

Секция «Юриспруденция»

Представление и использование в уголовном процессе данных, полученных в результате ОРД

Петров Антон Игоревич

Студент

Государственный университет - Высшая школа экономики, Юридический

факультет, Нижний Новгород, Россия

E-mail: anton.petrov.10u2@gmail.com

Согласно ст. 2 Закона об ОРД, оперативно-розыскная деятельность призвана решать задачи, отвечающие интересам не только правоохранительной и судебной системы, но и общества в целом. В то же время, несмотря на то, что оперативно-розыскная деятельность осуществляется в целях защиты публичных интересов, основным ее принципом является конспиративность, что прямо вытекает из ст. 12 Закона «Об ОРД». Подчинение этому принципу порождает ряд проблем, связанных с оформлением, представлением и использованием полученных данных в уголовном процессе, что зачастую приводит к вынесению оправдательного приговора в отношении заведомо виновного лица на основании сведений добытых с риском для жизни в ходе ОРМ. С другой стороны, нередки случаи недобросовестного формирования доказательств на основании сфабрикованных или полученных с нарушением требований закона оперативных материалов, что ставит под угрозу не только права и законные интересы гражданина, но и его свободу[1]. Эти обстоятельства побуждают глубже изучать проблему использования в уголовном процессе данных, полученных в результате ОРД. Основной целью исследования является разработка оптимального алгоритма легализации и представления результатов ОРД в процесс, формирования доказательственной базы на основе оперативных сведений, который отвечал бы требованиям закона и коррелировался с практикой высших судов РФ и Европейского Суда по правам человека. Согласно ст. 4 Инструкции о порядке представления результатов ОРД[2] данные ОРМ могут *использоваться в доказывании* по уголовным делам в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств. Ст. 11 Инструкции подтверждает эту норму. Однако, ст. 89 УПК РФ[3] содержит прямой запрет на использование результатов ОРД в процессе доказывания. Это, на первый взгляд, может показаться явной коллизией. Однако, это не так. Результаты ОРД не являются доказательствами, ибо не отвечают требованиям, предъявляемым к таковым. Субъектом доказывания, согласно ст. 86 ч.1 УПК РФ, являются дознаватель, следователь, прокурор, суд и защитник (ч. 3 ст. 86 УПК). С другой стороны, ч. 2 ст. 41 УПК РФ из процесса дознания исключает дознавателя, который связан с проведением ОРМ. Сотрудники правоохранительных органов, уполномоченные на проведение оперативно-розыскных мероприятий и руководители органов, осуществляющие ОРД, имеют право, лишь представлять предметы и документы для приобщения их к уголовному делу в качестве доказательств (ст. 11 ФЗ «Об ОРД»). Отличаются и способы получения доказательств от способов получения оперативной информации (достаточно сравнить ч. 2 ст. 74 УПК РФ и ст. 6, 15 ФЗ «Об ОРД»). Таким образом, результаты ОРД могут использоваться лишь для формирования доказательственной базы, но сами доказательствами являться не могут. Эта точка зрения подтверждается позицией Конституци-

онного суда РФ, который постановил, что результаты ОРД являются сведениями об источниках тех фактических данных, которые могут стать доказательствами после собирания и проверки их надлежащим процессуальным способом[4], но не подменяют собой процессуальные действия, предусмотренные уголовно-процессуальным законом[5]. Иными словами, формированию доказательств на основе сведений, полученных в ходе оперативно-розыскных мероприятий, должна предшествовать процедура их *легализации*. В первую очередь, производится осмотр представленных письменных материалов с соблюдением требований, указанных в ст. 176, 177 УПК РФ, что оформляется протоколом данного следственного действия в порядке ст. 166 УПК РФ. Далее производится приобщение результатов ОРД в виде письменных материалов либо в качестве вещественных доказательств (ст. 81 УПК РФ), либо как иных документов (ст. 84 УПК РФ). Использование в качестве доказательств по делу результатов оперативно-розыскных мероприятий, полученных из источников, формально подпадающих под определение, данное в УПК РФ (ст. 84 УПК РФ - «иные документы») недопустимо, ибо процессуальные сведения должны быть собраны лишь в «имманентно присущей уголовно-процессуальной форме»[6]. Исключение составляет правовой обычай подменять следственные действия похожими на них ОРМ. Например, согласно п. 1 ч. 1 ст. 15 Закона об ОРД, допускается производить *изъятие документов, предметов, материалов и сообщений* в случае возникновения непосредственной угрозы жизни и здоровью лица, а также угрозы государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации[7]. Проведение оперативных мероприятий и фиксация их результатов в соответствии с установленным законом порядком еще не делает их законными, ибо должны быть основания для проведения ОРМ, указывающие на намерение совершить или совершение преступного деяния, при чем «латентный умысел» таким основанием быть не может[8]. Следует учесть, что недопустимо проведение многократных оперативных экспериментов в отношении одного и того же лица по одним и тем же основаниям[9], несмотря на то, что суды не имеют однозначного мнения по данному вопросу[10]. Поэтому основания проведения ОРМ, в ходе которых были получены сведения послужившие основой для доказательства вины разрабатываемого объекта, должны содержаться в материалах дела. При проведении таких оперативно-розыскных мероприятий как «оперативный эксперимент», «проверочная закупка» и «контролируемая поставка» должны быть предприняты все необходимые меры для обеспечения наличия доказательств отсутствия факта провокации, которая запрещена ст. 5 ФЗ «Об ОРД». Тем более что за *провокацию взятки* предусмотрена уголовная ответственность (ст. 304 УК РФ)[11]. Во-первых, проведение оперативного эксперимента должно быть обусловлено поступлением сведений о посягательстве на охраняемые законом интересы, которые оформляются в виде подборки оперативных материалов. При этом необходимо не только привести доказательства преступной деятельности, послужившие основанием для проведения ОРД, но и исключить в качестве таковых оперативные источники[12]. Во-вторых, в постановлении о проведении ОРД, утвержденном руководителем органа, осуществляющего ОРД, должны быть указаны место, время проведения ОРМ, сведения о лице, в отношении которого они проводятся, цели, которые преследуют оперативные сотрудники. Это требование адвокат Ф.А. Фомин подтверждает судебной практикой[13]. В-третьих, должно быть установлено, что противоправные деяния разрабатываемого объекта инициативны. Данное требование было сформулировано ре-

шением ЕСПЧ по делу «Тейшейра Де Кастро против Португалии»[14]. В-четвертых, ход, рассматриваемых оперативно-розыскных мероприятий необходимо фиксировать посредством аудио- и видеозаписи, что значительно облегчает определение степени законности проводимых ОРМ. При использовании звукозаписывающих устройств, для упрощения процесса доказывания, следует произвести процедуру идентификации лица по голосу. Для этого следователь, в порядке ст. 202 УПК РФ, выносит постановление о получении образцов для сравнительного исследования. При отказе лица дать образец своего голоса недопустимо проведение ОРМ с целью их получения, на что неоднократно указывал Конституционный суд РФ[15]. Поэтому получать образцы голоса следует в ходе следственных действий с применением средств фиксации. В итоге, можно сделать следующие выводы. Во-первых, только точное следование перечисленным положениям обеспечит законность доказательств, сформированных на основании данных, полученных в результате ОРД. Во-вторых, обеспечение законности доказательств на основе результатов ОРД является труднодостижимым в силу высоких требований, большая часть которых содержится в судебных постановлениях, которые, зачастую, противоречат друг другу. В-третьих, необходимо сформировать единую систему требований к получению, представлению и использованию оперативной информации в уголовном процессе, разработать единый алгоритм «легализации» оперативных данных и обеспечить высокую юридическую технику их законодательного закрепления с учетом практики высших судов РФ и практики Европейского суда по правам человека. [1] См.: «Обзор судебной практики по уголовным делам о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных, сильнодействующих и ядовитых веществ» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 27 июня 2012 года) // Текст официально опубликован не был. СПС «Консультант Плюс», 2013 [2] Приказ МВД РФ № 368, ФСБ РФ № 185, ФСО РФ №64, ФТС РФ № 481, СВР РФ № 32, ФСИН РФ № 184, ФСКН РФ № 97, Минобороны РФ № 147 от 17.04.2007 «Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд» (Зарегистрировано в Минюсте РФ 07.05.2007 № 9407) // Российская газета. 2007. 16 мая. (Далее – Инструкция). [3] Уголовно-процессуальный кодекс РФ. Принят Государственной Думой 22 ноября 2001 г. Одобрен Советом Федерации РФ 5 декабря 2001 года. Подписан Президентом РФ 18 декабря 2001 г. (ред. от 16.10.2012) // СЗ РФ. 1996. № 25. ст. 2954 [4] См.: Определение Конституционного Суда РФ от 04.02.1999 № 18-О «По жалобе граждан М.Б. Никольской и М.И. Сапронова на нарушение их конституционных прав отдельными положениями Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»// ВКС РФ, 1999, № 3 [5] Определение Конституционного Суда РФ от 01.12.1999 № 211-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Барковского Константина Олеговича на нарушение его конституционных прав частью четвертой статьи 127 УПК РСФСР, пунктом 1 части первой статьи 6 и пунктом 3 части первой статьи 7 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» // ВКС РФ, № 2, 2000 [6] Смирнов А. В. «Серебряное блюдо» оперативно-розыскной деятельности // Уголовный процесс 2012. – №10. – С. 13 [7] Явно прослеживается параллель со следственным действием, предусмотренным ст. 183 УПК РФ (Выемка). [8] См.: Постановление Европейского Суда по правам человека от 26.10.2006 «Дело «Худобин (Khudobin) против Российской Федерации» (жалоба № 59696/00)//Бюллетень ЕСПЧ, 2007, №11 [9] Определение Верховного Суда РФ от

24.04.2012 N 89-Д12-4// Текст официально опубликован не был. СПС «Консультант Плюс», 2013. [10] Определение Верховного Суда РФ от 02.07.2008 N 18-Д08-79// Текст официально опубликован не был. СПС «Консультант Плюс», 2013.я [11] Интересно, что в России не были разработаны критерии провокации ни на законодательном уровне, ни на уровне судебной практики, связи с чем приходится опираться на практику ЕСПЧ. [12] Постановление Европейского Суда по правам человека от 09.06.98 «Тейшейра Де Кастро против Португалии» (жалоба №25829/94) // Бюллетень ЕСПЧ. – 1999. – № 6. [13] Фомин М. А. Отграничение оперативного эксперимента от провокации взятки // Уголовный процесс. 2010 – №3. – С.10 [14] Постановление Европейского Суда по правам человека от 15.12.2005 по делу «Ваньян против России» (жалобы №53203/99) // Бюллетень ЕСПЧ. – 2006. – № 7 [15] См. напр.: Определение Конституционного Суда РФ от 25.02.2010 №261-О-О// Текст официально опубликован не был. СПС «Консультант Плюс», 2013.

Литература

1. Уголовный кодекс Российской Федерации. Принят Государственной Думой 24 мая 1996 года. Одобрен Советом Федерации 5 июня 1996 года. Подписан Президентом РФ 13 июня 1996 г. (ред. от 03.12.2012) // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954
2. Уголовно-процессуальный кодекс РФ. Принят Государственной Думой 22 ноября 2001 г. Одобрен Советом Федерации РФ 5 декабря 2001 года. Подписан Президентом РФ 18 декабря 2001 г. (ред. от 16.10.2012) // СЗ РФ. 1996. № 25. ст. 2954
3. Федеральный закон от 12.08.1995 № 144-ФЗ (ред. от 10.07.2012) «Об оперативно-розыскной деятельности» // СЗ РФ. 1995. № 33. ст. 3349.
4. Федеральный закон от 31.05.2002 N 63-ФЗ (ред. от 21.11.2011) «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2002. № 23. Ст. 2102.
5. Приказ ФСНП России, ФСБ России, МВД России, ФСО России, ФПС России, ГТК России, СВР России от 13 мая 1998 г. №175/226/336/201/286/410/56 «Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю, прокурору или в суд» (Зарегистрирован Минюстом России 3.09.1998 № 1603)//Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 1998. № 23.
6. Приказ МВД РФ № 368, ФСБ РФ № 185, ФСО РФ №64, ФТС РФ № 481, СВР РФ № 32, ФСИН РФ № 184, ФСКН РФ № 97, Минобороны РФ № 147 от 17.04.2007 «Об утверждении Инструкции о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд» (Зарегистрировано в Минюсте РФ 07.05.2007 № 9407) // Российская газета. 2007. 16 мая.
7. Закон Республики Беларусь от 9 июля 1999 г. № 289-З «Об оперативно-розыскной деятельности» [Электронный ресурс] / Национальный правовой Интернет-портал Республики Беларусь // URL: <http://pravo.by/main.aspx?guid=3871p0=h19900289p2=NRPA>

8. Закон Республики Армения от 22 октября 2007 № ЗР-223-Н «Об оперативно-розыскной деятельности» / База данных «Законодательство стран СНГ» [Электронный ресурс] // URL: http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=52390
9. Постановления и определения Конституционного Суда РФ; постановления и определения Верховного Суда РФ
10. Определение Конституционного Суда РФ от 01.12.1999 № 211-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Барковского Константина Олеговича на нарушение его конституционных прав частью четвертой статьи 127 УПК РСФСР, пунктом 1 части первой статьи 6 и пунктом 3 части первой статьи 7 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» // ВКС РФ. 2000. № 2.
11. Определение Конституционного Суда РФ от 04.02.1999 № 18-О «По жалобе граждан М.Б. Никольской и М.И. Сапронова на нарушение их конституционных прав отдельными положениями Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» // ВКС РФ. 1999. № 3
12. Определение Конституционного суда РФ от 24.01.2008 № 104-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Бухрова Дмитрия Юрьевича на нарушение его конституционных прав частью четвертой статьи 21, статьями 84, 86 и 89 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и статьями 2 и 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» // Текст официально опубликован не был. СПС «Консультант Плюс», 2013.
13. Определение Конституционного Суда РФ от 25.02.2010 №261-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Немых Натальи Ивановны на нарушение ее конституционных прав статьями 12 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», статьями 87, 186 и 202 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Текст официально опубликован не был. СПС «Консультант Плюс», 2013.
14. Постановление Верховного Суда РФ от 23.12.1992 № 4202-1 (ред. от 21.11.2011, с изм. от 30.11.2011) «Об утверждении Положения о службе в органах внутренних дел Российской Федерации и текста Присяги сотрудника органов внутренних дел Российской Федерации» // первоначальный текст документа опубликован в издании «Ведомости СНД и ВС РФ». 1993. № 2. ст. 70. (ст. 38)
15. Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10.02.2000 №6 (ред. от 22.05.2012) «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе» // БВС РФ. 2003. №4.
16. Определение Верховного Суда РФ от 02.07.2008 N 18-Д08-79 // Текст официально опубликован не был. СПС «Консультант Плюс», 2013.
17. Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за IV квартал 2009 г. // СЗ РФ. 2009. № 44. ст. 5170.
18. Определение Верховного Суда РФ от 24.04.2012 N 89-Д12-4// Текст официально опубликован не был. СПС «Консультант Плюс», 2013.

19. «Обзор судебной практики по уголовным делам о преступлениях, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных, сильнодействующих и ядовитых веществ» (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 27 июня 2012 года) // Текст официально опубликован не был. СПС «Кон-сультант Плюс», 2013.
20. Постановления ЕСПЧ от 09.06.98 по жалобе №25829/94 «Тейшйера Де Кастро против Португалии» // Бюллетень ЕСПЧ. 1999. №5
21. Постановление Европейского суда по правам человека от 27.10.2004 по жалобам №39647/98 и 40461/98 «Эдвардс (Edwards) и Льюис (Lewis) против Соединенного Королевства» // СПС «Консультант Плюс», 2013.
22. Постановление ЕСПЧ от 15.12.2005 по делу «Ваньян против Рос-сии» №53203/99 // Бюллетень ЕСПЧ. 2006. № 7
23. Постановление ЕСПЧ от 26.10.2006 «Дело «Худобин (Khudobin) против Российской Федерации» (жалоба № 59696/00)//Бюллетень ЕСПЧ, 2007, № 11
24. Постановление ЕСПЧ от 04.11.2010 «Дело "Банникова (Bannikova) против Российской Федерации» (жалоба № 18757/06)//«Российская хроника Ев-ропейского Суда», 2011, № 4
25. Приговор Нижегородского областного суда от 11 декабря 2007г. по уголовному делу №9 008-4 // Архив Нижегородского областного суда. 2007 г.
26. Приговор Промышленного районного суда г. Самары от 14 марта 2007 г. по уголовному делу №1-358/07 // Архив Промышленного районного су-да г. Самары. 2007 г.
27. Приговор Дорогомиловского районного суда г. Москвы от 21 ок-тября 2009 г. по уго-ловному делу № 378210 // Архив Дорогомиловского район-ного суда г. Москвы. 2010г.
28. Приговор Дорогомиловского районного суда г. Москвы от 19 сен-тября 2010 г. по уго-ловному делу № 1 131/2010 // Архив Дорогомиловского районного суда г. Москвы. 2010г.
29. Приговор районного суда города Дагестанские Огни Республики Дагестан от 26 декабря 2011 года № 228-1 / Судебные акты. Арбитражные суды и Суды общей юрисдикции. [Электронный ресурс] // URL: <http://www.sudact.ru>
30. Приговор Советского районного суда г. Тула от 11 апреля 2012 года / Судебные ак-ты. Арбитражные суды и Суды общей юрисдикции. [Электрон-ный ресурс] // URL: <http://www.sudact.ru>
31. Приговор от 12 июля 2012 года Кызылского городского суда Рес-публики Тыва по уголовному делу № 1-92/11 (2-6042/10) // Архив городского суда г. Кызыл. 2012 г.
32. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» // Под ред А.Ю. Шумилова. – М.: 1997. – С. 110.

33. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. д.ю.н., проф. А.И. Чучаева. – М.: 2009. – С. 881.
34. Борщов А.С. О соотношении документирования в оперативно-розыскной деятельности и доказывания в уголовном процессе / А.С. Борщов, Ю.В. Колташов // Правовые, научные и организационно-тактические проблемы оперативно-розыскной деятельности в современных условиях. – М.: 1997. – С. 58.
35. Маркушин А.Г. Оперативно-розыскная деятельность в раскрытии и расследовании преступлений: Монография – Н. Новгород. – 2010. – 317 с.
36. Башкатов Л.Н., Козилев Е.Н. Понятие уголовно-процессуальной оценки оперативной информации и ее значение для реализации функции уголовного преследования // Уголовное судопроизводство. 2008. – №1. – С. 19 - 23
37. Доля Е.А. О доказательствах, доказывании и использовании в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности по УПК РФ. Научно-практическая конференция «Правовая и криминалистическая оценки нового УПК РФ» // Государство и право. – 2002. – №10. – С. 113.
38. Иванов П.И. Актуальные проблемы использования результатов ОРД при расследовании преступлений коррупционной направленности// СПС Консультант-Плюс
39. Смирнов А. В. «Серебряное блюдо» оперативно-розыскной деятельности // Уголовный процесс. – 2012. – №10. – С. 12
40. Сусликов А. Н. Использование результатов проверочной закупки при доказывании//Уголовный процесс. – 2007. – №11. – С. 64
41. Трубникова Т. В. Отграничение провокации от правомерного оперативно-розыскного мероприятия в практике ЕСПЧ и судов РФ // Уголовный процесс. – 2012. – №12. – С. 35.
42. Фомин М. А. Отграничение оперативного эксперимента от провокации взятки//Уголовный процесс. – 2010. – №3. – С.10
43. Шамардин А.А. К вопросу об использовании результатов оперативно-розыскной деятельности в доказывании // Труды Оренбургского института (филиала) МГЮА (выпуск 9). – Оренбург. – 2008. – С. 342-356.