

# ОРГАНИЗАЦИЯ ПРАВООХРАНИТЕЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

В. Н. Исаенко\*

## О некоторых вопросах использования материалов оперативно-розыскной деятельности в уголовно-процессуальном доказывании

***Аннотация.** В статье рассматриваются вопросы, связанные с неоднозначной оценкой возможностей и пределов использования в уголовном судопроизводстве материалов оперативно-розыскной деятельности. Автор обращает внимание на допускаемые при этом нарушения положений Конституции РФ и уголовно-процессуального закона. Высказывается мнение о целесообразности внесения изменений в Уголовно-процессуальный кодекс РФ и в Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности». Это позволит более взвешенно использовать в доказывании материалы оперативно-розыскной деятельности.*

***Ключевые слова:** доказывание, материалы оперативно-розыскной деятельности, образцы для сравнительного исследования, фоноскопическая экспертиза, заключение эксперта.*

**DOI: 10.17803/1994-1471.2016.67.6.211-217**

**В** следственной и судебной практике достаточно часто возникают вопросы, связанные с использованием в формировании доказательств материалов, полученных в результате производства оперативно-розыскных мероприятий (ОРМ). По этому поводу высказываются противоположные точки зрения, несмотря на то что ст. 89 Уголовно-процессуального кодекса РФ однозначно запрещает использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности (ОРД), если они не отвечают требованиям, установленным уголовно-процессуальным законом. В свою очередь, результаты системного анализа положений законодательства, регулирующего порядок уголовного судопроизводства, позволя-

ют прийти к выводу, что при оценке сведений, полученных при проведении ОРД, по целому ряду причин недопустимо использование критериев оценки доказательств в уголовном судопроизводстве.

Эти сведения могут быть получены по основаниям и в порядке, которые предусмотрены Федеральным законом от 12.08.1995 года № 144-ФЗ «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее — Закон об ОРД). Однако процедура уголовного судопроизводства на территории Российской Федерации установлена не данным Законом, а УПК РФ, основанным на Конституции РФ (ч. 1 ст. 1 УПК РФ). В соответствии с Конституцией при осуществлении правосудия не допускается использование доказательств,

---

© Исаенко В. Н., 2016

\* *Исаенко Вячеслав Николаевич*, доктор юридических наук, профессор кафедры организации правоохранительной деятельности Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

viach.isaencko2010@yandex.ru

123995, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

полученных с нарушением федерального закона (ч. 2 ст. 50), каковым и является УПК РФ. Это означает, что в решении задач установления обстоятельств преступлений, изобличения совершивших их лиц недопустимо использование сведений, полученных вне уголовно-процессуальной процедуры. При этом следует учитывать разъяснения, содержащиеся в п. 16 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 31.10.1995 № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия»<sup>1</sup>, где сказано, что доказательства должны признаваться полученными с нарушением закона, если при их собирании и закреплении был нарушен установленный уголовно-процессуальным законодательством порядок их собирания и закрепления, а также если собирание и закрепление доказательств осуществлено ненадлежащим органом либо в результате действий, не предусмотренных процессуальным законом.

Несоблюдение названных конституционных требований исключает процессуальный статус сведений, собранных в результате ОРМ, поскольку они получены иным субъектом, из не предусмотренных УПК РФ источников, с соблюдением иных процедурных требований (в том числе исключая осведомленность лица, в отношении которого проводится ОРД), другого порядка фиксации. Тем не менее признание правомерности использования в доказывании сведений, сформированных с использованием материалов, полученных в результате ОРМ, — распространенное явление.

Это относится, в частности, к оценке заключений экспертов, проводивших идентификационные исследования. Их проведение сопряжено с предварительным получением образцов для сравнительного исследования, имеющих процессуальное подтверждение происхождения от объекта (в том числе физического лица), имеющего отношение к расследуемому преступлению. Эта идея заложена законодателем в содержание ст. 202 УПК РФ, устанавливающей процессуальный порядок получения таких образцов. Они не являются доказательствами, а представляют собой материалы, исследование которых обеспечивает получение доказательств. В криминалистическом значении они

являются идентифицирующими объектами. Допустимость заключения эксперта может быть обеспечена только при условии соблюдения процессуального порядка получения идентифицируемого и идентифицирующего объектов. Достоверность и соответственно доказательственное значение информации, носителем которой является идентифицируемый объект (например, фонограмма, на которой зафиксированы результаты прослушивания телефонных переговоров на основании п. 10 ст. 6 Закона об ОРД), могут быть установлены только процессуальным путем (посредством судебно-фоноскопической экспертизы). Это никто не подвергает сомнению. Однако не подлежит сомнению и то, что идентифицирующий объект (в данном случае — образец устной речи идентифицируемого лица) также должен иметь изначальное процессуальное происхождение и удостоверение.

При получении образцов для сравнительного исследования оперативным работником они не могут иметь процессуального значения, поскольку отсутствует процессуальное удостоверение принадлежности образцов голоса данному лицу. Используя их в судебно-фоноскопическом исследовании, эксперт в лучшем случае придет к выводу, что на проверяемой фонограмме и фонограмме с образцами устной речи, полученной оперативным путем, зафиксирован голос одного и того же лица. Вопрос о его принадлежности проверяемому лицу по-прежнему останется нерешенным.

Поэтому крайне сложно утверждать о процессуальном (т.е. доказательственном) значении результатов такого исследования, облеченного в форму заключения эксперта. Вряд ли можно согласиться с тем, что для следователя, прокурора, суда может иметь процессуальное значение удостоверение оперативным работником происхождения образца устной речи от подозреваемого, обвиняемого даже на основании поручения следователя, действующего со ссылкой на п. 4 ч. 2 ст. 38 УПК РФ.

Во-первых, следователь давать такое поручение не вправе. Поступая подобным образом, он уходит от выполнения возложенной на него процессуальной обязанности получения образцов для сравнительного исследования.

<sup>1</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 1995. № 10.

Во-вторых, поручение дается лицу, результаты действий которого не могут иметь процессуального значения по обстоятельствам, изложенным в начале статьи. Мы солидарны с В. И. Зажицким, не согласным с мнением о том, что оперативный работник вправе получать образцы для сравнительного исследования, которые могут использоваться для производства судебной экспертизы. Процессуальные правила получения таких образцов являются важным элементом ее производства. Важнейшее из них состоит в том, что образцы для сравнительного исследования вправе получить только следователь, а также эксперт, если их получение является частью судебной экспертизы (ст. 202 УПК РФ)<sup>2</sup>. А. В. Хмелева, формулируя общие требования к материалам, направляемым на экспертизу, также отмечает: «Материалы должны быть допустимыми, что означает их получение в порядке, предусмотренном УПК РФ»<sup>3</sup>.

Относительно назначения ОРМ «сбор образцов для сравнительного исследования» вполне определенно высказались А. А. Ларинков и Е. Л. Никитин, указав, что его содержанием и целью является «обнаружение, изъятие и консервация материальных носителей информации, сохранивших следы преступления либо следы лица, совершившего преступление, а также предметов, служивших объектами преступного посягательства или могущих служить средством обнаружения общественно опасного деяния и причастных к нему лиц, с целью их сравнения с материалами и тождественными предметами у изучаемых лиц для решения задач ОРД (выделено нами. — В. И.)»<sup>4</sup>. В. С. Овчинский и А. Е. Чечетин, характеризуя цели и правовое значение проведения ОРМ, также

констатируют, что они представляют собой «действия, основанные на применении преимущественно негласных средств и методов и направленные на непосредственное выявление фактических данных, необходимых для решения задач ОРД»<sup>5</sup>.

В пункте 1 ч. 1 ст. 15 Закона об ОРД установлено, что в случае изъятия документов, предметов, материалов при проведении гласных оперативно-розыскных мероприятий должностное лицо, осуществившее изъятие, составляет протокол в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации. Не останавливаясь на крайней спорности включения в Закон об ОРД такого положения (как и содержания ст. 89 УПК РФ), все же отметим, что в подобном случае происходит удостоверение факта, хода и результатов производства ОРМ, но не следственного действия. Закон об ОРД не регулирует уголовно-процессуальные правоотношения, в том числе связанные с получением, проверкой и оценкой доказательств. Конституционный Суд РФ неоднократно отмечал, что результаты оперативно-розыскных мероприятий являются не доказательствами, а лишь сведениями об источниках тех фактов, которые, будучи полученными с соблюдением требований, могут стать доказательствами только после закрепления их надлежащим процессуальным путем, а именно на основе соответствующих норм уголовно-процессуального закона<sup>6</sup>.

При получении необходимых образцов оперативным работником по поручению следователя именно оперативный работник является субъектом их получения, а следователь фактически придает процессуальную видимость их получению, т.е. происходит подмена процессу-

<sup>2</sup> Зажицкий В. И. Встречи оперативного сотрудника с подозреваемым: какими они должны быть? // Рос. юстиция. 2015. № 1. С. 37.

<sup>3</sup> Хмелева А. В. Отдельные вопросы назначения судебных экспертиз и оценки заключения экспертов // Эксперт-криминалист. 2015. № 3. С. 25.

<sup>4</sup> Ларинков А. А., Никитин Е. Л. Получение результатов оперативно-розыскной деятельности и использование их в доказывании : учеб. пособие. СПб. : Юрид. ин-т Ген. прокуратуры РФ, 2006. С. 19.

<sup>5</sup> Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» (постатейный) / под ред. А. И. Алексеева, В. С. Овчинского. М. : Проспект, 2011.

<sup>6</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 20.11.2014 № 2557-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Мязиной Марии Юрьевны на нарушение ее конституционных прав положениями статей 6 и 15 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» и статей 170, 176, 177 и 183 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

ального действия оперативно-розыскным мероприятием. В связи с этим уместно привести мнение Ю. Л. Астафьева и Т. В. Винокуровой, обоснованно, по нашему мнению, констатирующих: «Движение по этому пути — движение в направлении разрушения уголовного процесса как системы»<sup>7</sup>.

Однако материалы судебной практики последних лет свидетельствуют о том, что отношение судов к проведению экспертиз с использованием образцов для сравнительного исследования, полученных в результате ОРМ, стало изменяться в сторону признания возможности использования их выводов в доказывании. Так, в 2011 г., рассматривая кассационную жалобу Б., Р., К., П., осужденных Санкт-Петербургским городским судом, и их защитников, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ указала в определении, что суд первой инстанции обоснованно признал недопустимыми доказательствами фоноскопические экспертизы в отношении осужденных и исключил их из перечня доказательств в связи с недопустимостью по следующим причинам:

- а) образцы голосов обвиняемых были получены в условиях следственного изолятора, скрытно от них, в отсутствие их защитников, без разъяснения им их процессуальных прав, беседы между обвиняемыми и оперуполномоченным не протоколировались;
- б) получение в ходе производства предварительного расследования образцов голоса для сравнительного исследования путем проведения оперативно-розыскных мероприятий недопустимо, нарушает права обвиняемых на защиту, противоречит нормам уголовно-процессуального законодательства, предусматривающим специальную процедуру получения образцов в данной стадии процесса<sup>8</sup>.

Напротив, в 2015 году при рассмотрении уголовного дела по обвинению О. Ленинский районный суд Приморского края признал до-

пустимым доказательством заключение судебно-фоноскопической экспертизы, выполненной с использованием в качестве образцов для сравнительного исследования образцов голоса подсудимого, полученных оперативными работниками на основании поручения следователя. Судебная коллегия по уголовным делам Приморского краевого суда признала данное решение суда первой инстанции обоснованным. На наш взгляд, эти решения являются примерами весьма своеобразного толкования закона не только судами, но в первую очередь следователем и оперативными работниками, а также прокурорами, осуществлявшими надзор в досудебном производстве по данному делу и участвовавшими в его рассмотрении судами первой и апелляционной инстанций. В частности, в апелляционном определении записано: «...Образцы голоса О. были изъяты и получены в результате негласного оперативно-розыскного мероприятия, результаты представлены на компакт-диске. Получение оперативным путем образцов голоса О. после установления его места нахождения поручено оперативным сотрудникам 3 отдела ОС Управления ФСКН... на основании соответствующего поручения следователя ОС Управления ФСКН... Из постановления о проведении ОРМ “Сбор образцов для сравнительного исследования”... следует, что ОРМ “Прослушка телефонных переговоров” (название ОРМ приведено по тексту определения. — В. И.) проведено на основании судебного решения...»<sup>9</sup>.

В первую очередь возникает вопрос о правомерности направления следователем поручения о производстве ОРМ «Сбор образцов для сравнительного исследования» в период нахождения уголовного дела в его производстве. И тем более уместен вопрос о необходимости ОРМ «Прослушивание телефонных переговоров» для выполнения поручения следователя. Третий же вопрос сводится к тому, следовало ли вообще следователю и оперативными работниками заниматься этой за-

<sup>7</sup> Астафьев Ю. В., Винокурова Т. В. Особенности соотношения уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности на стадии возбуждения уголовного дела // Рос. юстиция. 2015. № 5. С. 33.

<sup>8</sup> Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 21.07.2011 № 78-О11-68 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>9</sup> Апелляционное определение Приморского краевого суда от 27.04.2017 по делу № 22-2107/15 // СПС «КонсультантПлюс».

конообразной эквилибристикой, поскольку следователь был вправе принять решение о производстве следственного действия «Контроль и запись переговоров» (ст. 186 УПК РФ), а затем использовать полученную фонограмму в качестве образца голоса О. для сравнительного исследования.

В следственной и судебной практике имеют место факты использования в этом качестве фонограмм или видеозаписей, полученных при производстве следственных действий. Верховный суд Республики Башкортостан, рассматривая уголовное дело по обвинению Т. в преступлении, предусмотренном ч. 6 ст. 290 УК РФ, признал допустимым доказательством заключение эксперта, использовавшего для идентификации подсудимого по голосу представленную следователем видеозапись очной ставки с участием Т. Это явилось одним из оснований обращения Т. и его защитника с кассационной жалобой, рассмотрев которую Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ в данной части пришла к следующему выводу: «Предоставление для производства экспертизы видеозаписи следственного действия — очной ставки с участием Т... как образца для идентификации его голоса не противоречит требованиям закона... <...> Видеозапись при проведении очной ставки была получена в соответствии с требованиями уголовно-процессуального закона — о ее применении участники следственного действия были предупреждены до его начала...»<sup>10</sup>

Представляется, что со временем подходы к оценке возможностей использования материалов ОРД при производстве идентификационных экспертиз могут изменяться. В апелляционных и кассационных определениях Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ, вынесенных в 2014—2015 гг., эта тенденция просматривается вполне определенно. Однако это свидетельствует о фактическом формировании следственной и судебной практики в данной части вопреки требованиям уголовно-процессуального закона.

В связи с этим полагаем, что требуется изменение редакции ст. 89 УПК РФ. Ранее она была предложена нами в следующем варианте: «Результаты оперативно-розыскной деятельности используются в доказывании при условии их получения в соответствии с федеральным законом, проверки достоверности содержащихся в них сведений и их оценки в порядке, предусмотренном настоящим Кодексом, представления следователю, дознавателю, прокурору, суду (судье) в соответствии с действующим федеральным законодательством и последующего уголовно-процессуального исследования в установленном Кодексом порядке»<sup>11</sup>.

В свою очередь, из ч. 1 ст. 15 Закона об ОРД целесообразно исключить положение, предписывающее сотрудникам подразделений, выполняющих данную деятельность, ссылаться на нормы УПК РФ при изъятии документов, предметов, материалов. Это положение дезориентирует правоприменителей, полагающих, что выполнение данного требования априори обеспечивает доказательственное значение результатов названных действий без их процессуальной проверки. Так, приговором Черемушкинского районного суда г. Москвы от 07.05.2015 К. А. И. признан виновным в преступлении, предусмотренном ч. 1 ст. 30, ч. 5 ст. 228 УК РФ, и осужден к лишению свободы. При рассмотрении дела суд признал допустимыми доказательствами документы по производству ОРМ «Наблюдение», «Прослушивание телефонных переговоров», «Сбор образцов для сравнительного исследования», указав, что они составлены в соответствии с требованиями УПК РФ, и сослался на них в приговоре. Рассмотрев апелляционную жалобу осужденного и его защитника, Московский городской суд пришел к выводу, что судом первой инстанции правильно установлено соответствие этих документов требованиям УПК РФ, поскольку ОРМ проведены в рамках требований закона, а потому «доводы жалоб о недопустимых доказательствах материалов ОРМ» суд апелляционной инстанции признал несостоятельными<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Кассационное определение Верховного Суда РФ от 11.09.2012 № 74-О12-14СП // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>11</sup> Исаенко В. Об образцах для судебно-экспертного фоноскопического исследования // Уголовное право. 2013. № 6.

<sup>12</sup> Апелляционное определение Московского городского суда от 19.08.2015 по делу № 10-10382/2015 // СПС «КонсультантПлюс».

По нашему мнению, вывод в отношении материалов ОРД противоречит закону. В части 1 ст. 15 Закона об ОРД указано на документирование в соответствии с требованиями УПК РФ только гласных ОРМ. Наблюдение, прослушивание телефонных переговоров назвать таковыми сложно. Тем более сложно документировать их в соответствии с нормами УПК РФ. Соответственно, сложно высказаться и о том, по каким критериям суды первой и апелляционной инстанций сочли возможным признать материалы об их проведении допустимыми доказательствами, учитывая, что сами по себе результаты ОРМ (тем более проведенных с отступлением от закона) не могут являться доказательствами.

Возможно, это звучит резко, но, оставляя без должного реагирования очевидные факты нарушения федерального законодательства при формировании доказательств с использованием материалов ОРД, суды тем самым поощряют дальнейшие их нарушения органами расследования, да и прокурорами, своевременно не

выявляющими эти нарушения в досудебном производстве. В одном из постановлений президиума Свердловского областного суда обоснованно подчеркнуто: «В специфическом контексте методов расследования, применяемых для борьбы с коррупцией, учитывая скрытый характер взяточничества как преступной деятельности, судебная коллегия приходит к убеждению, что способ получения доказательств путем проведения оперативных мероприятий был оправданным, а материалы ОРД и доказательства, полученные с их использованием, обоснованно признаны судом первой инстанции достоверными и положены в основу обвинительного приговора»<sup>13</sup>. Безусловно, ОРД крайне важна в противодействии преступности. Однако ее результаты могут являться только информационной основой для доказывания, но не подменять доказательства и используемые для их формирования материалы, которые изначально должны быть получены процессуальным путем.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. Астафьев Ю. В., Винокурова Т. В. Особенности соотношения уголовно-процессуальной и оперативно-розыскной деятельности на стадии возбуждения уголовного дела // Рос. юстиция. — 2015. — № 5.
2. Зажицкий В. И. Встречи оперативного сотрудника с подозреваемым: какими они должны быть? // Рос. юстиция. — 2015. — № 1.
3. Исаенко В. Об образцах для судебно-экспертного фоноскопического исследования // Уголовное право. — 2013. — № 6.
4. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности» (постатейный) / под ред. А. И. Алексеева, В. С. Овчинского. — М.: Проспект, 2011.
5. Ларинков А. А., Никитин Е. Л. Получение результатов оперативно-розыскной деятельности и использование их в доказывании: учеб. пособие. — СПб.: СПб. юрид. ин-т Ген. прокуратуры РФ, 2006.
6. Хмелева А. В. Отдельные вопросы назначения судебных экспертиз и оценки заключения экспертов // Эксперт-криминалист. — 2015. — № 3.

*Материал поступил в редакцию 25 декабря 2015 г.*

<sup>13</sup> Апелляционное определение судебной коллегии по уголовным делам Свердловского областного суда от 19.11.2014 № 22-9643/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

## ON SOME ISSUES OF THE USAGE OF INVESTIGATIVE ACTIVITIES IN CRIMINAL PROCEDURE ESTABLISHMENT OF EVIDENCE

**ISAENKO Vyacheslav Nikolaevich** — Doctor of Law, professor at the Department of Law Enforcement Activities, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)  
viach.isaenko2010@yandex.ru  
123995, Russia, Sadovaya-Kudrinskaya Street, 9

**Review.** *The article deals with the issues related to the controversial assessment of possibilities and limits of the use of the investigative activities records in criminal proceedings. The author draws attention to the violations of the provisions of the Constitution and the law of criminal procedure. The author points out the advisability of amending the Criminal Procedure Code of the Russian Federation and the Federal Law «On investigative activities.» This will allow a more balanced use of investigative activities records in establishing the evidence.*

**Keywords:** *establishment of evidence, investigative activities records, sample materials for comparative study, phonoscopic examination, expert's opinion.*

### REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Astaf'ev Ju. V., Vinokurova T. V. Osobennosti sootnosheniya uголовно-processual'noj i operativno-rozysknoj dejatel'nosti na stadii vozbuzhdeniya uголовного дела // Ros. justiciya. — 2015. — № 5.
2. Zazhickij V. I. Vstrechi operativnogo sotrudnika s podozrevaemym: kakimi oni dolzhny byt'? // Ros. justiciya. — 2015. — № 1.
3. Isaenko V. Ob obrazcah dlja sudebno-jekspertnogo fonoskopicheskogo issledovanija // Uголовное право. — 2013. — № 6.
4. Kommentarij k Federal'nomu zakonu «Ob operativno-rozysknoj dejatel'nosti» (postatejnyj) / pod red. A. I. Alekseeva, V. S. Ovchinskogo. — M. : Prospekt, 2011.
5. Larinkov A. A., Nikitin E. L. Poluchenie rezul'tatov operativno-rozysknoj dejatel'nosti i ispol'zovanie ih v dokazyvanii: ucheb. posobie. — SPb. : SPb. jurid. in-t Gen. prokuratury RF, 2006.
6. Hmeleva A. V. Otdel'nye voprosy naznachenija sudebnyh jekspertiz i ocenki zakljuchenija jekspertov // Jekspert-kriminalist. — 2015. — № 3.