

Ошибочность приведенной точки зрения обнаруживается в ситуации, когда в распоряжение органов расследования и суда будет представлена полученная оперативным путем магнитная пленка, содержащая аудио- и видеозапись обстоятельств и фактов, имеющих значение для уголовного дела. Следуя рассматриваемой рекомендации, на практике часть магнитной пленки, содержащей наглядно-образное отображение значимых для дела фактов (видеозапись), необходимо будет признавать вещественным доказательством. Другую часть пленки, на которой зафиксировано звуковое отображение также значимых для дела фактов, - иным документом.

В данном случае свойства и состояния пленки, отражающие в наглядно-образной и звуковой формах обстоятельства и факты, будут восприняты участниками осмотра пленки (с применением видеомагнитофона). В результате чувственного восприятия в сознании данных участников сформируются мысленные образы обстоятельств и фактов, запечатленных на пленке. При этом они выделят из них те, которые имеют значение для уголовного дела, и сведения о них отразят в протоколе осмотра. Именно так произойдет формирование доказательства, которое завершится признанием пленки вещественным доказательством и его приобщением к уголовному делу особым постановлением.

Правовая природа сведений, отражающих обстоятельства и факты, запечатленные на пленке и в наглядно-образной, и в звуковой форме, одинакова, о чем свидетельствует и единый способ их формирования - осмотр. Поэтому в рассмотренном примере будет сформировано не два (вещественные доказательства и иные документы), как ошибочно полагает С.А. Шейфер, а один вид доказательства - вещественные доказательства.

В качестве основы для формирования в уголовном процессе свидетельских показаний могут быть использованы и результаты оперативно-розыскной деятельности, полученные, например, в ходе осуществления оперативно-розыскного мероприятия по конспиративному наблюдению за обнаруженным помещением, приспособленным организованной преступной группой для хранения предметов и ценностей, полученных преступным путем. Оперативный работник, визуально воспринявший в рамках данного действия факты доставки в помещение предметов и ценностей, в случае необходимости может быть допрошен по соответствующему уголовному делу в качестве свидетеля <1>. Содержание его показаний составят сведения о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, воспринятых им лично в условиях указанного оперативно-розыскного мероприятия: о лицах, посещавших помещение, о времени посещения, о предметах, которые они имели при себе, другие сведения.

<1> Допускает возможность допроса в таком случае оперативного работника в качестве свидетеля и судебная практика. На это прямо указывал в одном из своих постановлений Пленум Верховного Суда СССР. См.: Социалистическая законность. 1959. N 9. С. 3.

К предмету допроса могут относиться и другие обстоятельства, связанные с производством оперативно-розыскного мероприятия, если они необходимы для правильного формирования, проверки и оценки получаемых показаний. Так, в ходе допроса у свидетеля обязательно должны быть выяснены технические данные оптических приборов (условия и порядок их применения), использованных им при конспиративном наблюдении в целях восприятия фактов и обстоятельств, о которых он сообщил на допросе.

В рассмотренных двух случаях допроса в качестве свидетелей субъектов оперативно-розыскной деятельности на практике возникают вопросы, связанные с правомерностью выяснения у них сведений, связанных с такой существенной стороной данного вида деятельности, как конспиративность.

Закон об ОРД устанавливает, что сведения об использованных при проведении негласных оперативно-розыскных мероприятий силах, средствах, источниках, методах, о планах и результатах оперативно-розыскной деятельности, о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и о лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, а также сведения об организации и тактике проведения оперативно-розыскных мероприятий составляют государственную тайну. Они подлежат рассекречиванию только на основании постановления руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность (ч. 1 ст. 12). Согласно ч. 2 этой статьи предание гласности сведений о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную

деятельность, а также о лицах, оказывающих или оказывавших им содействие на конфиденциальной основе, допускается лишь с их согласия в письменной форме и в случаях, предусмотренных Федеральным законом. Сведения, перечисленные в ч. 2 ст. 12, могут быть представлены прокурору и без согласия указанных в ней лиц, в случаях, требующих их привлечения к уголовной ответственности (ч. 3 ст. 21).

Редакция Закона, допускающая возможность представления только прокурору сведений, перечисленных в ч. 3 ст. 21 Закона об ОРД, без согласия указанных в ней лиц, на наш взгляд, несовершенна и требует уточнения. Ее несовершенство обнаруживается, например, при попытке решить вопрос о привлечении к уголовной ответственности оперативного работника, разгласившего сведения о лицах, оказывавших содействие на конфиденциальной основе органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность. В настоящее время, следуя требованиям Закона, невозможно будет доказать факт такого разглашения, если лица, сотрудничавшие на конфиденциальной основе с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, будут возражать против предания гласности таких сведений и исследования обстоятельств, связанных с этим, на предварительном следствии и в суде <1>.

<1> Допускают возможность исследования обстоятельств секретного сотрудничества и при расследовании (судебном разбирательстве) уголовного дела о преступлении, совершенном лицом при оказании негласного содействия органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, Л.Н. Башкатов и В.И. Зажицкий. См.: Закон об оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации: Комментарий / Под ред. А.Ю. Шумилова. С. 112.

Рассматриваемые сведения должны представляться не только прокурору, но и следователю, когда он решает вопрос о привлечении к уголовной ответственности лиц, упомянутых в ч. 3 ст. 21 Закона об ОРД. Кроме того, предоставление таких сведений вряд ли можно ограничивать только случаями, прямо предусмотренными в Законе. Необходимость представления подобных сведений может возникнуть, например, в связи с ходатайствами, заявленными стороной защиты. Как представляется, она должна быть распространена на все случаи, когда данные сведения относятся к обстоятельствам, подлежащим доказыванию по уголовному делу, находящемуся в производстве следователя или суда (ст. 73 УПК РФ).

На практике к допросу свидетелей из числа лиц, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, содействующих ее проведению, прибегают лишь в случаях крайней необходимости, когда исчерпаны традиционные способы доказывания. Такое ограничение обычно объясняется соображениями конспирации. Однако с позиции такого подхода невозможно объяснить существующую тенденцию к отказу от допроса в качестве свидетелей лиц этой категории даже и в тех случаях, когда их допрос не сопряжен с угрозой предания гласности факта их участия в оперативно-розыскной деятельности. Вскрыть причины данной тенденции невозможно без учета ее уголовно-процессуального аспекта.

При допросе указанных лиц и в дальнейшем при проверке и оценке их показаний органы расследования и суд лишены возможности учесть все факторы, могущие сказаться на доброкачественности исходящих от них доказательств, поскольку подлинные обстоятельства, в связи с которыми они стали носителями доказательственной информации, им по существу остаются недоступными. Восприятие данной группой свидетелей имеющих значение для уголовного дела фактов и обстоятельств всегда связано с их конкретной деятельностью по решению оперативных задач. Это порождает у них определенную заинтересованность в ее результатах, вырабатывает их собственное отношение к своей деятельности, ее результатам и деятельности лиц, по отношению к которым осуществляются оперативно-розыскные мероприятия. Все это в дальнейшем может сказаться на содержании их показаний. Поэтому без учета конкретного характера и содержания этой деятельности и обусловленной ею заинтересованности этих лиц органы расследования и суд не смогут правильно сформировать, проверить и оценить их показания, что грозит ошибками в

установлении истины по уголовным делам.

С учетом изложенного ограничение случаев допроса свидетелей из числа лиц указанной категории объясняется трудностями, связанными с формированием, проверкой и оценкой исходящих от них показаний, последовательное проведение которых в уголовном процессе может привести к раскрытию форм и методов оперативно-розыскной деятельности, ее сил и средств.

Положения Закона, направленные на защиту сведений об органах, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность (ч. 1 ст. 12 Закона об ОРД), на наш взгляд, не могут служить основанием для отказа в сообщении суду и следователю указанных сведений и тогда, когда они необходимы для формирования доказательств и осуществления проверки и оценки доказательств, уже имеющихся в уголовном деле. Например, в случаях, если обвиняемый в ходе допроса сообщает о том, что один из соучастников подстрекал его к совершению преступления, действуя при этом якобы по заданию органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и заявляет ходатайство о приобщении к делу соответствующего документа, свидетельствующего о конфиденциальном сотрудничестве данного лица.

Необходимо отметить, что уголовно-процессуальный закон содержит ряд гарантий, направленных на сохранение в тайне таких сведений. Допускается производство закрытого судебного разбирательства (ст. 241 УПК РФ). На предварительном следствии от участников уголовного процесса может быть отобрана подписка о недопустимости разглашения данных предварительного расследования (ст. 161 УПК РФ) <1>. Именно на эти средства и способы защиты государственной тайны в уголовном судопроизводстве указал в приведенном выше Постановлении Конституционный Суд Российской Федерации.

<1> См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 марта 1996 г. по делу о проверке конституционности ст. ст. 1 и 21 Закона Российской Федерации от 21 июля 1993 г. "О государственной тайне" в связи с жалобами граждан В.М. Гурджиянца, В.Н. Синцова, В.Н. Бугорова и А.К. Никитина. Вместе с тем трудно согласиться с утверждением, содержащимся в данном Постановлении, о том, что сохранность государственной тайны в уголовном судопроизводстве обеспечивается также нормами Положения об адвокатуре РСФСР, утвержденного Законом РСФСР от 20 ноября 1980 г., которыми предусматривалась обязанность адвоката хранить профессиональную тайну, не допускать проступков, не совместимых с пребыванием в коллегии, быть образцом безукоризненного поведения (ст. ст. 13, 16).

В связи с этим вызывает возражения точка зрения, согласно которой от гражданина, оказывавшего на конфиденциальной основе содействие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, нельзя на допросе получать сведения о фактах, которые стали ему известны в результате указанного сотрудничества <1>. Следуя ей, необходимо будет признать, что на предварительном следствии и в суде вообще невозможно исследовать обстоятельства и факты, составляющие какую-либо тайну (включая и государственную). Но уголовно-процессуальный закон свидетельствует об обратном. Как уже отмечалось, он прямо предусматривает необходимость проведения закрытого судебного разбирательства в интересах охраны государственной или иной охраняемой федеральным законом тайны (п. 1 ч. 2 ст. 241 УПК РФ). Закрытое судебное разбирательство допускается и в других случаях (п. п. 2 - 4 ч. 2 ст. 241 УПК РФ). Обстоятельства, составляющие не только государственную, но и любого иного рода тайну, могут стать объектом разбирательства на предварительном следствии и в суде во всех случаях, когда они входят в предмет доказывания или связаны с побочными фактами.

<1> Зажицкий В.И. Вопросы доказательственного права // Советская юстиция. 1992. N 19 - 20. С. 4. В связи с этим излишне категоричным выглядит утверждение В.И. Зажицкого о том, что лица,

сотрудничающие или сотрудничавшие на конфиденциальной основе с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, не должны допрашиваться в качестве свидетелей. См.: Закон об оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации: Комментарий / Под ред. А.Ю. Шумилова. С. 83.

Не исключает полностью возможности предания гласности, например, сведений о лицах, сотрудничающих или сотрудничавших на конфиденциальной основе с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, и Закон об ОРД. Части 1 и 2 ст. 12 данного Закона хотя и относят данные сведения к государственной тайне, но содержит оговорку, что они могут быть преданы гласности только с письменного согласия этих лиц и в случаях, предусмотренных федеральными законами. К таким случаям, на наш взгляд, должны быть отнесены и ситуации, связанные с необходимостью сообщения подобных данных суду или органам расследования, когда это диктуется потребностями формирования на основе результатов оперативно-розыскной деятельности доброкачественных судебных доказательств, их надлежащей проверки и оценки в уголовном процессе.

В связи с этим предлагается ч. 2 ст. 11 Закона об ОРД дополнить вторым абзацем следующего содержания: "Представление результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовный процесс для формирования на их основе доказательств обязывает органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, сообщать дознавателю, следователю, прокурору или в суд информацию, необходимую для проверки и оценки указанных доказательств". В аналогичной корректировке нуждается и уголовно-процессуальное законодательство.

Еще раз отметим, что решение о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовный процесс принимается субъектами данной деятельности. Именно на них прежде всего лежит обязанность просчитывать все возможные последствия, связанные с формированием в уголовном процессе на основе этих результатов доказательств, их последующей проверкой и оценкой. По этой причине нельзя согласиться с оценкой нашей позиции о возможности допроса конфидентов, штатных негласных сотрудников и вхождения добытой ими информации в уголовный процесс только через их показания, например, как свидетелей, как крайности <1>.

<1> См.: Егоршин В.М., Зорин В.В. Соотношение оперативно-розыскной информации и доказательств в уголовном судопроизводстве // Основы оперативно-розыскной деятельности: Учебник для юридических вузов / Под ред. В.Б. Рушайло. 4-е изд., стер. СПб.: Лань, 2002. С. 650 - 651. В приведенной оценке В.М. Егоршин и В.В. Зорин допускают неточность, утверждая, что при этом имеет место вхождение в уголовный процесс информации, добытой субъектами оперативно-розыскной деятельности. В данном случае информация, полученная в рамках оперативно-розыскной деятельности, не выходит за ее пределы. В рамках уголовного процесса в ходе производства следственных и судебных действий происходит формирование иной информации, образующей содержание доказательств.

Если изначально решение о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовный процесс принято субъектами оперативно-розыскной деятельности, то этим презюмируется их согласие на представление всей оперативной информации, необходимой для формирования на основе этих результатов доказательств, их проверки и оценки. Это положение должно обязательно приниматься во внимание субъектами, принимающими решение о представлении результатов ОРД в уголовный процесс. В противном случае такое решение будет необоснованным.

Формирование, проверка и оценка доказательств осуществляются не по правилам оперативно-розыскного законодательства, а согласно процедуре уголовного судопроизводства (ч. 2 ст. 1 УПК РФ). И эту процедуру наряду с положениями оперативно-розыскного законодательства

субъекты оперативно-розыскной деятельности непременно должны учитывать, принимая решение о представлении результатов ОРД. Если по оперативным соображениям органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, не готовы пойти на расшифровку, например, оперативных сил и средств, которая диктуется логикой доказывания, то в этом случае они не должны представлять указанные результаты в уголовный процесс. В противном случае именно они создают объективные предпосылки для допросов указанных субъектов оперативно-розыскной деятельности при производстве по уголовным делам.

Несомненно, что положения закона, направленные на обеспечение интересов охраны государственной тайны в уголовном судопроизводстве, нуждаются в развитии и совершенствовании. Косвенным подтверждением этому служит и позиция Конституционного Суда Российской Федерации, который в упомянутом выше Постановлении указал, что законодатель вправе устанавливать и иные способы защиты государственной тайны в уголовном судопроизводстве, которые, однако, должны носить уголовно-процессуальный характер и быть соизмеримыми как со значимостью охраняемой тайны, так и с правовым статусом соответствующих участников уголовного процесса. На то обстоятельство, что процедура закрытого судебного разбирательства не гарантирует сохранения в тайне указанных сведений, так как они становятся известны подсудимому, его представителю, гражданскому истцу, ответчику и другим лицам, обращалось внимание и в литературе <1>.

<1> См.: Бедняков Д.И. Указ. соч. С. 122; Смыслов В.И. Свидетель в советском уголовном процессе. М., 1973. С. 35 - 38.

Особого внимания заслуживает комплексная разработка системы мер (прежде всего правовых) по охране прав и законных интересов лиц, оказывающих или оказывавших на конфиденциальной основе содействие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность. В УПК РФ имеет смысл в общей форме очертить круг случаев, в которых сведения, составляющие государственную и иного рода тайну, должны сообщаться участникам уголовного процесса, сформулировать дополнительные гарантии охраны тайны на стадии предварительного расследования и в суде. Однако несовершенство действующего законодательства не может служить основанием для отказа на практике в предоставлении указанных сведений органу расследования, прокурору и суду, когда это диктуется интересами правосудия <1>.

<1> Противоположную позицию в данном вопросе занимает Д.И. Бедняков. См.: Бедняков Д.И. Указ. соч. С. 121 - 122.

В последние годы предпринят ряд попыток, направленных на обеспечение охраны интересов государственной тайны в уголовном процессе <1>. Так, в проекте Общей части УПК Российской Федерации, подготовленным авторским коллективом под руководством С.А. Пашина, предлагалось рассматривать в качестве доказательств показания "руководящего сотрудника органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, относительно событий, непосредственно воспринимавшихся его подчиненными или сотрудничающими с ним лицами, известных ему по их донесениям или с их слов".

<1> Об этом см.: Морозюк В. Гласность и тайна следствия // Законность. 1995. N 6. С. 50 - 51.

В соответствии с проектом данные показания могут быть использованы в качестве доказательств "для решения вопроса о задержании лица и принудительном производстве следственных действий, подтверждения необходимости их безотлагательного производства, а

также подтверждения обстоятельств, указывающих на намерение подозреваемого или обвиняемого скрыться от органа, ведущего уголовный процесс, либо на намерение кого бы то ни было скрыть имущество от возможного наложения на него ареста" <1>.

<1> См.: Российская юстиция. 1994. N 9. Ст. 153.

Указанные показания руководящего сотрудника органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, в принципе нельзя называть свидетельскими показаниями, но об этом ниже. Пока же отметим, что трудно представить, как на практике можно будет выполнить предлагаемое предписание, например, в части использования показаний руководящего сотрудника для принятия решений о производстве неотложных следственных действий. Потребность в принудительном производстве неотложных следственных действий, как правило, возникает непосредственно перед их осуществлением. В таких условиях получение показаний от руководящего сотрудника органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, для решения вопроса о необходимости производства данных действий будет означать фактический отказ от их производства. Неотложные следственные действия потому и считаются неотложными, что любая отсрочка с их производством может привести к утрате доказательств <1>.

<1> Данное обстоятельство учитывает законодатель при определении неотложных следственных действий (п. 19 ст. 5 УПК РФ).

Неотложные следственные действия, как и другие следственные действия, представляющие собой способы собирания доказательств, могут производиться не только на основании доказательств, но и на основании результатов оперативно-розыскной деятельности, о чем прямо свидетельствует содержание ч. 1 ст. 11 Закона об ОРД. Поэтому нет смысла создавать дополнительные правовые требования для использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовном процессе.

Еще одна попытка решить проблему сохранения в тайне непосредственного источника информации и конкретных обстоятельств ее получения была предпринята в проекте Федерального закона Российской Федерации "О борьбе с организованной преступностью", который был отклонен Президентом Российской Федерации в конце 1995 г. Согласно ч. 4 ст. 476 данного Закона при необходимости сохранения в тайне непосредственного источника информации и конкретных обстоятельств ее получения подлинность соответствующих результатов оперативно-розыскной деятельности подтверждает должностное лицо, руководящее оперативно-розыскной деятельностью в соответствующем специализированном подразделении, которое может быть допрошено в качестве свидетеля по мотивированному постановлению прокурора или определению суда.

Допрашивать в качестве свидетеля указанное должностное лицо о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, которые воспринимались подчиненными ему штатными негласными сотрудниками или гражданами, оказывавшими содействие на конфиденциальной основе, недопустимо. В противном случае сразу возникает вопрос: о чем должностное лицо будет давать показания. О том, что оно слышало от других лиц, или о том, что изложено этими лицами в соответствующих оперативно-служебных документах. Ведь само должностное лицо не воспринимало обстоятельства и факты, имеющие значение для уголовного дела. Необходимо допрашивать первоисточников этих сведений. Они являются свидетелями и должны допрашиваться в качестве таковых <1>. В рассматриваемом случае показания должностного лица вообще не являются доказательством. Действующий закон прямо запрещает использовать в качестве доказательств фактические данные, сообщаемые свидетелем, если он не может указать источник своей осведомленности (п. 2 ч. 2 ст. 75 УПК РФ).

<1> Анализируемое предложение, которое созвучно предложению, содержащемуся на этот счет в ч. ч. 2, 3, 4 ст. 153 проекта Общей части УПК РФ, подготовленного авторским коллективом под руководством С.А. Пашина, критиковалось и в периодической печати. См.: Ларин А.М. Новый проект УПК: удобен для следствия и опасен для граждан // Известия. 12.10.1994; Петрухин И.Л. Осторожно: президентское ГПУ! // Независимая газета. 15.10.1994.

Реализация на практике предлагаемого решения приведет к тому, что из поля зрения сторон и суда выпадет этап, связанный с формированием и получением информации, относящейся к делу, до того, как она стала известна должностному лицу. При этом стороны и суд будут лишены возможности учесть факторы, которые могли оказать и часто оказывают влияние на доброкачественность сведений, составляющих содержание показаний должностного лица. В результате показания такого свидетеля не будут подвергнуты в уголовном процессе надлежащей проверке со стороны лица, производящего дознание, следователя, прокурора и суда, как того требует закон (ст. 80 УПК РФ).

Непреодолимые трудности в процессе доказывания возникнут с проверкой и оценкой доказательств, источники которых в анализируемом законе предлагается не раскрывать (ч. 5 ст. 476, ч. ч. 1, 2 ст. 477), и в случае отвода судом вопросов подсудимого, защитника и других участников уголовного процесса, направленных на установление личности свидетеля, потерпевшего, специалиста, эксперта, понятых (ч. 5 ст. 477). Отклонение судом указанных вопросов будет означать не что иное, как фактический отказ от надлежащей проверки и оценки доказательств, неравноправие сторон в судопроизводстве.

Не чем иным, как только фактическим отказом от учета факторов, объективно влияющих на достоверность показаний свидетелей, можно объяснить и предусмотренную ст. 475 анализируемого Закона возможность лишения обвиняемого или его защитника права на ознакомление со сведениями о личности свидетеля. Данный запрет не только ограничит установленные Конституцией Российской Федерации право обвиняемого на защиту, равноправие сторон, но и создаст непреодолимые трудности для всестороннего, полного и объективного исследования обстоятельств уголовного дела. На практике его реализация будет означать невозможность полноценной проверки доказательств, а следовательно, и неизбежные ошибки в их оценке, связанные с принятием на их основе необоснованных и незаконных решений по уголовным делам.

Предлагаемые решения чреваты и для безопасности лиц, оказывающих содействие органам, осуществляющим оперативно розыскную деятельность, на конфиденциальной основе, а также безопасности штатных негласных сотрудников данных органов. Их реализация создает лишь видимость обеспечения защиты сведений об используемых или использованных при проведении негласных оперативно-розыскных мероприятий силах, средствах, источниках, методах, планах и результатах оперативно-розыскной деятельности, о лицах, внедренных в организованные преступные группы, о штатных негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и о лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, а также об организации и о тактике проведения оперативно-розыскных мероприятий, о которых идет речь в ст. 12 Закона об ОРД. Исходя из содержания свидетельских показаний руководящего должностного лица, показаний лиц, личность которых предлагается не раскрывать, соответствующие заинтересованные лица без особого труда установят подлинные источники информации, из которых она была получена.

Когда результаты оперативно-розыскной деятельности имеют значение для уголовного дела и орган, осуществляющий оперативно-розыскную деятельность, решил представить их в распоряжение органов расследования прокурора и суда для использования в качестве основы при формирования того или иного вида доказательств, он должен быть готов к тому, что доказательство, собранное при этом, будет подвергнуто в уголовном процессе, как и любое другое

доказательство, тщательной, всесторонней и объективной проверке и оценке в совокупности со всеми доказательствами, собранными по уголовному делу. Конечно, органы расследования должны учитывать при этом специфические условия работы органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, с тем чтобы использование ее результатов не наносило ущерба оперативно-розыскной деятельности <1>.

<1> См.: Ларин А.М. Расследование по уголовному делу. Планирование, организация. С. 116.

Если органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, не готовы пойти на то, чтобы представить следователю, в частности, данные о лицах, от которых были получены сведения, имеющие значение для уголовного дела, или не могут обеспечить безопасность источников доказательств в условиях гласного судопроизводства, они не должны представлять результаты оперативно-розыскной деятельности органам расследования, прокурору и суду. Данное обстоятельство совершенно обоснованно было учтено в п. 26 Инструкции "О порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд". Новая Инструкция не учитывает этого, что следует расценить в качестве ее существенного недостатка.

На практике возникает вопрос, связанный с правомерностью предъявления в ходе допроса обвиняемому (подозреваемому), свидетелю (потерпевшему) предметов и документов, полученных в ходе негласных оперативно-розыскных мероприятий. Отдельные авторы рекомендуют знакомить допрашиваемого с предметами и документами, полученными в ходе оперативно-розыскных мероприятий, без объяснения их происхождения и отражения в протоколе факта такого ознакомления <1>. С таким решением нельзя согласиться.

<1> См.: Бедняков Д.И. Указ. соч. С. 109.

Протокол допроса, как и протокол любого следственного действия, должен отражать ход следственного действия и обнаруженные при его производстве существенные для дела обстоятельства (ч. 4 ст. 166 УПК РФ). Неотъемлемым элементом содержания любого следственного действия является последовательность его проведения. Протокол должен отражать не только результаты, но и ход проведенного следственного действия. Анализируемая рекомендация не учитывает и право допрашиваемого вносить в протокол замечания о его дополнении и уточнении, которые подлежат обязательному занесению в протокол (ч. 6 ст. 166 УПК РФ). Как быть, если допрашиваемое лицо потребует отразить в протоколе факт предъявления ему указанных предметов и документов (полученных в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий) и объяснить их связь с расследуемым уголовным делом?

Предъявлять допрашиваемым лицам можно только те предметы и документы (в том числе и полученные в результате проведения оперативно-розыскных мероприятий), о происхождении которых в материалах уголовного дела имеются соответствующие сведения. Предметы и документы, неизвестно где обнаруженные и неизвестно от кого полученные, предъявлять допрашиваемым нельзя. Факт предъявления в ходе допроса любых предметов и документов подлежит обязательному отражению в протоколе.

При использовании в доказывании по уголовным делам результатов оперативно-розыскной деятельности, полученных с применением специальных технических средств, на практике определенную трудность вызывает и решение вопросов, связанных с обязательностью и пределами представления органам расследования и суду данных о технических характеристиках указанных средств. В значительной мере это обусловлено тем, что согласно Закону об ОРД сведения об используемых или использованных при проведении негласных оперативно-розыскных

мероприятий средствах составляют государственную тайну и подлежат рассекречиванию только на основании постановления руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность (ч. 1 ст. 12).

Прежде чем ответить на поставленные вопросы, проанализируем положения уголовно-процессуального закона, регулирующие применение технических средств при производстве следственных действий. Закон устанавливает, что при производстве следственных действий могут применяться технические средства и способы обнаружения, фиксации и изъятия следов преступления и вещественных доказательств (ч. 6 ст. 164 УПК РФ).

Прямо о необходимости указания в протоколе данных о технических средствах, примененных при производстве следственного действия, условиях и порядке использования, объектах, к которым эти средства были применены, и полученных результатах говорится в ч. 5 ст. 166 УПК РФ. Причем в ч. 8 ст. 166 УПК РФ зафиксировано, что "к протоколу прилагаются фотографические негативы и снимки, киноленты, диапозитивы, фонограммы допроса, кассеты видеозаписи, носители компьютерной информации, чертежи, планы, схемы, слепки и оттиски следов, выполненные при производстве следственного действия". В протоколе должно быть, кроме того, отмечено, что перед применением технических средств об этом были уведомлены лица, участвующие в производстве следственного действия.

В ч. 4 ст. 190 УПК РФ, посвященной протоколу допроса, отмечается, что если в ходе допроса проводилось фотографирование, аудио- и (или) видеозапись, киносъемка, то протокол допроса должен также содержать: запись о проведении фотографирования, аудио- и (или) видеозаписи, киносъемки; сведения о технических средствах, об условиях фотографирования, аудио- и (или) видеозаписи, киносъемки и о факте приостановления аудио- и (или) видеозаписи, киносъемки, причине и длительности остановки их записи; заявления допрашиваемого лица по поводу проведения фотографирования, аудио- и (или) видеозаписи, киносъемки; подписи допрашиваемого лица и следователя, удостоверяющие правильность протокола.

Чем же руководствовался законодатель, устанавливая необходимость отражения в протоколе следственного действия данных о технических средствах, примененных при его производстве, условиях и порядке их использования? Представляется, что в основе такого решения лежит забота о формировании доброкачественных доказательств, получаемых с применением соответствующих технических средств, возможности их проверки и оценки в условиях гласного судопроизводства.

При формировании доказательств - производстве следственных (судебных) действий могут быть использованы только те технические средства, которые обеспечивают неискаженное отображение имеющих значение для уголовного дела фактов и обстоятельств, их фрагментов (или сведений о них). Технические средства, не соответствующие этому требованию, не могут быть использованы при производстве следственных действий. Указание в протоколе на примененное техническое средство (его характеристики) позволяет всем участникам уголовного процесса убедиться в соблюдении требования соответствия технического средства требованиям ГОСТа, установленного для данного вида техники, и осуществить тем самым контроль за качеством формируемого доказательства.

Однако сведения о характеристиках технического средства, примененного при производстве следственного действия, нужны не только для формирования доброкачественного доказательства. В совокупности с данными об условиях и порядке его использования они в не меньшей мере необходимы для осуществления правильной проверки и оценки полученного доказательства. Без этих данных не обойтись при воспроизведении результатов киносъемки, видеозаписи или звукозаписи в целях проверки запечатленных на них фактов и обстоятельств в условиях иного следственного или судебного действия, для чего необходимо применение аппаратуры с техническими характеристиками, схожими с той, на которой проводилась соответствующая съемка или звукозапись. Данные о технических характеристиках, например фотоаппаратуры, условиях, при которых производилась фотосъемка, нужны и для того, чтобы в случае необходимости установить

по фотоснимку, сделанному при осмотре места происшествия, действительные размеры предметов, имеющих значение для уголовного дела, данные о которых можно получить по фотоснимку.

На законодательном уровне применение видеозаписи, кино-, фотосъемки и звукозаписи при проведении оперативно-розыскных мероприятий в "целях обнаружения признаков преступления и лиц, его совершивших, выявления фактических данных, которые могут быть использованы в качестве доказательств по уголовному делу после их проверки в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством", впервые было предусмотрено Законом СССР от 12 июня 1990 г. В дальнейшем Закон об ОРД установил возможность использования в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий информационных систем, видео- и звукозаписи, кино- и фотосъемки, а также других технических средств, не наносящих ущерб жизни и здоровью людей и не причиняющих вред окружающей среде (ч. 3 ст. 6).

Указанный Закон в отличие от УПК РФ ничего не говорит о необходимости приведения в соответствующих оперативно-служебных документах данных о технических характеристиках этих средств, условиях и порядке их применения при производстве оперативно-розыскных мероприятий. Вместе с тем эти данные имеют существенное значение и для самой оперативно-розыскной деятельности - собирания доброкачественных оперативных данных (оперативных доказательств), их проверки и оценки, принятия на их основе законных и обоснованных промежуточных и итоговых решений. В связи с этим имеет смысл дополнить ч. 3 ст. 6 Закона об ОРД требованием о необходимости отражения в материалах дела оперативного учета данных о технических средствах, примененных при производстве оперативно-розыскных мероприятий, условиях и порядке их использования, объектах, к которым эти средства были применены, и полученных при этом результатах. В этой же части указанной статьи следует отметить, что к материалам дела оперативного учета, отражающим проведение оперативно-розыскных мероприятий, должны быть приложены фотографические негативы, снимки, киноленты, диапозитивы, фонограммы, кассеты видеозаписи, носители компьютерной информации, чертежи, планы, схемы, слепки и оттиски, выполненные при их производстве.

Роль данных о характеристиках технических средств, условиях и порядке их применения при производстве оперативно-розыскных мероприятий приобретает особое значение для собирания, проверки и оценки судебных доказательств, сформированных на основе негласных результатов оперативно-розыскной деятельности, полученных с использованием специальных технических средств.

Прежде всего, они необходимы для того, чтобы при производстве следственного или судебного действия (как правило, таковым будет являться осмотр результатов видео- или аудиозаписи, кино- или фотосъемки, представленных органом, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность) применить аппаратуру с надлежащими техническими характеристиками, позволяющими не только воспроизвести соответствующую запись, съемку без искажений, но и не привнести при этом в них какие-либо необратимые изменения.

Применение при осмотре в рамках уголовного дела технических средств с иными характеристиками, чем те, которые применялись при проведении оперативно-розыскного мероприятия, может привести к тому, что при воспроизведении произойдет искажение фактов и обстоятельств (сведений о них), запечатленных на соответствующих носителях, и как следствие возникнут затруднения в определении их значимости для уголовного дела. Использование несоответствующей аппаратуры чревато и тем, что в физические свойства носителей при этом могут быть внесены изменения, которые не только затруднят впоследствии воспроизведение информации, запечатленной на них, но и вообще исключат такую возможность.

Наконец, нельзя исключить, что информация, содержащаяся на представленных носителях, вообще не будет использована в доказывании по уголовным делам из-за того, что ее нельзя будет воспроизвести из-за неизвестности характеристик необходимого для этого технического средства.

Вероятность наступления указанных последствий будет весьма велика в случаях, если оперативные подразделения не представят органам расследования и суду данные о технических средствах, использованных ими при производстве оперативно-розыскных мероприятий для обнаружения, фиксации фактов и обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, или сообщат, как это предлагают некоторые практические работники, вымышленные сведения о них.

Следует отметить, что отрицательные последствия сообщения органам расследования или суду вымышленных данных о характеристиках технических средств, использованных при производстве оперативно-розыскных мероприятий, условиях и порядке их применения могут быть еще более пагубными, чем в случае непредставления указанных данных.

Вымышленные данные обязательно дадут о себе знать при проверке доказательства, сформированного на основе использования результатов оперативно-розыскной деятельности. Это может проявиться прежде всего в несоответствии содержания проверяемого доказательства вымышленным сведениям о характеристиках технического средства, условиях и порядке его применения. Например, в результате экспертизы, проведенной по требованию защитника с привлечением соответствующих специалистов, будет сделан вывод о невозможности получения оперативного фотоснимка с помощью технического средства, параметры которого (вымышленные) сообщил орган, сотрудники которого сделали этот фотоснимок в ходе проведения соответствующего оперативно-розыскного мероприятия.

Дело в том, что между содержанием фотоснимка (четкостью изображения, видимыми на нем деталями) и характеристиками фотоаппаратуры, пленки, примененными для съемки, условиями производства съемки, существуют объективные зависимости, по которым специалисты без особого труда сделают вывод о соответствии или несоответствии фотоснимка данным об аппаратуре, на которой он был сделан, параметрам фотосъемки, условиям, в которых она производилась. Аналогичные зависимости существуют и между содержанием видео- и аудиозаписи, киносъемки и характеристиками соответствующих технических средств и носителей, использованных для их получения, условий, в которых происходило применение данных средств.

Таким образом, сообщение вымышленных данных о технических средствах (равно как и условиях, порядке и результатах их использования), примененных при проведении оперативно-розыскных мероприятий, результаты которых используются для формирования судебных доказательств, обязательно будет установлено в процессе доказывания по уголовному делу со всеми вытекающими отсюда последствиями - обвинением органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, в фальсификации доказательств, стремлении оказать влияние на деятельность правоохранительных органов, вмешательство в осуществление правосудия.

По указанным причинам органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, представляя в уголовный процесс результаты оперативно-розыскных мероприятий, полученные с использованием технических средств, обязаны сообщать реальные данные о характеристиках данных средств, условиях и порядке их применения, необходимые для формирования на их основе доброкачественных доказательств, их проверки и оценки. При этом ни в коем случае нельзя допускать сообщение органам расследования и суду вымышленных данных не только о технических средствах, но и условиях и порядке их применения в ходе осуществления оперативно-розыскных мероприятий.

Анализ проблемы использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам позволяет сделать некоторые обобщения и высказать рекомендации, способствующие законному и обоснованному принятию решений об этом.

Принятие решения об использовании результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовному делу должно включать не только положительные ответы на вопросы, связанные с относимостью к уголовному делу данных, содержащихся в делах оперативного учета, невозможностью без них установить существенные обстоятельства, выбором вида доказательства,

через который они будут введены в уголовный процесс, но и представление органам расследования (суду) сведений, необходимых для формирования, проверки и оценки соответствующих видов доказательств. Отрицательный ответ хотя бы на один из перечисленных вопросов должен вести к отказу от использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовному делу. Вместе с тем это не исключает возможности их использования для поиска возможных источников судебных доказательств, выработки оптимальной тактики производства следственных действий и методики расследования.

Согласно Закону представление результатов оперативно-розыскной деятельности органам расследования или в суд должно осуществляться на основании постановления руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, в порядке, предусмотренном ведомственными нормативными актами (ч. 3 ст. 11 Закона об ОРД).

Для того чтобы не упустить всю совокупность вопросов, имеющих значение для принятия обоснованного и законного решения об использовании рассматриваемых результатов в указанных целях, в постановлении об их представлении органам расследования или суду должно быть указано: время и место его вынесения; основания (со ссылкой на Закон об ОРД) представления результатов оперативно-розыскной деятельности органам расследования или суду; какие конкретно результаты, в каком объеме и какого оперативно-розыскного мероприятия представляются; какой вид доказательств в уголовном процессе предполагается сформировать на основе представляемых результатов; меры, которые в случае необходимости будут приняты для обеспечения безопасности участников оперативно-розыскной деятельности, допрос которых сопряжен с использованием ее результатов в доказывании по уголовному делу. Такой подход позволит на практике решать рассматриваемый сложный вопрос с позиции целостного представления обо всем последующем процессе формирования доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности, упростит контроль за обоснованностью и законностью принимаемых в связи с этим решений.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Проведенное исследование свидетельствует о том, что в теории, законодательстве и на практике не выработано единого, комплексного подхода к разрешению проблемы использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам. Разнобой в теории не позволяет законодателю сформулировать непротиворечивые правовые формы, способствующие правильному и эффективному решению на практике всего комплекса вопросов, связанных с использование результатов оперативно-розыскной деятельности, прежде всего при формировании на их основе доказательств в уголовном судопроизводстве. Об этом прямо свидетельствует содержащийся в уголовно-процессуальном законодательстве запрет на использованием в процессе доказывания результатов оперативно-розыскной деятельности, если они не отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам (ст. 89 УПК РФ). Такое решение фактически блокирует саму возможность использования результатов оперативно-розыскной деятельности в указанных целях, поскольку, как было показано выше, результаты оперативно-розыскной деятельности в принципе не могут отвечать требованиям, предъявляемым к доказательствам в уголовном процессе.

О противоречивости подхода законодателя в данном вопросе свидетельствует и разнобой между соответствующими нормами уголовно-процессуального закона и Закона об ОРД (ст. 89 УПК РФ и ст. 11 Закона об ОРД). Противоречивое законодательство порождает и противоречивую, неэффективную практику использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам, ведет к ошибкам, нарушению прав и свобод граждан, ослаблению защиты личности, общества и государства от преступных посягательств.

Преодолению существующих в теории, законодательстве и на практике негативных тенденций в решении проблемы использования результатов оперативно-розыскной деятельности

в доказывании могут способствовать сформулированные и обоснованные в работе следующие выводы и предложения:

1. Существо доказывания в уголовном судопроизводстве не сводится только к установлению обстоятельств, подлежащих доказыванию по уголовным делам. Господствующее в теории, законодательстве и практике уголовного процесса представление о том, что доказывание является одной из разновидностей процесса познания, цель которого - установление обстоятельств, предусмотренных ст. 73 УПК РФ, неполно выражает содержание данной деятельности. При таком подходе за пределами доказывания оказывается реализуемая властными субъектами судопроизводства (при участии других субъектов) деятельность по преобразованию действительности.

Под доказыванием следует понимать не только познание (установление обстоятельств, подлежащих доказыванию), осуществляемое с помощью доказательств, но и одновременно происходящее при этом преобразование действительности, выражающееся в создании новых общественных отношений, реализуемых по мере формирования, проверки и оценки доказательств. При этом происходит развитие (преобразование) и самого познающего субъекта уголовно-процессуальной деятельности, его сознания, охватывающего (познающего) все более полно и точно по мере развития данной деятельности познаваемую часть действительности. Правильное познание в процессе доказывания невозможно без преобразования действительности. Прогрессивное преобразование действительности невозможно без ее правильного познания.

Отмеченная сторона процесса доказывания существует в действительности. Ее выделение имеет теоретическое и прикладное значение. Учет данной стороны доказывания позволяет более глубоко исследовать процесс познания по уголовным делам, выявить новые моменты, характеризующие доказывание, создает предпосылки для его более точного законодательного регулирования, повышения эффективности уголовного судопроизводства в целом.

Выделение в доказывании преобразующей стороны имеет мировоззренческое и методологическое значение для субъектов уголовного судопроизводства. Руководствуясь предложенным подходом, например, властные субъекты будут не просто следовать в процессе доказывания за фактами и обстоятельствами совершенного преступления, познавая их, но и осознавать себя творцами новых общественных отношений, направленных на преобразование окружающей действительности в направлении, необходимом для надлежащего решения задач уголовного судопроизводства, а следовательно, и прогрессивного развития личности, общества и государства.

2. Доказательств как сведений, на основе которых властные субъекты в порядке, определенном УПК РФ, устанавливают наличие или отсутствие обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, ни в природе, ни в обществе в готовом виде не существует. Доказательства - это всегда результат познавательно-преобразующей деятельности властных субъектов уголовного судопроизводства, осуществляемой при участии иных субъектов данной деятельности.

3. Учитывая теоретическое значение понятия вида доказательства, важную роль, которую играет его учет в деле надлежащего регулирования законодателем всех видов доказательств, его значение для осуществления правоприменителями эффективного формирования, проверки и оценки доказательств в уголовном процессе, представляется целесообразным дать его нормативное определение в УПК РФ.

4. Общепризнанное в теории уголовного процесса понимание первоначальной части процесса доказывания как собирания доказательств неверно выражает содержание деятельности, которую оно предназначено отражать. Термин "собирание доказательств" искажает реальный процесс возникновения доказательств, предполагая их существование в готовом виде. В действительности при производстве следственных и судебных действий, результатом которых

являются доказательства, имеет место не собирание, а формирование доказательств.

Понятие "формирование доказательств" точно отражает и выражает деятельность, соответствующую первой части процесса доказывания. Оно позволяет учесть активную роль познающего субъекта (его сознания) в отражении преступления на чувственном уровне познания. При таком подходе становится возможным выделить и проанализировать процесс поэтапного возникновения в ходе производства соответствующих следственных и судебных действий относимых к делу сведений (доказательств). Понятие "формирование доказательств" позволяет выразить самое существенное, присущее данной части доказывания, не упустить происходящего при этом возникновения, развития, движения в сознании познающих субъектов знаний о преступлении от начала чувственного восприятия, через формирование соответствующих мысленных образов и отражения сведений о них в протоколах.

Термин "формирование доказательств" имеет теоретическое и прикладное значение. Он позволяет конкретизировать идею развития применительно к первоначальной части доказывания, корреспондирует преобразующей составляющей процесса доказывания в целом. Его использование способствует более глубокому исследованию рассматриваемой части доказывания, создает предпосылки для более точного ее правового регулирования, а следовательно, и повышения эффективности деятельности по реализации этой части доказывания.

Под формированием доказательств следует понимать осуществляемую в установленном УПК РФ порядке деятельность властных субъектов уголовного судопроизводства по восприятию (непосредственному или опосредствованному) в условиях производства следственных и судебных действий обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, созданию их мысленных образов и отражению сведений о них в соответствующих протоколах. Иные участники уголовного судопроизводства могут, исходя из своих процессуальных интересов, принимать участие в формировании доказательств путем реализации предоставленных им прав.

5. Понимание первоначальной части процесса доказывания как деятельности по формированию доказательств позволяет внести уточнения в понятие доказательства.

Под доказательствами следует понимать любые сведения, в процессе формирования и на основе которых властные субъекты уголовного судопроизводства при участии других субъектов уголовного судопроизводства в порядке, определенном уголовно-процессуальным законом, устанавливают наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, и разрешают его по существу.

Предложенное определение доказательства способствует более точному отражению содержания первоначальной части процесса доказывания, а следовательно, и всего доказывания в целом.

Так, при этом установление обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, начинается не с момента появления в уголовном деле относимых и допустимых сведений (доказательств), как это имеет место согласно существующим теоретическим представлениям, действующему закону (ч. 1 ст. 74 УПК РФ), а раньше - уже с момента начала формирования указанных сведений (доказательств).

Кроме этого, предлагаемое определение доказательства не ограничивает использования доказательств в процессе доказывания только целями установления обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, как это следует из общепринятых представлений, действующего закона, а распространяет его и на деятельность по разрешению уголовного дела по существу.

Предложенное уточнение понятия доказательства представляется обоснованным в силу того, что оно имеет под собой реальные онтологические, гносеологические и правовые предпосылки.

6. Признание идеи формирования доказательств дает ключ к правильному решению дискуссионного в теории уголовного процесса и имеющего важное практическое значение вопроса о том, что представляют собой категории относимости и допустимости доказательств. Являются ли они свойствами доказательств, характеризующими их содержание и форму, или представляют правовые требования, предъявляемые к содержанию и форме доказательств?

Сторонники понимания относимости и допустимости как свойств доказательств фактически исходят из существования доказательств в готовом виде. Однако ни относимость, ни допустимость не могут являться объективными свойствами, качествами доказательств в силу того, что самих доказательств (как сведений, имеющих значение для уголовного дела) в объективной и субъективной действительности до производства соответствующих следственных и судебных действий просто не существует.

Трактовка относимости и допустимости доказательств как органически присущих им свойств затрудняет на практике прежде всего собирание (формирование) именно относимых и допустимых доказательств. При таком подходе внимание правоприменителей акцентируется на проверке и оценке качеств уже собранных доказательств.

После того как доказательства собраны (сформированы), их относимость и допустимость может только проверяться. Внести какие-либо коррективы в относимость (неотносимость) и допустимость (недопустимость) уже собранных (сформированных) доказательств нельзя. В ходе проверки доказательств могут изменяться лишь наши представления об их относимости (неотносимости) и допустимости (недопустимости). В результате проверки может оказаться, что первоначально воспринятое как относимое и допустимое доказательство не отвечает данным требованиям. И это существенный аргумент в пользу того, что относимость и допустимость объективно доказательствам не присущи. Если бы это были свойства доказательств, органически им присущие, то не нужны были бы проверка и оценка доказательств, как и нормы закона, их регулирующие. Излишней оказалась бы и предусмотренная законом процедура исключения доказательств (ст. 235 УПК РФ). Невозможно с помощью данной процедуры лишить доказательства свойства, которое ему объективно присуще.

Собираемые (формируемые) доказательства должны быть относимыми и допустимыми. Однако они станут таковыми лишь в том случае, если требования закона, обращенные к их содержанию и форме, будут учитываться дознавателями, следователями, прокурорами и судом не после того, как доказательство уже сформировано и осуществляется его проверка и оценка, а значительно раньше - еще при подготовке и проведении следственных и судебных действий, направленных на формирование доказательств. Только при соблюдении данного условия обеспечивается формирование относимых и допустимых доказательств. И именно понимание относимости и допустимости доказательств как правовых требований, предъявляемых к их содержанию и форме, ориентирует правоприменителей на учет данных требований тогда, когда доказательства еще только формируются, а не после того, когда они уже собраны и проверяются.

Таким образом, под относимостью и допустимостью доказательств следует понимать не объективные, органически присущие им свойства, а правовые требования, предъявляемые уголовно-процессуальным законом соответственно к содержанию и форме доказательств. Такое понимание относимости и допустимости создает предпосылки для более точной характеристики содержания и формы доказательств, их учета уже при формировании относимых и допустимых сведений, повышения эффективности доказывания.

Именно такой подход реализован в нормах действующего уголовно-процессуального закона, регулирующих собирание не любых, а только соответствующих требованиям относимости и допустимости доказательств.

7. Получившее в последние десятилетия широкое признание среди процессуалистов и нашедшее отражение и развитие в УПК РФ представление о праве защитника собирать,

представлять доказательства, равно как и праве других невластных субъектов уголовного судопроизводства (потерпевшего, гражданского истца, подозреваемого, обвиняемого, гражданского ответчика) представлять доказательства, является неверным по существу.

Противоречит онтологической, гносеологической и правовой основам доказывания и широко распространенный в теории, на практике признанный законодателем взгляд, согласно которому сведения, предметы, документы, полученные защитником и другими невластными субъектами уголовного судопроизводства, могут стать доказательствами после приобретения ими необходимой процессуальной формы (в рамках соответствующего следственного или судебного действия).

Названные представления и взгляды создают предпосылки для использования на практике в качестве доказательств сведений, предметов, документов, которые в действительности таковыми не являются и являться не могут.

Сведения, ранее полученные защитником от лица в рамках опроса и представленные субъектам, ведущим судопроизводство, равно как и предметы и документы, представленные защитником и иными указанными выше субъектами судопроизводства, не могут играть роль доказательств в процессе доказывания ни при собирании, ни при проверке, ни при оценке доказательств.

Доказывание - это оперирование субъектами, ведущими судопроизводство в целях установления обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, сведениями (доказательствами), полученными (сформированными) именно ими в рамках производства следственных и судебных действий. Только на их основе закон предписывает указанным субъектам в определенном законом порядке устанавливать обстоятельства, имеющие значение для уголовного дела (ч. 1 ст. 74 УПК РФ).

Полученные и представленные в уголовный процесс невластными участниками уголовного судопроизводства сведения, предметы, документы необходимо рассматривать лишь в качестве материалов, дающих основания указанным субъектам для заявления ходатайств о производстве соответствующих следственных или судебных действий.

Невластные субъекты уголовного судопроизводства со стороны обвинения и защиты могут лишь участвовать в формировании доказательств. Закон содержит надлежащие возможности для этого, предоставляя им права участия в производстве следственных и судебных действий, являющихся способами формирования доказательств; заявления ходатайств; представления предметов и документов, могущих служить основой для формирования доказательств; принесения жалоб на действия и решения властных субъектов уголовного судопроизводства, связанных с формированием доказательств.

8. Общепризнанное в теории, законодательстве и практике уголовного судопроизводства представление о том, что доказывание в суде осуществляется путем исследования доказательств, искаженно отражает реальный процесс доказывания, происходящий в стадии судебного разбирательства, и требует уточнения.

Существо доказывания в суде остается тем же, что и в стадии предварительного расследования, представляя собой частный случай применения теории познания для решения задач уголовного судопроизводства. От доказывания на предварительном расследовании оно отличается лишь условиями, в которых оно реализуется. Поэтому является неоправданным отказ в теории, законодательстве и на практике от использования для его характеристики в суде правовых категорий собирания (формирования), проверки и оценки доказательств, которые в той же теории, законодательстве и на практике применяются по отношению к доказыванию в досудебном производстве.

Неточность используемого законодателем применительно к доказыванию в суде термина "исследование доказательств" проявляется и в его несоответствии нормам Общей части УПК РФ, регулирующим в целом процесс доказывания, по отношению к которым нормы Особенной части УПК РФ должны носить подчиненный характер. Согласно нормам Общей части УПК РФ (ст. ст. 85 - 88) доказывание представляет собой деятельность по собиранию, проверке и оценке доказательств, что в полной мере должно распространяться и на доказывание в суде.

Употребление применительно к доказыванию в суде термина "исследование" способствует формированию у правоприменителей искаженного представления о первоначальной части доказывания - собирании (формировании) доказательств судом, затеняет ее. Исследовать можно только то, что существует. Суд не может исследовать несуществующие доказательства. Поэтому в суде процесс доказывания начинается с собирания (формирования) доказательств судом, а не с представления доказательств сторонами и их последующего исследования, как это вытекает из действующего закона (ст. ст. 240, 274 УПК РФ).

Суд устанавливает с помощью доказательств (путем их формирования, проверки и оценки) обстоятельства, подлежащие доказыванию, и лишь только в этом смысле можно говорить об исследовании им обстоятельств уголовного дела, но не об исследовании судом доказательств. Об исследовании доказательств судом, т.е. их проверке и оценке, логично говорить только по отношению к уже имеющимся в уголовном деле доказательствам, сформированным в рамках досудебного производства или в ходе судебного следствия.

9. Принятая в теории, законодательстве и на практике трактовка цели проверки доказательств как уяснение качеств и свойств самих проверяемых доказательств - их относимости, допустимости, достоверности или недостоверности, правильности или неправильности - представляется верной лишь отчасти и нуждается в уточнении.

При таком подходе происходит отрыв правовой стороны проверки доказательств от гносеологической и онтологической основ доказывания. В результате под проверкой понимается только процесс накопления знаний о качествах и свойствах лишь самих проверяемых доказательств. Из нее по существу исключается вторая, не менее важная сторона - поиск, накопление знаний о свойствах, связях и отношениях фактов и обстоятельств, устанавливаемых данными доказательствами. Как следствие, искажается и сам процесс получения знаний о проверяемых доказательствах, поскольку вне поля зрения исследователей остаются важные моменты, связанные с выявлением объективных фактов, которыми в действительности руководствуются субъекты доказывания при определении путей, форм и средств проверки каждого доказательства.

Отмеченная сторона проверки доказательств существует в реальном процессе познания по каждому уголовному делу, и ее выделение имеет важное не только теоретическое, но и прикладное значение. Ее учет позволяет исследовать процесс накопления знаний не только о самих проверяемых доказательствах, но и относимых к делу фактах, обстоятельствах объективной действительности, отражением которых и являются доказательства. При этом становится возможным внести уточнения и в законодательное регулирование этой части доказывания.

10. Мыслительная, логическая деятельность субъектов доказывания, соответствующая рациональному уровню познания, происходит не только на заключительном этапе доказывания при оценке всей совокупности собранных и проверенных доказательств по уголовному делу, как это принято считать в теории. В виде "ступеней", "узловых пунктов" (соответствующих установлению относительных истин) она осуществляется на протяжении всего предшествующего доказывания и при оценке ограниченных совокупностей доказательств, т.е. носит дискретный характер.

Распространение идеи развития на процесс доказывания в целом и оценку доказательств в частности диктует необходимость выделения в ней моментов, связанных с переходом от неполных,

неточных, фрагментарных знаний, получаемых в ходе многочисленных единичных, отдельных актов чувственного познания при формировании и проверке доказательств, сначала к отражению существенных сторон преступления в процессе оценки ограниченных совокупностей доказательств (в виде относительных истин), а потом и к полному, достоверному знанию всех обстоятельств дела - установлению по нему объективной истины на заключительном этапе доказывания при оценке совокупности всех собранных и проверенных доказательств.

"Не только результат исследования, но и ведущий к нему путь должен быть истинным. Исследование истины само должно быть истинно, истинное исследование - это развернутая истина, разъединенные звенья которой соединяются в конечном счете" <1>. Роль "разъединенных звеньев истины", соединяемых в конечном итоге в заключительной части доказывания при оценке всей совокупности сформированных и проверенных по уголовному делу доказательств, выполняют относительные истины, устанавливаемые в ходе предшествующей мыслительной деятельности по оценке ограниченных совокупностей доказательств.

<1> См.: Маркс К, Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 1. С. 7 - 8.

Содержание объективной истины, устанавливаемой на заключительном этапе доказывания при оценке всех доказательств в их совокупности, связано с содержанием относительных истин, достигаемых в ходе предшествующего доказывания. Объективная истина, устанавливаемая при оценке совокупности всех собранных и проверенных доказательств в заключительной части доказывания, и "соединяет" в себе все "разъединенные звенья" относительных истин, достигаемых на предшествующих этапах доказывания при оценке ограниченных совокупностей доказательств.

Содержание относительных истин, устанавливаемых при оценке ограниченных совокупностей доказательств, отражает хотя и существенные, но лишь отдельные, не охватывающие в целом стороны, свойства, связи и отношения совершенного преступления. Относительные истины, являясь истинами объективными, в силу этого заключают в себе правильное, но неполное отражение преступления (знания о нем), которое в ходе дальнейшего доказывания уточняется, пополняется и углубляется. И только в конечном итоге, будучи на рациональном уровне познания с помощью мышления "соединенными", эти "разъединенные звенья" относительных истин позволяют получить развернутую истину, т.е. не только результат доказывания - объективную истину по уголовному делу в целом, но и - в виде "ступеней", "узловых пунктов" - ведущий к ней путь.

11. Выделение в содержании процесса доказывания "ступеней", "узловых пунктов", связанных с установлением относительных истин, восполняет недостающее звено в цепи "единичное - особенное - общее" между содержанием знаний о преступлении, получаемых в ходе многочисленных единичных, отдельных актов чувственного познания, происходящих в процессе собирания, проверки доказательств и содержания объективной истины, достигаемой на заключительном этапе доказывания при оценке совокупности всех собранных и проверенных доказательств по уголовному делу. При этом "ступени", "узловые пункты" представляют собой своеобразное подведение качественных итогов всего предшествующего количественного накопления знаний о преступлении, получаемых в ходе чувственного познания при собирании и проверке доказательств.

Понимание истины как процесса ("ступеней", "узловых пунктов") и как результата создает предпосылки для уточнения законодательного регулирования оценки доказательств, которое в настоящее время построено на учете только одной стороны истины, истины как результата.

12. Идея преобразования действительности применима и к процессу познания, образующему центральную часть, сердцевину оперативно-розыскной деятельности. Преобразование действительности, образующей объект оперативно-розыскной деятельности, свойственно и

оперативно-розыскной деятельности. Оно имеет место уже в процессе проведения предусмотренных законом оперативно-розыскных мероприятий. В дальнейшем удельный вес преобразующей составляющей оперативно-розыскной деятельности увеличивается по мере осуществления проверки результатов оперативно-розыскной деятельности, принятия на их основе промежуточных и итоговых оперативных решений по делам оперативного учета. Меньшие допустимые и обязательные пределы преобразующего содержания оперативно-розыскной деятельности имеют свои соответствующие онтологические, гносеологические и правовые предпосылки.

13. Содержание и форма оперативно-розыскной деятельности представляют собой относительные противоположности, переходящие друг в друга. Они взаимообусловлены и существуют в единстве. Взаимообусловленность содержания и формы оперативно-розыскной деятельности проявляется в возможности их взаимоперехода. Единство содержания и формы выражается в невозможности существования бессодержательных форм и неоформленных содержаний.

Противоположность содержания и формы оперативно-розыскной деятельности относительна, а их единство абсолютно. Эти положения в полной мере распространяются на содержание и форму всей оперативно-розыскной деятельности.

14. Характеристика содержания и формы оперативно-розыскной деятельности как относительных противоположностей, переходящих друг в друга, создает необходимые предпосылки для формулирования в теории метода оперативно-розыскной деятельности. Прежде всего, становится возможным проанализировать, как под воздействием содержания процесса оперативного доказывания познающий субъект формирует необходимую оперативно-розыскную форму, в рамках которой происходит дальнейшее развитие содержания оперативно-розыскной деятельности. Предложенный подход позволяет исследовать и воздействие формируемой оперативно-розыскной формы на развитие содержания оперативно-розыскной деятельности, решение стоящих пред ней задач. При этом становится возможным определить границы той меры, в рамках которой возможны и допустимы их эффективное развитие и взаимопереходы. В результате практика получает дополнительные критерии, которыми следует руководствоваться в законотворческом процессе при совершенствовании оперативно-розыскного права, а также в целях повышения эффективности всей оперативно-розыскной деятельности.

15. Идея о формировании доказательств с соответствующими поправками применима и к оперативно-розыскной деятельности, существо которой скрывается под покровом оперативного доказывания. Оперативные данные (результаты оперативно-розыскной деятельности, оперативные доказательства) не существуют в готовом виде. В ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий, в рамках которых ее субъектами осуществляется чувственное (непосредственное и опосредованное) познание обстоятельств, имеющих значение для оперативно-розыскной деятельности, происходит формирование оперативных данных.

16. Господствующий в теории оперативно-розыскной деятельности, теории уголовного процесса, на практике получивший закрепление в законе взгляд, согласно которому результаты ОРД представляют собой те же сведения, которые образуют содержание доказательств в уголовном процессе, не соответствует действительности и нуждается в пересмотре.

Такая трактовка соотношения результатов ОРД и доказательств дезориентирует практиков. У оперативных работников она создает иллюзию того, что они формируют процессуальные доказательства, тем самым сковывая их действия. Властных субъектов уголовного судопроизводства такой подход ориентирует при формировании доказательств на получение сведений, которые были сформированы в рамках проведенных оперативно-розыскных мероприятий, что в принципе неверно. Это ведет к искажению содержания доказательств, недопустимому смешению оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности, нарушению прав и свобод граждан.

Результаты ОРД и доказательства - это различные по своей правовой природе, происхождению и предназначенности сведения.

Обстоятельство того, что результаты ОРД могут содержать сведения об обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, не означает, что они представляют собой те же сведения, которые образуют содержание доказательств об этих же обстоятельствах в уголовном процессе. Сведения об одних и тех же имеющих значение сначала для оперативно-розыскной, а потом для уголовно-процессуальной деятельности обстоятельствах, исходящие от одного и того же человека, в рамках ОРД являвшегося, например, агентом, в последующем ставшим свидетелем, - это разные по своей правовой природе данные.

Их правовая природа остается различной даже в тех случаях, когда по своему содержанию они совпадают между собой. Они формируются в различных временных и правовых пространствах, разными субъектами (оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности), различными способами, различно правовое положение и источников этих данных.

Исходя из этого различно назначение и пределы использования указанных данных. Их возможное совпадение с точки зрения содержания, в силу того, что они могут отражать одни и те же факты и обстоятельства, - не основание для отождествления, а тем более подмены результатами ОРД судебных доказательств. Если бы это были одни и те же данные, то для их получения не применялись бы разные правовые формы - оперативно-розыскная и уголовно-процессуальная.

Проведение различия между результатами оперативно-розыскной деятельности и судебными доказательствами имеет не только теоретическое, но и существенное прикладное значение. При использовании его становится возможным более точное и четкое урегулирование в нормативно-правовых актах оперативно-розыскных мероприятий, порядка представления результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовный процесс и их использования в нем. Реализация предложенного подхода на практике будет способствовать четкому разграничению оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельности, недопустимости их смешения и подмены результатами ОРД судебных доказательств.

17. В основе многочисленных и получивших широкое распространение в теории и на практике концепций легализации, трансформации, преобразования, интерпретации, перевода результатов ОРД в судебные доказательства, придания им соответствующей уголовно-процессуальной формы лежит фактическое отождествление результатов ОРД и судебных доказательств.

В своем существе перечисленные концепции едины. Независимо от того, предлагают ли их авторы решить проблему напрямую (использовать результаты ОРД в качестве доказательств) или путем легализации, трансформации, преобразования, интерпретации, перевода результатов ОРД в доказательства, придания им соответствующей уголовно-процессуальной формы, суть их в конечном итоге остается одной и той же - признание в качестве доказательств сведений, полученных оперативно-розыскным путем.

18. Методологической основой надлежащего решения проблемы использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам должны служить положения теории познания, теории доказательств, связанные с такими фундаментальными уголовно-процессуальными категориями, как предмет доказывания, доказательства (правовые требования, предъявляемые к их содержанию и форме), собирание (формирование), проверка и оценка доказательств, виды доказательств.

19. Результаты ОРД допустимо рассматривать лишь в качестве основы, на которой в уголовном судопроизводстве могут быть сформированы доказательства.

Идея признания за результатами ОРД основы, на которой в уголовном процессе лишь только могут быть сформированы доказательства, охватывает как результаты чувственного познания в

рамках оперативно-розыскной деятельности обстоятельств и фактов, имеющих для нее (а потом и уголовно-процессуальной деятельности) значение, так и обнаруженные, полученные или созданные при этом предметы.

Созданный при проведении оперативно-розыскных мероприятий чувственный образ обстоятельств и фактов, имеющих значение для оперативно-розыскной (а потом и уголовно-процессуальной) деятельности, воспринятых субъектами данной деятельности, в дальнейшем будет являться той основой, на которой в уголовном процессе могут быть сформированы такие доказательства, как показания свидетеля и потерпевшего, показания подозреваемого и обвиняемого. Основой для формирования вещественных доказательств в уголовном процессе могут выступать предметы, обнаруженные, полученные или созданные при проведении оперативно-розыскных мероприятий.

20. О возможностях, путях, формах и условиях использования результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве основы для формирования доказательств в уголовном процессе оперативные работники должны заботиться начиная с момента получения информации сигнального характера. И в дальнейшем эти вопросы постоянно должны находиться в их поле зрения при подготовке и проведении оперативно-розыскных мероприятий, проверке оперативных данных, принятии оперативных решений. Игнорирование в ходе оперативно-розыскной деятельности данных вопросов, попытка их решения лишь на ее заключительном этапе могут привести к серьезным проблемам и трудностям в ходе представления результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовный процесс, формирования на их основе доказательств. В ряде случаев это может обернуться невозможностью их ввода в уголовный процесс и, как следствие, угрозой неустановления истины по уголовным делам, представляющими повышенную общественную опасность.

21. Перед принятием решения об использовании результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве основы для формирования доказательств по уголовным делам необходимо убедиться в наличии объективной потребности в этом. Доказательства, сформированные на основе результатов оперативно-розыскной деятельности, следует использовать в доказывании лишь в тех случаях, когда исчерпаны обычные возможности установления истины по уголовному делу и лишь только указанное их применение обеспечивает ее достижение.

22. Принимая решение об использовании результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве основы для формирования доказательств по уголовному делу, следует четко представлять в целом весь возможный процесс последующего оперирования ими в уголовном деле. Это необходимо для того, чтобы выделить и учесть факторы, которые в силу их возможного влияния на содержание доказательств и процесса доказывания станут предметом исследования на предварительном расследовании и в суде.

Оперативные работники должны исходить из того, что сформированные в уголовном процессе на основе результатов оперативно-розыскной деятельности доказательства в соответствии с законом будут подвергнуты не только тщательной, всесторонней и объективной проверке посредством анализа и синтеза, сопоставления с другими доказательствами, собирания новых доказательств (ст. 87 УПК РФ), но и оценке их в совокупности со всеми другими доказательствами (ч. 1 ст. 88 УПК РФ).

23. Представляемые в уголовный процесс результаты оперативно-розыскной деятельности, касающиеся в том числе времени, места, обстоятельств и условий их получения, необходимые для формирования судебных доказательств и их использования в процессе доказывания, должны соответствовать действительности. Даже малейшие неточности относительно времени, места, обстоятельств и условий получения (а в ряде случаев и сохранения) результатов оперативно-розыскной деятельности, которые предполагается использовать в качестве основы для формирования доказательств в уголовном процессе, несоответствие заключенного в них

содержания действительности обязательно дадут о себе знать и будут обнаружены в процессе доказывания при собирании, проверке и оценке доказательств.

Недопустимы любые попытки подправить, тем более исказить не только содержание результатов оперативно-розыскной деятельности предполагаемых к использованию в качестве основы для формирования доказательств в уголовном процессе, но и условий (места, времени, обстоятельств, в том числе технических характеристик примененной для этого специальной аппаратуры) их получения в ходе оперативно-розыскной деятельности. Они с неизбежностью будут не только выявлены в процессе доказывания, но и станут предметом разбирательства на предварительном расследовании и в суде со всеми вытекающими из этого последствиями.

24. Действующий порядок представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд, согласно которому оно осуществляется на основании постановления руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, не в полной мере способствует законному, обоснованному принятию указанного решения и последующему эффективному формированию на их основе доказательств в уголовном процессе.

Право принятия данного решения должно быть предоставлено оперативному работнику, ведущему соответствующее дело оперативного учета. Копия постановления о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности властным субъектам уголовного судопроизводства должна направляться прокурору, соответствующему органу расследования и суду.

Юридическую силу решение о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности должно получать лишь в случае согласия с ним руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность. Руководитель органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, в случае несогласия с постановлением оперативного работника о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовный процесс информирует об этом прокурора.

Руководитель органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, должен иметь право принимать решение о представлении ее результатов в уголовный процесс и по собственной инициативе, при наличии возражений оперативного работника, ведущего дело оперативного учета. Копия постановления руководителя органа о представлении указанных результатов в этом случае также должна направляться прокурору с письменными возражениями оперативного работника.

Предложенный порядок будет в большей мере, чем существующий, способствовать принятию законных и обоснованных решений о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовный процесс, повышению ответственности оперативных работников и руководителей за принимаемые решения. Он усилит эффективность прокурорского надзора за оперативно-розыскной деятельностью, обеспечит соблюдение и защиту прав, свобод и законных интересов личности, общества и государства как в оперативно-розыскной деятельности, так и в уголовном процессе.

25. При формировании в уголовном процессе доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности дознаватели, следователи и судьи должны руководствоваться особенностями содержания и формы тех видов доказательств, которые предполагается сформировать.

26. Руководители органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, обязаны представлять по требованию дознавателя, следователя информацию, необходимую для формирования, проверки и оценки доказательств, сформированных на основе результатов оперативно-розыскной деятельности.

27. В случаях, когда оперативное подразделение полагает невозможным представить в уголовный процесс информацию, которая будет необходима органам расследования и суду для формирования, проверки и оценки доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности, оно не должно представлять указанные результаты в уголовное судопроизводство. Данное положение не должно распространяться на случаи, когда результаты оперативно-розыскной деятельности попадают в уголовный процесс помимо воли ее субъектов.

ПРЕДЛОЖЕНИЯ ПО СОВЕРШЕНСТВОВАНИЮ НОРМАТИВНЫХ ПРАВОВЫХ АКТОВ

Приложение 1

Предложения о внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г.

1. Признать утратившими силу:

а) пункт 36.1 статьи 5;

б) пункт 4 части 2 статьи 42;

в) пункт 2 части 4 статьи 44;

г) пункт 4 части 4 статьи 46;

д) пункт 4 части 4 статьи 47;

е) пункт 2 части 1 статьи 53;

ж) пункт 7 части 2 статьи 54.

2. В статье 38 "Следователь":

а) дополнить частью 2 следующего содержания: "Следователь, привлекавшийся к правовой оценке материалов дела оперативного учета, не вправе возбуждать по этим материалам уголовные дела, принимать их к своему производству и участвовать в их расследовании".

б) части 2 и 3 считать соответственно частями 3 и 4.

3. Дополнить часть 2 статьи 41 "Дознаватель" после слов "...оперативно-розыскные мероприятия" текстом следующего содержания: "...или осуществляло оперативно-розыскные мероприятия по делу оперативного учета, предшествовавшему возбуждению этого уголовного дела".

4. В статье 74 "Доказательства":

а) часть 1 изложить в следующей редакции:

"1. Доказательствами по уголовному делу являются любые сведения, при формировании и на основе которых суд, прокурор, следователь, дознаватель при участии других субъектов уголовного судопроизводства в порядке, определенном настоящим Кодексом, устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения уголовного дела, и разрешают его по существу";

б) в начале части 2 словосочетание: "В качестве доказательств допускаются..." заменить

словами: "Эти сведения устанавливаются...";

в) исключить из части 2 пункт 3.1;

г) дополнить частью 3 следующего содержания:

"3. Результаты оперативно-розыскной деятельности недопустимо использовать в качестве доказательств".

5. Дополнить статьей 75.1 следующего содержания:

"Статья 75.1. Виды доказательств.

1. Самостоятельными видами доказательств являются доказательства, содержанию и форме которых присущи особенности, образующие установленные настоящим Кодексом свойственные только им процессуальные режимы формирования и использования в уголовном судопроизводстве. Эти особенности касаются:

1) содержания доказательства - характера и объема заключенных в нем сведений о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела;

2) правового положения источника доказательства - совокупности прав, обязанностей и ответственности лица, занимающего либо могущего занять надлежащее процессуальное положение, от которого исходят относимые к делу сведения;

3) присущего доказательству способа собирания - установленного настоящим Кодексом соответствующего следственного либо судебного действия;

4) свойственного доказательству источника фактических данных.

2. Недопустимо применять процессуальные режимы, предназначенные для формирования и использования одного вида доказательств для формирования и использования доказательств других видов".

6. Статью 76 "Показания подозреваемого" изложить в следующей редакции:

"Показания подозреваемого - это устное сообщение лица, привлеченного в качестве подозреваемого, содержащее сведения о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, полученное в установленном законом порядке на допросе в ходе досудебного производства".

7. Часть 1 статьи 77 "Показания обвиняемого" изложить в следующей редакции:

"1. Показания обвиняемого - это устное сообщение лица, привлеченного в качестве обвиняемого, содержащее сведения о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, полученное на допросе в установленном законом порядке".

8. Часть 1 статьи 78 "Показания потерпевшего" изложить в следующей редакции:

"1. Показания потерпевшего - это устное сообщение лица, признанного потерпевшим, содержащее сведения о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, полученное на допросе в установленном законом порядке".

9. Часть 1 статьи 79 "Показания свидетеля" изложить в следующей редакции:

"1. Показания свидетеля - это устное сообщение лица, содержащее сведения о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, воспринятых им лично или со слов

других лиц, полученное на допросе в установленном законом порядке".

10. В статье 80 "Заключение и показания эксперта и специалиста":

а) исключить из названия статьи второй союз "и" и слово "специалиста";

б) части 3 и 4 признать утратившими силу.

11. Статью 83 "Протоколы следственных действий и судебного заседания" изложить в следующей редакции:

"Статья 83. Протоколы следственных и судебных действий.

1. Составленные в предусмотренном настоящим Кодексом порядке протоколы следственных действий и часть протокола судебного заседания, отражающие сведения о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для уголовного дела, доступных непосредственному восприятию их участников только в условиях производства данных следственных и судебных действий, являются доказательствами по уголовному делу.

2. Доказательствами по уголовному делу являются протоколы осмотра, освидетельствования, обыска, выемки, задержания, предъявления для опознания, следственного эксперимента.

3. Результаты применения при производстве указанных следственных и судебных действий фото- и киносъемки, аудио- и видеозаписи и иных носителей информации, если они отражают обстоятельства и факты, имеющие значения для уголовного дела, являются составной частью соответствующих протоколов и без них доказательственного значения не имеют".

12. Статью 84 "Иные документы" изложить в следующей редакции:

"Статья 84. Иные документы.

Иные документы - собранные путем истребования или представления документы, в которых компетентными учреждениями, предприятиями, организациями, должностными лицами или гражданами в письменной форме изложены или удостоверены обстоятельства и факты, имеющие юридическое значение и относящиеся к предмету доказывания или побочным фактам".

13. Статью 85 "Доказывание" изложить в следующей редакции:

"Статья 85. Доказывание.

1. Доказывание состоит в формировании, проверке и оценке дознавателем, следователем, прокурором и судом доказательств в целях установления обстоятельств, предусмотренных статьей 73 настоящего Кодекса, и разрешения уголовных дел.

2. Иные субъекты уголовного судопроизводства со стороны обвинения и защиты участвуют в доказывании посредством заявления ходатайств, участия в производстве следственных и судебных действий, судебных прениях, обжалования процессуальных действий и решений, связанных с доказыванием".

14. Статью 86 "Собирание доказательств" изложить в следующей редакции:

"Статья 86. Формирование доказательств.

1. Формирование доказательств осуществляется дознавателем, следователем, прокурором и судом в ходе производства предусмотренных настоящим Кодексом для соответствующих видов доказательств следственных и судебных действий.

2. Иные субъекты уголовного судопроизводства со стороны обвинения и защиты участвуют в формировании доказательств путем:

1) участия в производстве следственных и судебных действий, являющихся способами формирования доказательств;

2) заявления ходатайств;

3) представления предметов и документов, могущих служить основой для формирования доказательств;

4) принесения жалоб на действия и решения властных субъектов уголовного судопроизводства, связанных с формированием доказательств".

15. Статью 87. "Проверка доказательств" изложить в следующей редакции:

"Статья 87. Проверка доказательств.

1. Каждое формируемое и сформированное по уголовному делу доказательство подлежит проверке дознавателем, следователем, прокурором и судом путем его анализа и синтеза, сопоставления с другими доказательствами, формирования новых доказательств в целях установления относимости, допустимости и достоверности.

2. Иные участники уголовного судопроизводства со стороны обвинения и защиты участвуют в проверке доказательств посредством заявления ходатайств, участия в производстве следственных и судебных действий, судебных прениях, обжалования процессуальных действий и решений, связанных с проверкой доказательств".

16. Статью 88. "Правила оценки доказательств" изложить в следующей редакции:

"Статья 88. Оценка доказательств.

1. Суд, прокурор, следователь, дознаватель оценивают сформированные и проверенные доказательства, руководствуясь законом и правосознанием, путем всестороннего, полного и объективного исследования:

1) совокупности доказательств, необходимых для решения по уголовному делу вопросов о привлечении в качестве обвиняемого (подозреваемого); применении меры пресечения; признании потерпевшим, гражданским истцом, гражданским ответчиком; приостановлении, соединении и выделении уголовных дел, устанавливая относительные истины по делу, формой выражения которых служат формирующиеся при этом внутренние убеждения, представляющие собой выводное знание, необходимое для принятия решений по данным вопросам;

2) всех доказательств по уголовному делу в их совокупности, устанавливая объективную истину, формой выражения которой служит внутреннее убеждение, представляющее собой достоверное знание о всех обстоятельствах, подлежащих доказыванию по уголовному делу, включая его разрешение по существу.

2. Оценка доказательств осуществляется в предусмотренных законом уголовно-процессуальных формах - постановлениях, обвинительном заключении, обвинительном акте, определениях, приговоре.

3. Иные участники уголовного судопроизводства со стороны обвинения и защиты участвуют в оценке доказательств посредством заявления ходатайств, участия в судебных прениях, обжалования процессуальных решений, связанных с оценкой доказательств".

17. Статью 89. "Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной

деятельности" изложить в следующей редакции:

"Статья 89. Формирование доказательств на основе результатов оперативно-розыскной деятельности.

1. Результаты оперативно-розыскной деятельности могут использоваться в уголовном процессе для формирования на их основе доказательств в соответствии с требованиями настоящего Кодекса, предъявляемыми к соответствующим видам доказательств.

2. Органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность и представившие ее результаты в уголовный процесс, обязаны предоставить дознавателю, следователю, прокурору и суду данные, необходимые для формирования, проверки и оценки доказательств, полученных на основе результатов оперативно-розыскной деятельности".

18. В ч. 6 ст. 164. "Общие правила производства следственных действий" словосочетание "и вещественных доказательств" заменить на словосочетание "предметов и документов, могущих иметь значение для уголовного дела".

19. В ч. 4 ст. 166. "Протокол следственного действия" слово "существенные" заменить словосочетанием "имеющие значение".

20. Из текста ч. 4 ст. 189. "Общие правила проведения допроса" исключить слово "фотографирование".

21. Статью 194. "Проверка показаний на месте" исключить из текста УПК РФ.

22. Статью 274. "Порядок исследования доказательств" изложить ее в следующей редакции:

"Статья 274. Порядок формирования и проверки доказательств.

1. Очередность формирования и проверки доказательств определяется стороной, по предложению которой формируются доказательства.

2. Первыми формируются доказательства по предложению стороны обвинения. После формирования и проверки доказательств по предложению стороны обвинения формируются и проверяются доказательства по предложению стороны защиты.

3. Если в уголовном деле участвует несколько подсудимых, то очередность формирования по их предложению доказательств определяется судом с учетом мнения сторон".

23. Внести изменения в соответствующие статьи УПК РФ, согласно которым властные (кроме суда) и невластные участники уголовного судопроизводства со стороны обвинения и защиты при рассмотрении уголовного дела в суде участвуют в формировании, проверке и оценке доказательств, а не представляют их и исследуют, как это вытекает из действующего закона.

Приложение 2

Предложения о внесении изменений и дополнений
в Федеральный закон "Об оперативно-розыскной деятельности"
от 12 августа 1995 г. N 144-ФЗ

1. Статью 3. "Принципы оперативно-розыскной деятельности" изложить в следующей редакции:

"Статья 3. Принципы оперативно-розыскной деятельности.

Принципы оперативно-розыскной деятельности - закрепленные в настоящем Федеральном законе наиболее общие идеи оперативно-розыскного характера, выражающие одну из существенных сторон данной деятельности, определяющие оперативно-розыскную форму во всех ее проявлениях и служащие решению ее задач.

В редакции действующей статьи 3 Закона об ОРД.

Все нормы настоящего Федерального закона должны соответствовать принципам оперативно-розыскной деятельности.

Ограничение действия принципов оперативно-розыскной деятельности в настоящем Федеральном законе допускается только в тех случаях, когда их последовательная реализация вступает в противоречие с задачами оперативно-розыскной деятельности.

Нарушение принципов оперативно-розыскной деятельности представляет существенное нарушение закона и во всех случаях влечет юридическую ничтожность оперативно-розыскных действий и решений".

2. В ст. 6. "Оперативно-розыскные мероприятия":

а) часть 3 дополнить следующим предложением: "Данные о технических средствах, использованных при производстве оперативно-розыскных мероприятий, условиях и порядке их использования, объектах, к которым эти средства применялись, и полученных при этом результатах отражаются в оперативно-служебных документах, составляемых по результатам проведения данных мероприятий".

б) дополнить статью ч. 3 следующего содержания:

"В оперативно-служебных документах, оформляемых по результатам проведения оперативно-розыскных мероприятий, необходимо полно и точно отражать сведения о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для оперативно-розыскной деятельности";

в) части 3 - 8 считать соответственно ч. ч. 4 - 9.

3. В ст. 7. "Основания проведения оперативно-розыскных мероприятий":

а) в ч. 1 п. п. 1, 3 - 6 исключить;

б) п. 2 ч. 1 считать п. 1;

в) дополнить ч. 2 следующего содержания:

"Поручения следователя, руководителя следственного органа, органа дознания, определения суда по уголовным делам, находящимся в их производстве, запросы других органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, постановление о применении мер безопасности в отношении защищаемых лиц, запросы международных правоохранительных организаций и правоохранительных органов иностранных государств в соответствии с международными договорами Российской Федерации являются основаниями для проведения оперативно-розыскных мероприятий, если в них содержатся сведения о фактах и обстоятельствах, предусмотренных пунктами 1 - 4 части первой настоящей статьи";

г) часть 2 считать частью 3.

4. Дополнить статьей 9.1:

"Статья 9.1. Результаты оперативно-розыскной деятельности.

Результаты оперативно-розыскной деятельности - сведения, при формировании и на основе которых властные субъекты оперативно-розыскной деятельности в порядке, определенном настоящим Федеральным законом и ведомственными нормативными актами, устанавливают наличие или отсутствие обстоятельств, имеющих значение для решения задач, стоящих перед данной деятельностью, и формирования на их основе доказательств в уголовном судопроизводстве".

5. Дополнить статьей 9.2:

"Статья 9.2. Проверка сведений, имеющих значение для решения задач оперативно-розыскной деятельности.

Сведения, имеющие значение для решения задач оперативно-розыскной деятельности, формируемые и сформированные в ходе оперативно-розыскных мероприятий, подлежат проверке путем их анализа и синтеза, сопоставления между собой, проведения новых оперативно-розыскных мероприятий".

6. Дополнить статьей 9.3:

"Статья 9.3. Оценка сведений, имеющих значение для решения задач оперативно-розыскной деятельности.

Должностные лица органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, принимая в пределах своей компетенции оперативные решения, оценивают сведения, имеющие значение для решения задач оперативно-розыскной деятельности, по своему внутреннему убеждению, основанному на совокупности имеющихся проверенных сведений, руководствуясь законом и правосознанием".

7. В ст. 11. "Использование результатов оперативно-розыскной деятельности":

а) изменить название статьи, изложив его в следующей редакции: "Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в интересах уголовного судопроизводства";

б) в части 2 слова "в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств" заменить словами "в уголовном процессе для формирования на их основе доказательств в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации, предъявляемыми к производству соответствующих следственных и судебных действий";

в) часть 2 дополнить вторым абзацем следующего содержания:

"Представление результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовный процесс для формирования на их основе доказательств обязывает органы, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность, сообщать дознавателю, следователю, прокурору или в суд информацию, необходимую для проверки и оценки указанных доказательств".

г) часть 3 изложить в следующей редакции: "Представление результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд осуществляется с согласия руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность на основании постановления оперативного работника, ведущего соответствующее дело оперативного учета, в порядке, предусмотренном ведомственными нормативными актами. Копия постановления о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности властным субъектам уголовного судопроизводства должна направляться прокурору, соответствующему органу расследования и суду. Руководитель органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, в случае несогласия с постановлением оперативного работника о представлении результатов оперативно-

розыскной деятельности в уголовный процесс информирует об этом прокурора".

8. В ст. 22. "Ведомственный контроль" текст после точки продолжить следующими словами: "проверке их результатов, заведении дел оперативного учета и принятии иных оперативных решений, предусмотренных настоящим Федеральным законом".

Приложение 3

Предложения о внесении изменений и дополнений в Инструкцию
о порядке представления результатов оперативно-розыскной
деятельности дознавателю, органу дознания, следователю,
прокурору или в суд

Утверждена Приказом МВД России, ФСБ России, ФСО России, ФТС России, СВР России, ФСИН России, ФСНК России, МО России от 17 апреля 2007 г. N 368/185/164/481/32/184/97/147 (зарегистрирован в Министерстве юстиции РФ 7 мая 2007 г., регистрационный N 9407).

1. Сноску 2 в пункте 1 изложить в следующей редакции:

"В соответствии со статьей 9.1 Федерального закона "Об оперативно-розыскной деятельности" под результатами оперативно-розыскной деятельности понимаются сведения о фактах и обстоятельствах, имеющих значение для решения задач, стоящих перед оперативно-розыскной деятельностью, полученные при проведении оперативно-розыскных мероприятий, предусмотренных данным Федеральным законом".

2. Дополнить пункт 3 частью второй следующего содержания:

"Сотрудники оперативных подразделений, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, при решении вопросов, связанных с представлением результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд, обязаны руководствоваться положениями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации, устанавливающими поводы и основания к возбуждению уголовного дела, обстоятельства, подлежащие доказыванию по уголовному делу, доказательства, виды доказательств, порядок формирования, проверки и оценки доказательств".

3. Дополнить пунктом 18.1 следующего содержания:

"В случаях, не терпящих отлагательства и могущих привести к совершению тяжкого преступления, а также при наличии сведений об угрозе государственной, военной, экономической и экологической безопасности Российской Федерации результаты оперативно-розыскной деятельности представляются дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд незамедлительно. При этом оперативное подразделение в соответствии со ст. 2 настоящего Федерального закона и ч. 3 ст. 145 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации принимает меры к предотвращению или пресечению преступления, а равно по сохранению следов преступления. В этом случае документы, предусмотренные процедурой представления результатов оперативно-розыскной деятельности, оформляются после фактической передачи результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд".

4. Пункт 21. после слов "позволять формировать" дополнить словосочетанием "на их основе".

5. Третий раздел Инструкции "Требования, предъявляемые к результатам оперативно-розыскной деятельности, представляемым дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд" поменять местами со вторым разделом, который называется "Представление результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю,

прокурору или в суд".

6. Дополнить Инструкцию разделом IV "Защита сведений об органах, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность и обеспечение безопасности ее участников", изложив его в редакции, содержащейся в прежней Инструкции.

7. Описательную часть Приложения N 2 после слов "статьей 11" дополнить текстом следующего содержания: "частью 4 статьи 12".

8. Дополнить Инструкцию Приложением N 4 "Таблица документов, оформляемых на проводимые оперативно-розыскные мероприятия (ОРМ), а также документы и предметы, представляемые дознавателю, органу дознания следователю, прокурору или в суд с результатами оперативно-розыскной деятельности".

ЛИТЕРАТУРА

Адамайтис М. Право суда на инициативу в исследовании доказательств мешает его беспристрастности // Российская юстиция. 2003. N 11.

Адашкевич Ю.Н. Организованная преступность / Под ред. А.И. Долговой, С.В. Дьякова. М., 1993.

Александров А. О значении концепции объективной истины // Российская юстиция. 1999. N 1.

Алексеев Н.С., Даев В.Г., Кокорев Л.Д. Очерк развития науки советского уголовного процесса. Воронеж, 1980.

Алексеев А.И., Овчинский В.С., Побегайло Э.Ф. Российская уголовная политика: преодоление кризиса. М., 2006.

Алексеева Л.Б. Некоторые вопросы реализации принципа состязательности в проекте нового УПК // Судебная реформа: итоги, приоритеты, перспективы. Материалы конференции. Серия "Научные доклады". N 47. М., 1997.

Алиев Т.Т., Громов Н.А., Марков Л.В. Уголовно-процессуальное доказывание. М., 2002.

Арсеньев В.Д., Заблоцкий В.Г. Использование специальных знаний при установлении фактических обстоятельств уголовного дела. Красноярск, 1986.

Арсеньев В.Д. Вопросы общей теории судебных доказательств. М., 1964.

Барабаш А.С. Природа российского уголовного процесса, цели уголовно-процессуальной деятельности и их установление. СПб., 2005.

Ахкубеков А.Х. Правовое регулирование оперативно-розыскной деятельности за рубежом и использование ее результатов в уголовном процессе. М., 2004.

Бабурина И.Н., Гольдштейн С.В., Колдин В.А., Громов Н.А. Документ как источник доказательств: понятие и их классификация // Следователь. 2002. N 1.

Бабурина И.Н., Колдин В.А., Гришин А.И., Громов Н.А. Соотношение документов и вещественных доказательств // Следователь. 2002. N 1.

Балашов А. Особенности надзора за соблюдением законности в оперативно-розыскной деятельности // Социалистическая законность. 1990. N 7.

Бандурка А.М., Горбачев А.В. Оперативно-розыскная деятельность: правовой анализ: Науч.-

практ. пособие / Отв. ред. А.М. Ищенко. Киев, 1994.

Басков В.И. Истина в уголовном судопроизводстве // Вестник Московского университета. Серия 11: Право. 1995. N 3.

Басков В.И. Оперативно-розыскная деятельность: Учеб.-метод. пособие. М., 1997.

Бедняков Д.И. Непроцессуальная информация и расследование преступлений. М., 1991.

Безлепкин Б.Т. Проблемы уголовно-процессуального доказывания // Советское государство и право. 1991. N 8.

Белкин Р.С. Собирание, исследование и оценка доказательств (сущность и методы). М., 1966.

Белкин Р.С., Винберг А.И. Криминалистика и доказывание. М., 1969.

Белкин А.Р. Теория доказывания: Науч.-метод. пособие. М., 1999.

Белкин А.Р. Теория доказывания. М., 2005.

Белоусов А.В. Процессуальное закрепление доказательств при расследовании преступлений. М., 2001.

Бозров В. Результатам оперативно-розыскной деятельности - статус доказательств в уголовном процессе // Российская юстиция. 2004. N 4.

Божьев В.П. Изменение УПК РФ - не всегда средство его совершенствования // Законность. 2005. N 8.

Большаков Н.В., Грехнев В.С., Добрынина В.И. Основы философских знаний. М., 1995.

Бормотова Л.В. Направления, средства защиты и способы их реализации в ходе досудебного производства по уголовному делу // Вестник ОГУ. 2005. N 3.

Брусницын Л.В. Правовое обеспечение безопасности лиц, содействующих уголовному правосудию: временной и субъективный аспекты // Государство и право. 1996. N 9.

Брусницын Л.В. О порядке применения мер безопасности к лицам, содействующим уголовному правосудию // Государство и право. 1997. N 2.

Брусницын Л.В. Обеспечение безопасности лиц, содействующих уголовному правосудию: российский, зарубежный и международный опыт XX века (процессуальное исследование). М., 2001.

Брусницын Л.В. Применение норм УПК РФ, обеспечивающих безопасность участников уголовного судопроизводства. М., 2004.

Брусницин Л.В. Комментарий законодательства об обеспечении безопасности участников уголовного судопроизводства. М., 2005.

Будников В. Юридическая сила доказательств в уголовном судопроизводстве // Российская юстиция. 2003. N 10.

Бурков В.И., Мурзиков А.В. Заключение эксперта как вид доказательств. Владимир, 2001.

Быков В.М., Печников Г.А. Об установлении истины в уголовном судопроизводстве // Журнал российского права. 2004. N 3.

Вагин О.А., Исиченко А.П., Шабанов Г.Х. Оперативно-розыскные мероприятия и

использование их результатов. М., 2006.

Валицкая В.И., Якубович Н.А. Формы деятельности буржуазной полиции по предупреждению преступлений. М., 1977.

Варфоломеева Т.В. Производные вещественные доказательства. М., 1980.

Васильев Л.М. Теоретические и практические проблемы презумпции невиновности обвиняемого в уголовном судопроизводстве (по материалам зарубежной и отечественной практики): Дис. ... докт. юрид. наук. Краснодар, 2005.

Ветрова Г.Н. Тенденции развития процессуальной формы в УПК РФ. Концептуальные основы реформы уголовного судопроизводства в России: Материалы научной конференции 22 - 23 января 2002 г., Москва. М., 2002. С. 34 - 39.

Ветрова Г.Н. Уголовно-процессуальная форма и ее роль в решении задач уголовного судопроизводства // Материалы международной научно-практической конференции "Актуальные проблемы уголовного судопроизводства: вопросы теории, законодательства, практики применения" (к 5-летию УПК РФ). М., 2007. С. 23 - 28.

Вечерин Э. Гласно о негласном // Социалистическая законность. 1990. N 7.

Вечерин Э. Закон об оперативно-розыскной деятельности и права граждан // Законность. 1993. N 12.

Власов В.П. Следственный осмотр и предварительное исследование документов. М., 1961.

Выступление Владимира Путина перед доверенными лицами. 12 февраля 2004 г. Москва, МГУ им. М.В. Ломоносова // Российская газета. 12.02.2004.

Гармаев Ю.П. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности при расследовании уголовных дел о взяточничестве. М., 2005.

Гегель Г.В.Ф. Соч. М., 1929 - 1956. Т. 4.

Гегель Г.В.Ф. Наука логики. М., 1998.

Голунский С.А. Вопросы судопроизводства и судоустройства в новом законодательстве Союза ССР. М., 1959.

Горевой Е.Д. Определение понятия "доказательство" в УПК РФ нуждается в уточнении // Материалы международной научно-практической конференции "Актуальные проблемы уголовного судопроизводства: вопросы теории, законодательства, практики применения" (к 5-летию УПК РФ). М., 2007.

Горский Г.Ф., Кокорев Л.Д., Элькинд П.С. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. Воронеж, 1978.

Горшенев В.М. Процессуальная форма и ее назначение в советском праве // Советское государство и право. 1973. N 12.

Грибачев В. Свидетелю пора отстреливаться // Российская газета. 30.11.1994.

Григорьева Н. Принципы уголовного судопроизводства и доказательства // Российская юстиция. 1995. N 8.

Гриненко А.В. Система принципов и цель производства по уголовному делу // Правоведение.

2000. N 6.

Гришина Е.П. Достоверность доказательств и способы ее обеспечения в уголовном процессе. М., 2001.

Громов Н.А. Уголовный процесс России: Учеб. пособие. М., 1998.

Громов Н.А., Пономаренко В.А., Гущин А.Н., Францифоров Ю.В. Доказательства, доказывание и использование результатов оперативно-розыскной деятельности. М., 2001.

Громов Н.А., Францифоров Ю.В., Макаров Л.В. Сущность уголовно-процессуального доказывания // Следователь. 2001. N 1.

Громов Н.А., Зайцева С.А. Оценка доказательств в уголовном процессе. М., 2002.

Громов Н.А., Курушин С.А. Гарантии права на защиту обвиняемого в досудебных стадиях по УПК РФ. М., 2005.

Громов Н.А., Гущин А.Н., Луговец Н.В., Лямин М.В. Доказательства, доказывание и использование результатов оперативно-розыскной деятельности. М., 2005.

Грошевой Ю.М. Сущность судебных решений в советском уголовном процессе. Харьков, 1979.

Гуляев А.П. Следователь в уголовном процессе. М., 1981.

Гуценко К.Ф., Ковалев М.А. Некоторые сведения об историческом и зарубежном опыте регламентации статуса основных участников процесса // Уголовный процесс: Учебник для студентов юридических вузов и факультетов / Под ред. К.Ф. Гуценко. Изд. 5-е, перераб. и доп. М., 2004.

Давлетов А., Семенцов В. Оперативная видео- и звукозапись // Социалистическая законность. 1991. N 11.

Давлетов А. Право защитника собирать доказательства // Российская юстиция. 2003. N 7.

Давлетов А. Проблема состязательности решена в УПК РФ неудачно // Российская юстиция. 2003. N 8.

Даев В.Г. Взаимосвязь уголовного права и процесса. Л., 1982.

Данилюк С., Виноградов С., Щерба С. Как прослушать телефонный разговор // Социалистическая законность. 1991. N 2.

Демидов И.Ф. Значение оперативно-розыскной деятельности для уголовно-процессуального производства // Судебная реформа и проблемы судопроизводства: Сб. науч. трудов. М., 1955.

Диалектика процесса познания / Под ред. М.Н. Алексеева, А.М. Коршунова. М., 1985.

Диденко В.И. Использование следователем фактических данных, полученных в результате применения в оперативно-розыскной деятельности аудио- и видеозаписи, фото- и киносъемки: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1996.

Доля Е.А. Совершенствование правовой основы правоохранительной деятельности // Организованная преступность / Под ред. А.И. Долговой, С.В. Дьякова. М., 1989.

Доля Е.А. Доказывание и оперативная работа по уголовным делам. Укрепление законности и борьба с преступностью в условиях формирования правового государства: Сб. материалов

Всесоюзной научно-практической конференции на тему "Формирование социалистического правового государства", организованной Институтом государства и права АН СССР, Всесоюзным обществом "Знание" и Союзом юристов СССР. Москва, 29 ноября - 1 декабря 1989 г. М., 1990.

Доля Е.А. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам // Российская юстиция. 1993. N 3.

Доля Е.А. Проверка доказательств в российском уголовном процессе (стадия предварительного расследования) // Правоведение. 1994. N 1.

Доля Е.А. Новая Конституция РФ и уголовно-процессуальная деятельность // Российская юстиция. 1994. N 4.

Доля Е.А. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам // Российская юстиция. 1994. N 6.

Доля Е.А. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам // Российская юстиция. 1995. N 5.

Доля Е.А. Проект Общей части УПК Российской Федерации: критический анализ // Государство и право. 1995. N 5.

Доля Е.А. Оценка доказательств в российском уголовном процессе // Государство и право. 1996. N 5.

Доля Е.А. Проблема начала в теории уголовного процесса (постановка вопроса) // Государство и право. 1996. N 10.

Доля Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. М., 1996.

Доля Е.А. Представление результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд // Уголовное право. 1999. N 4.

Доля Е.А. О доказательствах, доказывании и использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности по УПК РФ: Научно-практическая конференция "Правовая и криминологическая оценка УПК РФ" // Государство и право. 2002. N 10.

Доля Е.А. О принципах судопроизводства, доказательствах, доказывании и использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности // Материалы международной научно-практической конференции, посвященной принятию нового Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. Москва, 4 - 6 февраля 2002 г. М., 2002.

Доля Е.А. Комментарий к статье 85 УПК РФ // Научно-практический комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. В.М. Лебедева; науч. ред. В.П. Божьев. М., 2002.

Доля Е.А. Принципы уголовного судопроизводства и международно-правовые стандарты защиты интересов личности: Материалы конференции. М., 2004.

Доля Е. К вопросу о праве стороны защиты собирать и представлять доказательства // Уголовное право. 2007. N 4.

Доля Е. Конституционность п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК // Законность. 2007. N 5.

Доля Е.А. Результатам оперативно-розыскной деятельности нельзя придавать статус доказательств в уголовном процессе // Российская юстиция. 2007. N 6.

Доля Е.А. К вопросу о конституционности п. 1 ч. 2 ст. 75 УПК РФ и связанных с ним статей УПК РФ // Материалы международной научно-практической конференции "Актуальные проблемы уголовного судопроизводства: вопросы теории, законодательства, практики применения" (к 5-летию УПК РФ). М., 2007.

Дорохов В.Я. Вопросы теории доказательств в новом законе // Вопросы нового уголовного и уголовно-процессуального законодательства СССР. М., 1959.

Дорохов В.Я., Николаев В.С. Обоснованность приговора. М., 1959.

Дорохов В.Я. Понятие доказательства в советском уголовном процессе // Советское государство и право. 1964. N 9.

Дорохов В.Я. Природа вещественных доказательств // Советское государство и право. 1971. N 10.

Дорохов В.Я. Марксистско-ленинская гносеология - основа теории доказательств // Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973.

Дорохов В.Я. Содержание истины как цели доказывания // Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973.

Дорохов В.Я. Понятие доказательства // Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973.

Дорохов В.Я. Марксистско-ленинская гносеология - основа теории доказательств // Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973.

Дорохов В.Я. Протоколы следственных и судебных действий как вид доказательств // Советское государство и право. 1979. N 3.

Дорохов В.Я. Понятие документа в советском праве // Правоведение. 1982. N 2.

Дубинин А. Упрочить судебный процесс // Российская юстиция. 1994. N 10.

Дубоносов Е.С. Основы оперативно-розыскной деятельности: Курс лекций / Под ред. Г.К. Синилова. М., 2002.

Дубривный В.А. Вестник Саратовской государственной академии права. Саратов, 1995. N 2.

КонсультантПлюс: примечание.
Статья Н.Н. Егорова "О собирании вещественных доказательств при производстве следственных действий" включена в информационный банк согласно публикации - "Российский следователь", 2003, N 11.

Егоров Н.Н. Собирание вещественных доказательств экспертом // Материалы международной научно-практической конференции "Актуальные проблемы уголовного судопроизводства: вопросы теории, законодательства, практики применения" (к 5-летию УПК РФ). М., 2007.

Егоршин В.М., Зорин В.В. Соотношение оперативно-розыскной информации и доказательств в уголовном судопроизводстве // Основы оперативно-розыскной деятельности: Учебник для юридических вузов / Под ред. В.Б. Рушайло. 4-е изд., стер. СПб., 2002.

Зарубежный опыт правового регулирования и практика его применения по вопросам защиты участников уголовного судопроизводства: Сборник правовых актов, организационных документов

и информационно-аналитических материалов / Под общ. ред. В.В. Черникова. М., 2000.

Зажицкий В. Источники осведомленности в уголовно-процессуальном доказывании // Советская юстиция. 1983. N 8.

Зажицкий В. Правовая регламентация оперативно-розыскных мер // Социалистическая законность. 1990. N 7.

Зажицкий В., Башкатов Л. Быть ли новому следственному действию? // Советская юстиция. 1990. N 23.

Зажицкий В.И. Правовая регламентация деятельности по обнаружению признаков преступления // Правоведение. 1992. N 4.

Зажицкий В.И. Закон об оперативно-розыскной деятельности не идеален // Советская юстиция. 1993. N 5.

Зажицкий В.И. Новый закон об оперативно-розыскной деятельности более совершенен // Советское государство и право. 1995. N 12.

Зажицкий В.И. Понятие использования результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам // Проблемы формирования уголовно-розыскного права (актуальные вопросы обнаружения преступлений с помощью негласных возможностей): Вневедомственный сборник научных работ / Под ред. А.Ю. Шумилова. Вып. 3. М., 2000.

Зажицкий В.И. Трудности представления прокурору органами расследования результатов оперативно-розыскной деятельности // Российская юстиция. 2000. N 1.

Зажицкий В.И. Оперативно-розыскная деятельность и уголовное судопроизводство // Российская юстиция. 2001. N 3.

Зажицкий В.И. Новые нормы доказательственного права и практика их применения // Российская юстиция. 2003. N 7.

Зажицкий В.И. Результаты оперативно-розыскной деятельности в уголовном судопроизводстве: теория и практика. СПб., 2006.

Закон об оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации: Комментарий / Под ред. А.Ю. Шумилова. М., 1994.

Зинатуллин З.З. Уголовно-процессуальное доказывание: Учеб. пособие. Ижевск, 1993.

Зинатуллин З.З, Зинатуллин Т.З. Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации 2001 года и проблема надлежащего уголовно-процессуального регулирования // Материалы международной научно-практической конференции, посвященной принятию нового Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. М., 2002.

Зникин В.К. Оперативно-розыскная деятельность как система добывания и собирания уголовно-процессуальных доказательств: Учеб. пособие. Кемерово, 2000.

Золотых В.В. Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе. Ростов н/Д, 1999.

Калиновский К.Б. К вопросу об использовании результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств по уголовным делам // Актуальные проблемы борьбы с преступностью в современных условиях: Материалы межвузовской научно-практической конференции. Санкт-Петербург, 22 мая 1997 г. / Под ред. О.М. Латышева, В.П. Сальникова. СПб., 1997.

Калиновский К.Б. О праве адвоката собирать доказательства в российском уголовном процессе // Криминалистический семинар. Вып. 3. / Отв. ред. В.В. Новик. СПб., 2000.

Карнеева Л.М., Кертес И. Источники доказательств по советскому и венгерскому законодательству. М., 1985.

Карнеева Л.М. Доказательственное значение материалов видео- и звукозаписи // Вестник Верховного Суда СССР. 1991. N 7.

Карякин Е. Допустимость доказательств, собранных защитником, и осуществление функции защиты в уголовном судопроизводстве // Российская юстиция. 2003. N 6.

Камышин В.А. Защитник как субъект собирания доказательств: желаемое и действительное // Вестник ОГУ. 2005. N 3.

Качур А.Н. Дифференциация форм досудебного производства и предания суду в уголовном процессе России: Монография. М., 2004.

Квашис В.Е. Основы виктимологии. Проблемы защиты прав потерпевших от преступлений. М., 1999.

Кедров Б.М. Единство диалектики, логики и теории познания. М., 1963.

Кипнис Н.М. Допустимость доказательств в уголовном судопроизводстве. М., 1995.

Кипнис Н.М. Оценка асимметрии правил допустимости доказательств // Доказывание в уголовном процессе: традиции и современность / Под ред. В.А. Власихина. М., 2000.

Комлев В. О порядке прослушивания телефонных переговоров // Советская юстиция. 1991. N 7.

Кисленко С.Л., Комиссаров В.И. Судебное следствие: состояние и перспективы развития. М., 2003.

Коврига З.Ф. Новый Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: вопросы теории правоприменительной практики // Юридические записки. Вып. 16. Воронеж, 2003.

Козусев А. Законность прослушивания телефонных и иных переговоров // Законность. 1993. N 2.

Козырев Г. Документирование прослушивания и звукозаписи телефонных и иных переговоров // Законность. 1993. N 4.

Кокорев Л.Д., Кузнецов Н.П. Уголовный процесс: доказательства и доказывание. Воронеж, 1995.

КонсультантПлюс: примечание.
Статья Н.А. Колоколова "Параллельное адвокатское расследование" включена в информационный банк согласно публикации - "ЭЖ-Юрист", 2005, N 21, "Адвокатская практика", 2005, N 4.

Колоколов Н.А. Параллельное адвокатское расследование: цена результатов // Уголовный процесс. 2005. N 12.

Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу РСФСР. М., 1995.

Комлев Б. О понятии доказательств // Социалистическая законность. 1991. N 11.

Концепция судебной реформы в Российской Федерации / Сост. С.А. Пашин. М., 1992.

Деятельность оперативно-розыскная, контрразведывательная, частная сыскная (детективная) // Краткая сыскная энциклопедия: / Авт.-сост. А.Ю. Шумилов. М., 2000.

Копьева А.Н. Документы как доказательства в современном уголовном процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1969.

Кореневский Ю.В., Токарева М.Е. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании по уголовным делам: Методическое пособие. М., 2000.

Кореневский Ю.В. Что служит критерием истины в уголовном процессе? // Доказывание в уголовном процессе: традиции и современность / Под ред. В.А. Власихина. М., 2000.

Кореневский Ю.В., Падва Г.П. Участие защитника в доказывании по новому уголовно-процессуальному законодательству: Практ. пособие. М., 2004.

Кореневский Ю.В. Адвокатский мониторинг // Уроки реформы уголовного правосудия в России (по материалам работы Межведомственной рабочей группы по мониторингу УПК РФ и в связи с пятилетием со дня его принятия и введения в действие). Сб. статей и материалов / Под ред. Е.Б. Мизулиной и В.Н. Плигина / Науч. ред. Е.Б. Мизулина. М., 2006.

Коршунов А.И. Отражение, деятельность, познание. М., 1979.

Котухов М.П. Перевод результатов оперативно-розыскной деятельности в доказательства: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002.

Курс советского уголовного процесса: Общая часть. М., 1989.

Курылев С.В. Основы теории доказывания в советском правосудии. Минск, 1969.

Курылев С.В. О достоверности и вероятности в правосудии // Правоведение. 1968. N 1.

Куцова Э.Ф. Уголовный процесс России: истина и состязательность // Законодательство. 2002. N 9.

Лазарева В.А. О некоторых обвинительных тенденциях в судебной практике и эмансипации процессуальной формы // Материалы международной научно-практической конференции "Актуальные проблемы уголовного судопроизводства: вопросы теории, законодательства, практики применения" (к 5-летию УПК РФ). М., 2007.

Ларин А.М. Расследование по уголовному делу. Планирование, организация. М., 1970.

Ларин А.М. Рецензия на книгу Е.А. Доля "Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности" // Государство и право. 1997. N 7.

Ларин А.М. Новый проект УПК: удобен для следствия и опасен для граждан // Известия. 12.10.1994.

Левин А.А., Игнатьева М.В., Капица Е.И. Особенности предварительного расследования преступлений, осуществляемого с участием адвоката. М., 2003.

Ленин В.И. ПСС. Т. 18.

Ленин В.И. ПСС. Т. 29.

Лившиц В.Я. Принцип непосредственности в советском уголовном процессе. М., 1949.

Лунеев В.В. Проблемы юридических наук криминального цикла // Государство и право. 2007. N 5.

Лупинская П.А. Решения в уголовном судопроизводстве. Их виды, содержание и формы. М., 1976.

Лупинская П.А. Основания и порядок принятия решений о недопустимости доказательств // Российская юстиция. 1994. N 11.

Лупинская П.А. Проблемы реформы уголовно-процессуального законодательства в проектах УПК РФ: Материалы научно-практической конференции. М., 1995.

Лупинская П.А. Проблемы допустимости доказательств при рассмотрении дел судом присяжных // Рассмотрение дел судом присяжных: Науч.-практ. пособие для судей. Варшава, 1997.

Лупинская П.А. Понятие доказательств. Доказательства - средства доказывания // Уголовно-процессуальное право Российской Федерации / Под ред. П.А. Лупинской. М., 1997.

Лупинская П. Доказательства и доказывание в новом уголовном процессе // Российская юстиция. 2002. N 7.

Лупинская П.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности // Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. М., 2003.

Лупинская П.А. Допустимые доказательства. Основания признания доказательств недопустимыми // Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. М., 2003.

Лупинская П.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности // Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. М., 2004.

Лупинская П.А. Решения в уголовном судопроизводстве: теория, законодательство и практика. М., 2006.

Лупинская П.А. Заключительное слово на международной научно-практической конференции, посвященной 5-летию принятия УПК РФ // Материалы международной научно-практической конференции "Актуальные проблемы уголовного судопроизводства: вопросы теории, законодательства, практики применения" (к 5-летию УПК РФ). М., 2007.

Львова Е., Паршуткин В. Недостоверный протокол судебного заседания - не доказательство // Российская юстиция. 2003. N 9.

Макаров Л.В. Уголовная политика и совершенствование института защиты в уголовном процессе России // Конституционные основы организации и функционирования институтов публичной власти в Российской Федерации: Материалы Всероссийской научно-практической конференции (20 - 21 апреля 2000 г.). Екатеринбург, 2001.

Макарова З. Состязательность нужна, но какая? // Законность. 1999. N 3.

Макарова Т.А. Использование в ходе предварительного следствия материалов аудио- и видеозаписи: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ижевск, 2004.

Максютин М.В. Теория юрисдикционного процесса / Под ред. В.И. Авсеенко. М., 2004.

Макушенко Л.П. Реализация принципа законности при проведении оперативно-розыскных мероприятий // Сб. научных трудов "Проблемы теории законности, методологии и методики прокурорского надзора". М., 1994.

Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 1.

Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 20.

Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 23.

Маркушин А.Г. Оперативно-розыскная деятельность - необходимость и законность. Нижний Новгород, 1997.

Масленникова Л.Н. Тест N 83 // Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Практикум / Отв. ред. П.А. Лупинская. М., 2005.

Материалистическая диалектика как научная система / Под ред. А.П. Шептулина. М., 1983.

Материалы научно-практической конференции на тему "Идеология и практика реформирования уголовного правосудия" // Информационный бюллетень. Ч. 1. Владивосток, 2003.

Мизулина Е.Б. Уголовный процесс: концепция самоограничения государства. Тарту, 1991.

Мизулина Е.Б. Независимость суда еще не есть гарантия правосудия // Государство и право. 1992. N 4.

Мизулина Е.Б. К пятилетию Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации // Материалы международной научно-практической конференции "Актуальные проблемы уголовного судопроизводства: вопросы теории, законодательства, практики применения" (к 5-летию УПК РФ). М., 2007.

Миньковский Г.М. Общая характеристика способов собирания и проверки доказательств // Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973. С. 366 - 383.

Михайловская И.Б. Процесс доказывания // Уголовный процесс: Учебник / Под ред. И.Л. Петрухина. М., 2001.

Михайловская И.Б. Вещественные доказательства // Уголовный процесс: Учебник / Под ред. И.Л. Петрухина. М., 2001.

Михайловская И.Б. Цели, функции и принципы российского уголовного судопроизводства. М., 2003.

Михайловская И.Б. Настольная книга судьи по доказыванию в уголовном процессе. М., 2006.

Михайловская И.Б. Процесс доказывания и его элементы // Уголовно-процессуальное право Российской Федерации. М., 2006.

Мишин Г.К. О коллизиях уголовно-правовой и уголовно-процессуальной политики // Государство и право. 2002. N 10.

Монтень М. Опыты: в 3 кн. М., 1991. Кн. 2.

Морозюк В. Гласность и тайна следствия // Законность. 1995. N 6.

Мосесян Г. Социалистическая законность. 1964. N 3.

Мостепаненко М.В. Философия и методы научного познания. Л., 1972.

Мотовеловкер Я.О. Установление истины в советском уголовном процессе. Ярославль, 1974.

Мурадьян Э.М. Истина как проблема судебного права. М., 2002.

Мухин И.Н. Важнейшие проблемы оценки доказательств в уголовном и гражданском судопроизводстве. Л., 1974.

Недбайло П.Е. О юридических гарантиях правильного применения норм советского права // Советское государство и право. 1957. N 6.

Некрасов С.В. Юридическая сила доказательств в уголовном судопроизводстве. М., 2004.

Никитаев В.В. Проблемные ситуации уголовного процесса и юридического мышления // Состязательное правосудие: труды научно-практических лабораторий. М., 1996.

Николюк В., Кальницкий В. Применение статьи 51 Конституции Российской Федерации в уголовном судопроизводстве // Законность. 1997. N 8.

Новицкий В.А. Теория процессуального доказывания и правоприменения: Монография. Ставрополь, 2002.

Новые идеи уголовной юстиции // Российская юстиция. 1994. N 9.

Овсянников В.В., Овсянников И.В. Истина перестала быть критерием, и это хорошо // Закон. 2004. N 4.

Овчинский В.С. XXI век против мафии. Криминальная глобализация и Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности. М., 2001.

Овчинский В.С. Стенограмма заседания Комиссии Государственной Думы по противодействию коррупции.

Оперативно-розыскная деятельность: Учебник / Под ред. К.К. Горянинова, В.С. Овчинского, А.Ю. Шумилова. М., 2002.

Орлов Ю.К. Вещественные доказательства // Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. М., 2003.

Орлов Ю.К. Проблема истины в уголовном процессе // Государство и право. 2007. N 3.

Оруджев З.М. Диалектика как система. М., 1973.

Панькина И.Ю. К вопросу о демократизации уголовно-процессуальной политики // Материалы международной научно-практической конференции "Актуальные проблемы уголовного судопроизводства: вопросы теории, законодательства, практики применения" (к 5-летию УПК РФ). М., 2007.

Паршуткин В.В. Опрос адвокатом лиц с их согласия // Возможности защиты в рамках нового УПК России: Материалы научно-практической конференции адвокатов, проведенной Адвокатской палатой г. Москвы при содействии Коллегии адвокатов "Львова и партнеры". 17 апреля 2003 г. / Под ред. Г.М. Резника, Е.Ю. Львовой. М., 2004.

Пашин С.А. Проблемы доказательственного права // Судебная реформа: юридический профессионализм и проблемы юридического образования. Дискуссии. М., 1995.

Пашин С.А. Доказательства в российском уголовном процессе // Состязательное правосудие: Труды научно-практических лабораторий. Ч. II. М., 1996.

Пашкевич П.Ф. Объективная истина в уголовном судопроизводстве. М., 1961.

Петрова О.В. Объективная истина и гарантия ее установления в уголовном процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 2000.

Петрухин И.Л. Экспертиза как средство доказывания в советском уголовном процессе. М., 1964.

Петрухин И.Л. Осторожно: президентское ГПУ! // Независимая газета. 15.10.1994.

Петрухин И.Л. Состязательность и правосудие // Государство и право. 1994. N 10.

Петрухин И.Л. Истина, достоверность и вероятность в суде // Юридический мир. 2003. N 8.

Петрухин И.Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса в России. Ч. II. М., 2005.

Петрухин И.Л. Судебная власть: контроль за расследованием преступлений. М., 2008.

Петуховский А.А. Уголовно-процессуальные аспекты обеспечения безопасности свидетелей, потерпевших и других граждан, содействующих уголовному судопроизводству // Актуальные проблемы расследования преступлений: Труды Академии МВД Российской Федерации. М., 1995.

Пикалов И.А. Роль защитника в процессе доказывания, при производстве расследования по уголовному делу // Закон и право. 2004. N 11.

Победкин А.В. Некоторые вопросы собирания доказательств по новому уголовно-процессуальному законодательству России // Государство и право. 2003. N 1.

Подольный Н.А. Категория справедливости в УПК РФ - изменение системы ценностей в уголовном процессе России // Материалы международной научно-практической конференции "Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: год правоприменения и преподавания". М., 2004.

Поляков М.П., Попов А.П., Попов Н.М. Уголовно-процессуальное использование результатов оперативно-розыскной деятельности: проблемы теории и практики / Под общ. ред. В.Т. Томина. Пятигорск, 1998.

Поляков М.П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности: Монография / Под науч. ред. В.Т. Томина. Нижний Новгород, 2001.

Поляков М.П. Уголовно-процессуальная интерпретация результатов оперативно-розыскной деятельности: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Нижний Новгород, 2002.

Поляков М.П. Использование результатов ОРД в доказывании // Материалы международной конференции "Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: год правоприменения и преподавания". М., 2004.

Полянский Н.Н. Вопросы теории советского уголовного процесса. М., 1956.

Попов А.П. Оперативно-розыскная инициатива начала уголовно-процессуальной деятельности при непосредственном обнаружении признаков преступления органами дознания // Научно-правовой альманах МВД России "Профессионал". 1999. N 1 (28).

Президентский надзор // Российская газета. 31.01.2004. N 17 (3394).

Преступления террористической направленности: уголовное преследование на досудебных стадиях / Под науч. ред. О.Н. Коршуновой. СПб., 2003.

Притузова В.А. Заключение эксперта как доказательство в уголовном процессе. М., 1959.

Проблемы реформирования уголовно-процессуального законодательства в проектах УПК РФ. М., 1995.

Проект Общей части УПК РФ // Российская юстиция. 1999. N 9.

Ратинов А.Р. Вопросы познания в судебном доказывании // Советское государство и право. 1964. N 8.

Рахунов Р.Д. Вещественные и письменные доказательства в советском уголовном процессе // Ученые записки ВИЮН. Вып. 10. М., 1959.

Резник Г.М. Оправдание за недоказанностью // Советская юстиция. 1969. N 15.

Резник Г.М. Внутреннее убеждение при оценке доказательств. М., 1977.

Ривлин А.Л. Понятие материальной истины в советском уголовном процессе // Социалистическая законность. 1951. N 11.

Робозеров В.Ф. Оперативно-розыскная информация в системе судебного доказывания // Правоведение. 1978. N 6.

Рузанова Н. Тайное и явное. Как российский ученый стал шпионом // Российская газета. 15.06.2007.

Руткевич М.Н. Диалектический материализм. М., 1973.

Рябцева Е.В. Судебная деятельность в уголовном процессе России. Ростов н/Д, 2006.

Савицкий В.М. Уголовный процесс России на новом витке демократизации // Государство и право. 1994. N 6.

Савицкий В.М. Перед судом присяжных: виновен или невиновен? М., 1995.

Савицкий В.М. Организация судебной власти в Российской Федерации. М., 1996.

Сазонов Б. Прокурор и оперативно-розыскная деятельность // Законность. 1993. N 11.

Сборник Постановлений Пленумов Верховных Судов СССР и РСФСР (Российской Федерации) по уголовным делам. М., 2000.

Селиванов Н.А. Вещественные доказательства. М., 1971.

Семенцов В.А., Сафронов В.Ю. Правовые предпосылки и этапы реализации результатов оперативно-розыскной деятельности в досудебном производстве: Монография. Екатеринбург, 2006.

Смирнов А.В., Калиновский К.Б. Уголовный процесс. СПб.: Питер, 2004.

Смолицкий Г.Р., Шифман М.Л. Вопросы уголовного процесса в практике Верховного Суда СССР. М., 1948.

Смыслов В.И. Свидетель в советском уголовном процессе. М., 1973.

Степичев С.С. Понятие и значение вещественных доказательств // Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973.

Стецовский Ю.И., Ларин А.М. Конституционный принцип обеспечения обвиняемому права на защиту. М., 1998.

Стрелец С. Применение Закона "Об оперативно-розыскной деятельности в Российской Федерации" // Законность. 1994. N 4.

Стрелец С. Использование данных оперативно-розыскных мероприятий // Законность. 1994. N 11.

Строгович М.С. Учение о материальной истине в уголовном процессе. М., 1947.

Строгович М.С. Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. М., 1955.

Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. М., 1958.

Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. Т. 1. М., 1968.

Строгович М.С. Уголовно-процессуальный закон и уголовно-процессуальная форма // Советский уголовно-процессуальный закон и проблемы его эффективности. М., 1979.

Строгович М.С., Алексеева Л.Б., Ларин А.М. Советский уголовно-процессуальный закон и проблемы его эффективности. М., 1979.

Тадевосян В.С. К вопросу об установлении материальной истины в советском уголовном процессе // Советское государство и право. 1948. N 6.

Тарасов А.А. Еще раз об истине в уголовном судопроизводстве // Новый УПК России в действии. М., 2004.

Теория доказательств в советском уголовном процессе. Часть общая. М., 1966.

Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973.

Тетерин Б.С. О способах собирания доказательств в уголовном процессе // Правоведение. 1964. N 2.

Тетерин Б.С., Трошкин Е.З. Возбуждение и расследование уголовных дел. М., 1997.

Тихонов А. О процессуальной безопасности свидетеля и потерпевшего // Советская юстиция. 1993. N 20.

Томин В.Т. Острые углы уголовного судопроизводства. М., 1991.

Трайнин А.Н. Уголовное право РСФСР. Особенная часть. М., 1925.

Трусов А.И. Основы теории судебных доказательств. М., 1960.

Трусов А.И. Проблемы надежности доказывания в советском уголовном процессе. М., 1984.

Трусов А. О допустимости и относимости доказательств // Советская юстиция. 1990. N 4.

Уголовно-процессуальное законодательство Союза СССР и РСФСР. Теоретическая модель / Под ред. В.М. Савицкого. М., 1990.

Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации (проект Научно-исследовательского института проблем укрепления законности и правопорядка при Генеральной прокуратуре Российской Федерации). М., 1994.

Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации. Общая часть (проект) // Российская юстиция. 1994. N 9.

Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации (проект) // Юридический вестник. 1995. N 31.

Уголовный процесс: Учебник для студентов юридических вузов и факультетов / Под ред. К.Ф. Гуценко. Изд. 5-е, перераб. и доп. М., 2004.

Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: Учебник / Отв. ред. П.А. Лупинская. М., 2004.

Ульянова Л.Т. Оценка доказательств судом первой инстанции. М., 1959.

Ульянова Л.Т. Доказательства в уголовном процессе. Общие положения // Уголовный процесс / Под ред. К.Ф. Гуценко. М., 1997.

Ульянова Л.Т. Собирание доказательств // Уголовный процесс: Учебник для студентов юридических вузов и факультетов / Под ред. К.Ф. Гуценко. Изд. 5-е, перераб. и доп. М., 2004.

Ульянова Л.Т. Проверка доказательств // Уголовный процесс: учебник для студентов юридических вузов и факультетов / Под ред. К.Ф. Гуценко. Изд. 5-е, перераб. и доп. М., 2004.

Уолкер Р. Английская судебная система. М., 1980.

Уроки реформы уголовного правосудия в России (по материалам работы Межведомственной рабочей группы по мониторингу УПК РФ и в связи с пятилетием со дня его принятия и введения в действие): Сб. статей и материалов / Под ред. Е.Б. Мизулиной и В.Н. Плигина; Науч. ред. Е.Б. Мизулина. М., 2006.

Фаткуллин Ф.Н. Общие проблемы процессуального доказывания. Казань, 1976.

Филимонов Б.А. Основы теории доказательств в германском уголовном процессе. М.: Спарк, 1994.

Хлюпин Н.И. Прокурорский надзор за исполнением законов в сфере оперативно-розыскной деятельности // Научная информация по вопросам борьбы с преступностью. N 135.

Хмыров А.А. Косвенные доказательства. М., 1979.

Хохлов Ю.Н. О начале реализации уголовной ответственности (к вопросу о поиске правоотношения в оперативно-розыскной деятельности) // Проблемы формирования уголовно-розыскного права (актуальные вопросы правового регулирования оперативно-розыскной, контрразведывательной, частной сыскной, уголовно-процессуальной и уголовно-исполнительной деятельности): Вневедомственный сборник научных работ / Под общ. ред. А.Ю. Шумилова. Вып. 1. М., 1998.

Царева Н.П. Документы - доказательства в уголовном судопроизводстве. М., 2003.

Чельцов М.А. Вопросы судопроизводства и судоустройства в новом законодательстве Союза ССР. М., 1959.

Чечетин А.Е. Актуальные проблемы теории оперативно-розыскных мероприятий: Монография. М., 2006.

Чувилев А. Прокурорский надзор за исполнением законов в оперативно-розыскной деятельности // Законность. 1995. N 6.

Чуркин А. Использование отдельных результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании // Информационный бюллетень военных судов. 2003. N 6 (189).

Шейфер С.А. Доказательственные аспекты закона об оперативно-розыскной деятельности // Государство и право. 1994. N 1.

Шейфер С.А. Доказательства и доказывание по уголовным делам: проблемы теории и правового регулирования. Тольятти, 1997.

Шейфер С.А. Следственные действия. Система и процессуальная форма. М., 2001.

Шумилов А.Ю. Проблемы законодательного регулирования оперативно-розыскной деятельности в России: Монография. М., 1997.

Шумилов А.Ю. Начала уголовно-розыскного права: Монография. М., 1998.

Шумилов А.Ю. Проблемы формирования уголовно-розыскного права (актуальные вопросы обнаружения преступлений с помощью негласных возможностей): Вневедомственный сборник научных работ / Под ред. А.Ю. Шумилова. Вып. 3. М., 2002.

Элькинд П.С. Цели и средства их достижения в советском уголовно-процессуальном праве. Л., 1976.

Якуб М.Л. Проблемы оценки доказательств в советском уголовном процессе // Вестник Московского университета. Серия "Право". 1974. N 6.

Якубович Н.А. Познание в предварительном расследовании преступлений // Советское государство и право. 1970. N 11.

Якубович Н.А. Понятие и содержание процесса доказывания // Теория доказательств в советском уголовном процессе. М., 1973.