

ПОЛУЧЕНИЕ ОБРАЗЦОВ ДЛЯ СРАВНИТЕЛЬНОГО ИССЛЕДОВАНИЯ КАК ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЕ МЕРОПРИЯТИЕ

Ю. А. Кудрявцева,

аспирант кафедры уголовного процесса и криминалистики, Южно-Уральский государственный университет

Проведен анализ возможности использования в процессе доказывания образцов для сравнительного исследования, полученных оперативно-розыскным путем. Сделан вывод о том, что образцы для сравнительного исследования, полученные оперативно-розыскным путем у живых лиц без соблюдения уголовно-процессуальных гарантий их получения, не могут быть использованы в процессе доказывания.

Ключевые слова: образцы для сравнительного исследования, оперативно-розыскные мероприятия, уголовно-процессуальные гарантии.

Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности» предусматривает возможность сбора образцов для сравнительного исследования качестве оперативно-розыскного мероприятия. С точки зрения уголовного судопроизводства нас интересуют возможности использования образцов для сравнительного исследования, полученных оперативно-розыскным путем, в процессе доказывания. Прежде чем перейти к рассмотрению этого вопроса, необходимо определиться с основными концепциями возможности использования результатов ОРД в процессе доказывания.

Так, в литературе существуют различные точки зрения на возможность использования результатов ОРД в процессе доказывания по уголовным делам.

А. М. Баранов справедливо отмечает, что «теоретическая концепция невозможности использования результатов оперативно-розыскной деятельности в качестве доказательств была сформулирована еще в советский период. Основанием для такого подхода служило то обстоятельство, что сведения, полученные в процессе ОРД, не отвечают свойству допустимости. В УПК РФ нет прямого указания на такой источник доказательств, как оперативно-розыскная информация»¹.

Основой для этой концепции служит формулировка ст. 89 УПК РФ, которая делает невозможным использование результатов оперативно-розыскной деятельности в процессе доказывания: «В процессе доказывания запрещается использовать результаты оперативно-розыскной деятельности, если они не

отвечают требованиям, предъявляемым к доказательствам, настоящим Кодексом». В литературе обоснованно отмечается, что данная норма содержит запрет на использование результатов ОРД в процессе доказывания, поскольку результаты оперативно-розыскных мероприятий заведомо не могут отвечать требованиям уголовно-процессуального кодекса, поскольку они получены в соответствии с Федеральным законом «Об оперативно-розыскной деятельности»².

Однако следственная и судебная практика показывает успешность получения и представления результатов ОРД следователю и дознавателю, а также в суд, формирования на этой основе доказательств указанными должностными лицами. Так, в науке было высказано мнение, в соответствии с которым доказательственное значение имеют не оперативные данные сами по себе, а полученные на их основе или с их помощью сведения, заключенные в процессуальную форму³. В. А. Лазарева полагает, что «возможность использования сведений, полученных не процессуальным, но законным путем, определяется, главным образом, принципиальной возможностью проверки их достоверности».

Правовую основу для этого в первую очередь создает ст. 11 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», в которой прямо указано, что результаты ОРД могут быть использованы в доказывании по уголовным делам в соответствии с положениями УПК РФ, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств. В этой же статье указывается, что представление ре-

зультатов оперативно-розыскной деятельности органу дознания, следователю или в суд осуществляется на основании постановления руководителя органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, в порядке, предусмотренном ведомственными нормативными актами.

В настоящее время действует Инструкция о порядке представления результатов оперативно-розыскной деятельности дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд, утвержденная приказом МВД, ФСБ, ФСО, ФТС, СВР ФСИН, ФСКН, Минобороны РФ от 17 апреля 2007 г. (далее – Инструкция о предоставлении результатов ОРД), которая заменила аналогичную Инструкцию, утвержденную приказом от 13 мая 1998 г.⁴

В качестве процедуры представления и получения оперативно-розыскной информации выступает последовательность действий, предусмотренная Инструкцией.

Данный нормативный акт подробно регламентирует порядок и основания представления оперативно-розыскной информации следователю (другим субъектам, осуществляющим предварительное расследование и судебное разбирательство). В частности, в соответствии с этой Инструкцией предусматривается следующий порядок предоставления результатов ОРД.

Согласно п. 10 ч. 2 этого нормативного акта представление результатов ОРД дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору, в суд осуществляется на основании постановления о предоставлении результатов ОРД дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд. Такое постановление составляется в двух экземплярах, первый из которых направляется дознавателю, органу дознания, следователю, прокурору или в суд, второй – приобщается к материалам дела оперативного учета или в случае его отсутствия к материалам специального номенклатурного дела.

Кроме того, согласно этой Инструкции лицу, в чьем производстве находится уголовное дело, также направляются:

– копии судебных решений о проведении ОРМ, которые ограничивают конституционные права граждан (для получения образцов для сравнительного исследования в процессе осмотра, выемки, обыска в жилище, контроля и записи переговоров⁵);

– копия постановления о проведении проверочной закупки или контролируемой по-

ставки предметов, веществ, продукции, свободная реализация которых запрещена либо оборот которых ограничен, а также оперативного эксперимента;

– результаты проведения проверочной закупки, в ходе которой не удалось в достаточной степени задокументировать подготавливаемое, совершаемое или совершенное противоправное деяние (вместе с материалами повторной закупки).

Не вызывает сомнения тот факт, что образцы для сравнительного исследования могут быть получены не только с помощью оперативно-розыскного мероприятия – сбора образцов для сравнительного исследования, но и с помощью иных оперативно-розыскных мероприятий: проверочной закупки, обследования помещения, зданий сооружений, участков местности, транспортных средств, контроля почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, прослушивания телефонных переговоров, снятия информации с технических каналов связи, контролируемой поставки и оперативного эксперимента.

В качестве примера можно привести образцы, получаемые в ходе проверочной закупки наркотических средств, с целью последующего установления однородности наркотического средства, сбываемого конкретным лицом.

В литературе также высказывается мнение о том, что необходимо ввести в качестве источника информации оперативно-розыскную информацию и использовать ее напрямую, поскольку оснований не доверять гарантиям достоверности информации, которые в настоящее время установлены при проведении оперативно-розыскных мероприятий, и субъектам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, не имеется.

Но большинство авторов все-таки считает, что «если материалы оперативно-розыскной деятельности получены и проверены уголовно-процессуальным путем, их происхождение установлено, они превращаются в доказательства по уголовному делу»⁶.

В качестве примера невозможности использования образцов для сравнительного исследования, полученных оперативно-розыскным путем, можно привести следующие.

По делу о разбойном нападении на супругов Д., которых один из обвиняемых связал бельевой веревкой, взятой на балконе, был задержан ранее неоднократно судимый гр-н

Ф., моторист спасательной станции, несколько лет работавший на рыболовецких сейнерах. Возникло обоснованное подозрение, что именно он связывал потерпевших, но Ф. отказался давать показания и участвовать в других следственных действиях. В связи с этим возможность получения от подозреваемого Ф. образцов узлов для сравнительного исследования с сохранившимся узлом на бельевой веревке, изъятой на месте происшествия, исключалась. По имевшейся у оперативных работников информации, в условиях следственного изолятора арестованный Ф. нередко пользовался способом передачи тюремной «почты» посредством переправки записок соучастникам, содержащимся в других камерах, с помощью веревки, свитой из полосок простыни, связанных между собой узлами. Лицу, конфиденциально сотрудничавшему с органами, осуществляющими ОРД, было дано задание получить обрывок самодельной веревки с узлом, что и было им сделано. Исследование подтвердило, что узел относится к числу так называемых «морских», которыми связывают веревки на рыболовецких сейнерах. Однако от назначения криминалистической экспертизы в целях установления факта, что узел на веревке выполнен тем же способом, каким завязывали узлы на простынях, следователь отказался по тем мотивам, что образец для сравнительного исследования получен вне рамок уголовного процесса⁷.

Действительно, получение образцов для сравнительного исследования таким способом делает невозможным введение данного образца в уголовное судопроизводство в качестве доказательственной информации, поскольку это возможно только при условии расшифровки лица, сотрудничающего с оперативно-розыскными органами на конфиденциальной основе, а это не всегда оправдывается высокой целью раскрытия преступления. Кроме того, с учетом того, что ст. 7 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», которая устанавливает основания для проведения оперативно-розыскных действий, в данной ситуации оснований, предусмотренных этой нормой, не усматривалось.

В такой ситуации данная информация может быть использована только как ориентирующая, определяющая планирование направления расследования в целом и планирование отдельных следственных действий.

При получении образцов для сравнительного исследования должна быть проверяема

достоверность их происхождения, и в соответствии с требованиями ст. 15 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» необходимо, чтобы о получении образцов для сравнительного исследования был составлен протокол в соответствии с требованиями ст. 166, 167 УПК РФ, и соответственно данный протокол должен быть представлен вместе с постановлением о представлении результатов оперативно-розыскной деятельности следователю и в суд.

По другому уголовному делу в одной из церквей была совершена кража икон, предметов церковной утвари и облачения священнослужителей, в том числе и нательного креста. При получении оперативно-розыскной информации о хранении похищенных предметов у одного из коллекционеров икон, оперативным работником в рамках ОРМ, предусмотренного п. 3 ч. 1 ст. 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», – сбор образцов для сравнительного исследования – был негласно получен крест и затем предъявлен настоятелю храма, опознавшему его вне норм УПК РФ как украденный вместе с другими иконами. Данное опознание креста настоятелем храма в рамках ОРМ не имело статуса уголовно-процессуального доказательства, а имело лишь ориентирующее значение для выдвижения и проверки оперативно-розыскных и следственных версий. Результаты ОРМ послужили основанием для производства следователем обыска. При проведении следователем по правилам УПК РФ обыска все похищенные предметы были обнаружены, изъяты и приобщены к уголовному делу в качестве вещественных доказательств. Однако крест не был представлен следователю в порядке положений ст. 11 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», несмотря на отсутствие каких-либо объективных сомнений в том, что он также был украден, поскольку данное ОРМ было проведено незаконно (с нарушением требований ст. 25 Конституции РФ, ст. 9 и 10 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности»⁸).

Образцы для сравнительного исследования, полученные в результате совершения указанных выше действий, не могут быть представлены в качестве информации и использованы в качестве доказательств, поскольку заведомо получены с нарушением норм, в том числе и Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности». Эти

нарушения выразились в том, что на момент получения образцов для сравнительного исследования уголовные дела уже были возбуждены, а значит, оперативно-розыскные мероприятия могли быть осуществлены только по поручению следователя.

Согласно правовой позиции Конституционного Суда РФ проведение оперативно-розыскных мероприятий, сопровождающих производство предварительного расследования по уголовному делу, не может подменять процессуальные действия, предусмотренные уголовно-процессуальным законом⁹.

Кроме того, п. 1 ч. 1 ст. 15 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» устанавливает, что изъятие предметов, материалов и сообщений возможно только в случае возникновения непосредственной угрозы жизни и здоровью лица, а также угрозы государственной, военной, экономической, экологической безопасности Российской Федерации. Изъятие указанных выше предметов – веревки с узлом и креста – было проведено с нарушением положений п. 1 ч. 1 ст. 15 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности». В описанных выше примерах такие угрозы явно отсутствовали.

С. А. Шейфер, раскрывая понятие такого свойства доказательств, как достоверность, указывал, что правильнее говорить не о достоверности, которая с движением уголовного дела постоянно подлежит проверке, а о проверяемости доказательств. Оперативно-розыскная информация может быть использована в уголовном судопроизводстве как доказательство, если ее можно проверить уголовно-процессуальными средствами.

В этих двух случаях информация о полученных образцах не могла быть проверена уголовно-процессуальными способами и поэтому не может выступать в качестве основы для проведения иных следственных действий. Во втором примере (с крестом) само оперативно-розыскное мероприятие было проведено с грубыми нарушениями закона и повлекло за собой нарушение конституционных прав граждан.

Таким образом, допущенные оперативными работниками нарушения закона сделали в этих двух случаях невозможным использование результатов ОРД в уголовно-процессуальном доказывании. Оперативными работниками в описанных ситуациях были получены не уголовно-процессуальные доказательства, а лишь ориентирующие информацион-

ные знания, имеющие значение для выдвижения оперативно-розыскных и следственных версий.

Следующие пример иллюстрирует возможность использования образцов для сравнительного исследования, полученных оперативно-розыскным путем для производства экспертизы.

Арестованный обвиняемый был заключен под стражу и при помощи нелегальной тюремной «почты» писал письма своему соучастнику преступления, который находился на свободе. В рамках оперативно-розыскного мероприятия «контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений» эти письма ксерокопировались и впоследствии передавались в подлиннике адресату, который после прочтения их немедленно уничтожал. Затем ксерокопии писем по правилам ст. 11 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» и Инструкции были представлены следователю и после производства следователем ряда уголовно-процессуальных действий (допросов соответствующих лиц; получения от обвиняемого свободных и экспериментальных образцов почерка; судебно-почерковедческой экспертизы, по итогам которой эксперт дал заключение о том, что тексты интересующих следствие писем исполнены рукой обвиняемого, и др.) в рамках уголовного дела они получили статус производных вещественных доказательств (ст. 81 УПК РФ). Суд наряду с другими собранными по данному делу доказательствами положил ксерокопии этих писем в основу обвинительного приговора¹⁰.

При соблюдении норм закона «Об оперативно-розыскной деятельности» при проведении оперативно-розыскного мероприятия, а также при соблюдении правил ст. 11 этого же закона и Инструкции о порядке представления оперативно-розыскной информации вполне возможно использование образцов для сравнительного исследования, полученных оперативно-розыскным путем, в качестве доказательственной информации.

Такой подход к получению образцов для сравнительного исследования в рамках ОРД представляется обоснованным, поскольку не противоречит положениям Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» и УПК РФ. Ксерокопии писем, полученные в рамках ОРМ, как уголовно-процессуальные доказательства отвечали требованиям относимости и допустимости, ис-

точник их происхождения был известен, и они могли быть проверены следователем, прокурором и судом.

Интересна практика Европейского суда по правам человека относительно возможности получения образцов для сравнительного исследования оперативно-розыскным путем.

Гражданину П. в Великобритании было предъявлено обвинение в совершении серии разбойных нападений. Полиция предприняла несколько попыток провести опознание П., но он каждый раз уклонялся от этого. В итоге сотрудники полиции решили втайне от обвиняемого снять его на видео, когда его перевозили из тюрьмы в полицейский участок. Съемку провели в том месте полицейского участка, которое было открыто для публики. После этого 11 добровольцев-статистов симитировали действия обвиняемого, заснятые на пленку. Свидетелям данных разбойных нападений показали 12 видеоклипов, один из которых был с изображением обвиняемого. Два свидетеля с уверенностью опознали видеоклип с участием П. Во время судебного разбирательства в суде защитник подсудимого просил исключить данный видеоматериал из числа обвинительных доказательств. Однако судья принял данный материал в качестве доказательства на том основании, что способ использования видеозаписи не был несправедлив, хотя полиция в некоторых отношениях нарушила служебные инструкции. В своем напутственном слове присяжным судья ясно объяснил им особую необходимость проявить осторожность и внимательность при оценке доказательственного значения этого опознания. Судья просил каждого из присяжных заседателей решить для себя вопрос о справедливости использования видеоматериала как доказательства и сообщил им о том, что имеются жалобы заявителя по поводу честности и справедливости обращения с ним полицией и по поводу нарушения полицией служебных инструкций. Он также информировал их о других доказательствах вины заявителя. Суд присяжных признал заявителя виновным и приговорил его к пяти годам лишения свободы. По жалобе осужденного Апелляционный суд решил, что судья нижестоящего суда имел право принять видеоматериал в качестве доказательства и правильно провел инструктаж коллегии присяжных. Осужденный П. после этого обратился в Европейский Суд по правам человека (ЕСПЧ), который признал данную жалобу явно необоснованной. В своем Поста-

новлении от 26 сентября 2002 г. ЕСПЧ отметил, что факт присутствия П. в полицейском участке соответствовал требованиям подпункта «с» п. 1 ст. 5 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, учитывая расследуемые преступления. Далее в Постановлении суда было указано: «Использование доказательства, добытого без надлежащего правового обоснования либо посредством применения незаконных средств, как правило, не будет противоречить п. 1 ст. 6 Европейской Конвенции, если имеются и действуют все надлежащие процессуальные гарантии правосудия и источник полученного материала не был процессуально порочным»¹¹.

17 июля 2003 г. по этому же делу на основании повторной жалобы заявителя П. с новыми дополнительными аргументами на Постановление, вынесенное ЕСПЧ 26 сентября 2002 г., Большой Палатой ЕСПЧ было принято новое, прямо противоположное решение, суть которого сводилась к следующему:

– нормальное использование телекамер наблюдения для обеспечения безопасности, будь то на улице или в таких помещениях, как торговый центр или полицейский участок, где они выполняют законную и ожидаемую от них функцию, само по себе не поднимает вопрос в контексте ст. 8 Европейской Конвенции;

– в настоящем деле, однако, полиция отрегулировала телекамеры наблюдения так, чтобы получить четкое видеоизображение заявителя, и смонтировала его с другим видеоизображением. Затем этот видеомонтаж был показан свидетелям с целью опознания П. Видеомонтаж также демонстрировался на публичном судебном процессе. Знал ли заявитель о камере или нет – в деле нет никаких указаний на то, что он мог предполагать, что его снимают на видео пленку с целью последующего опознания;

– уловка, к которой прибегли полицейские, вышла за рамки обычного или ожидаемого использования телекамер наблюдения для обеспечения безопасности, и видеосъемка заявителя, и ее монтирование с другим видеоматериалом в целях дальнейшего использования могут быть поэтому расценены как обработка или сбор личных сведений о заявителе;

– кроме того, видеозапись не была получена добровольно или в обстоятельствах, ко-

гда заявитель мог разумно ожидать, что видеозапись будет сделана и использована в целях его опознания;

– поэтому акт вмешательства государства в реализацию права человека на уважение его частной жизни имел место и допущено нарушение положений ст. 8 Европейской Конвенции (принято единогласно всеми судьями состава Суда). ЕСПЧ присудил выплатить заявителю компенсацию в размере 9500 евро в возмещение морального вреда. Кроме того, ЕСПЧ также вынес решение в пользу заявителя о возмещении ему судебных издержек и иных расходов, понесенных в связи с судебным разбирательством¹².

На основании положений ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, ст. 1 Федерального закона от 30 марта 1998 г. № 54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней», абз. 3 п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 5 от 10 октября 2003 г. «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» суды должны учитывать изложенную выше практику ЕСПЧ.

Необходимость получения образцов для сравнительного исследования оперативно-розыскным путем может быть продиктована ситуацией, когда подозреваемый, обвиняемый отказываются предоставить образцы для сравнительного исследования, в том случае, когда невозможно их получить без добровольного на то согласия лиц. Особо актуально стоит вопрос с образцами голоса для проведения фонографических экспертиз.

Поэтому не всегда возможно получение образцов для сравнительного исследования в рамках ст. 202 УПК РФ, поскольку обвиняемые отказываются их предоставить. В этом случае следствие прибегает к помощи оперативно-розыскных структур для получения образцов негласным путем. Наиболее характерным примером такой ситуации является получение образцов голоса для проведения сравнительных исследований с голосом, полученным в результате оперативно-розыскного мероприятия «прослушивание телефонных переговоров», и легализация результатов этого оперативно-розыскного мероприятия в уголовный процесс.

В соответствии с правовой позицией Конституционного Суда РФ образцы голоса об-

виняемого, полученные оперативными сотрудниками в ходе опроса обвиняемого в условиях следственного изолятора с использованием аудиозаписывающей аппаратуры без разъяснения ему процессуальных прав и в отсутствие защитника, не могут использоваться при проведении судебно-криминалистической экспертизы. Так, Конституционный Суд РФ в своем решении от 24 января 2008 г. № 104-О-О отметил, что «проведение в связи с производством предварительного расследования по уголовному делу оперативно-розыскных мероприятий не может подменять процессуальные действия, для осуществления которых уголовно-процессуальным законом, в частности ст. 202 УПК РФ, установлена специальная процедура»¹³. Эту позицию Конституционный Суд РФ подтвердил своим решением от 25 февраля 2010 г., в котором указал, что ст. 186 и 202 УПК РФ не допускают возможность получения образцов для сравнительного исследования путем подмены установленного порядка производства следственных действий¹⁴.

Давая оценку эти позиции Конституционного Суда РФ, В. В. Абрамочкин полагает, что результаты оперативно-розыскных мероприятий, проводимых после возбуждения уголовного дела, сходных по своему содержанию со следственными действиями, могут использоваться в доказывании только в тех случаях, когда следственным путем получить искомый результат не представляется возможным. Например, в случае отказа подозреваемого, обвиняемого от исполнения постановления следователя о получении образцов голоса, который в отсутствие другой возможности прибегает к помощи оперативного подразделения¹⁵.

Полагаем такую позицию не вполне обоснованной: в ситуации, когда запись переговоров производилась в рамках оперативно-розыскных мероприятий и образцы голоса также получены оперативно-розыскным путем, не вполне ясно, каким образом эта информация будет выступать в качестве доказательственной и объективной ли в данном случае будет будущее экспертное исследование.

Представляется, что возможность использования образцов для сравнительного исследования, полученных оперативно-розыскным путем, в качестве доказательственной информации определяется не той следственной ситуацией, которая сложилась в определенный

момент следствия (невозможностью получения образцов для сравнительного исследования в силу закона), а соблюдением норм закона и прав лица, у которого отбираются образцы для сравнительного исследования. В частности, при получении образцов для сравнительного исследования оперативно-розыскным путем у живых лиц необходимо также учитывать правовую позицию Конституционного Суда РФ в отношении гарантий прав граждан при проведении оперативно-розыскных мероприятий. Так, Конституционный Суд РФ высказал позиции, в соответствии с которыми опрос граждан оперативными сотрудниками по поручению следователя на основании Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» не может проводиться без обеспечения процессуальных гарантий на приглашение защитника и отказ от участия в таком опросе¹⁶. Кроме того, не может служить основанием для отказа лицу, в отношении которого в рамках возбужденного уголовного дела ведется уголовное преследование, в удовлетворении ходатайства о предоставлении ему защитника по обстоятельствам, что проводимые с его участием действия осуществлялись не как уголовно-процессуальные, а как оперативно-розыскные¹⁷.

В связи с этим представляется правильной позиция, высказанная Верховным Судом РФ, в соответствии с которой суд обоснованно исключил из числа доказательств ряд заключений фоноскопических экспертиз, поскольку органами предварительного следствия надлежащим образом не были выполнены требования ст. 202 УПК РФ в части получения образцов голосов обвиняемых для проведения сравнительного исследования. В частности, образцы голосов обвиняемых были получены скрытно от них, в отсутствие их защитников, без разъяснения им процессуальных прав, результаты проведенных записей бесед с обвиняемыми были сразу же переданы для производства фоноскопических экспертиз, что противоречит положениям ст. 47 и 166 УПК РФ¹⁸.

На основе анализа решений высших судебных органов можно сделать вывод о том, что недопустимо материалы (объекты) экспертных исследований и образцы для сравнительных исследований получать оперативно-розыскным путем у живых лиц. Данные правовые позиции касаются возможности получения экспериментальных образцов для сравнительного исследования у живых лиц. Одна-

ко судебная и следственная практика все-таки содержит примеры использования образцов для сравнительного исследования, полученных оперативно-розыскным путем, в уголовном судопроизводстве для поведения экспертных исследований (но данные образцы получены не у живых лиц). Образцы для сравнительного исследования, полученные у живых лиц, по нашему мнению, и та информация, которую они несут в себе, могут быть использованы в качестве доказательств только в той ситуации, когда материалы (объекты) экспертных исследований или образцы получены следственным (процессуальным) способом с соблюдением гарантий прав человека.

Вместе с тем свободные образцы для сравнительного исследования могут быть получены и с помощью иных оперативно-розыскных мероприятий.

Представляется, что условиями возможности представления образцов для сравнительного исследования, полученных оперативно-розыскным путем, должны стать следующие.

1. При получении образцов для сравнительного исследования должны быть соблюдены общие и специальные правила проведения оперативно-розыскных мероприятий, которые касаются оснований и условий проведения оперативно-розыскных мероприятий, установленных ст. 6 и 7 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности». Общие правила касаются проведения всех оперативно-розыскных мероприятий, особенно таких, которые требуют судебного решения и обладают определенной спецификой.

В частности, о такой специфике проведения отдельных оперативно-розыскных мероприятий говорится в решении Конституционного Суда РФ: «Требование о безотлагательном обеспечении права на помощь адвоката (защитника), однако, не может быть распространено на случаи проведения в отношении лица оперативно-розыскного мероприятия, в том числе проверочной закупки, с последующим осуществлением его личного досмотра, поскольку такого рода мероприятия носят характер безотлагательных и внезапных действий, подготавливаемых в условиях секретности, что исключает не только представление лицу, в отношении которого они проводятся, возможности свободно выбрать себе адвоката (защитника), но и привлечение адвоката к участию в оперативно-розыскном мероприятии органом, осуществляющим оперативно-

розыскную деятельность. Иное могло бы привести к тому, что осуществление оперативно-розыскных мероприятий оказалось невозможным или проведение этих мероприятий потеряло бы всякий смысл¹⁹.

Кроме того, ст. 8 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» предусматривает, что проведение оперативно-розыскных мероприятий, которые ограничивают конституционные права граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи, а также право на неприкосновенность жилища, допускается, как правило, на основании судебного решения.

Эта же статья закона регламентирует, что проверочная закупка предметов, веществ и продукции, свободная реализация которых запрещена или оборот которых ограничен, а также оперативное внедрение должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а равно лиц, оказывающих им содействие, проводятся на основании постановления, утвержденного руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность.

Соблюдение всех этих норм предопределяет возможность представления информации, полученной оперативно-розыскным путем, следователю и в суд и в последующем ее использования в качестве доказательственной, в том числе и образцов для сравнительного исследования.

Так, в надзорном постановлении от 11 декабря 2007 г. № 89-Д07-30 Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ обратила внимание на то, что в случае если будет установлено, что проверочная закупка произведена при отсутствии постановления, утвержденного руководителем органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, то данные, полученные в ходе проведения мероприятия, могут быть признаны недопустимыми доказательствами²⁰.

2. Следующим условием возможности использования результатов ОРД в качестве доказательства является проведение оперативно-розыскного мероприятия надлежащим субъектом. Иными словами, как отмечается в литературе, при проведении оперативных мероприятий должны соблюдаться те же требования закона, что и при производстве сходных следственных действий²¹. Данная позиция выражена и в решении Конституционного

Суда РФ: «... как уголовно-процессуальные действия, так и оперативно-розыскные мероприятия могут осуществляться лишь определенными субъектами при наличии специальных установленных законом оснований и условий ...»²².

Так, в одном из кассационных определений Челябинского областного суда указывается: «Доводы адвоката о незаконности получения образцов смывов с рук осужденного К. для сравнительного исследования оперативным сотрудником, ранее осуществлявшим ОРМ в отношении Г. Ф. Курбонова, не могут быть признаны обоснованными, так как оперуполномоченный провел данное следственное действие не как лицо, самостоятельно осуществлявшее дознание по уголовному делу, а по поручению следователя»²³.

3. При проведении оперативно-розыскных мероприятий, связанных с изъятием предметов и документов, необходимо присутствие понятых. Данное положение вытекает из требования закона, в соответствии с которым результаты оперативно-розыскных мероприятий должны соответствовать требованиям закона. Исходя из того, что сбор образцов для сравнительного исследования в «чистом» виде производится достаточно редко, учитывая, что, как правило, свободные образцы изымаются с помощью других оперативных мероприятий, представляется, что участие понятых (представителей общественности) только повысит гарантии достоверности полученной информации, в том числе и образцов для сравнительного исследования.

4. При получении образцов для сравнительного исследования оперативно-розыскным путем должен составляться протокол, который соответствует требованиям, изложенным в ст. 166 УПК РФ.

5. Результаты оперативно-розыскного мероприятия (образцы для сравнительного исследования и условия их получения: где, когда, у кого, при каких обстоятельствах) должны быть надлежащим образом представлены следователю и в суд. Например, образцы для сравнительного исследования получены при производстве обследования жилого помещения. В этом случае должны быть представлены: 1) постановление о передаче этих материалов следователю и в суд; 2) постановление оперативного сотрудника, утвержденное начальником органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, о возбуждении перед судом ходатайства о проведении

обследования жилого помещения; 3) постановление суда о разрешении проведения обследования жилого помещения; 4) акт обследования (протокол), составленный в соответствии с требованиями ст. 166 УПК РФ; 5) сами предметы, вещества, выступающие в качестве образцов для исследования.

6. Представленные результаты оперативно-розыскных мероприятий должны быть приобщены к делу на основании постановления, что на практике делается не всегда. Если с материалами представляются еще и образцы для сравнительного исследования, то они должны пройти режим приобщения к делу вещественных доказательств. Образцы должны быть осмотрены с участием понятых, и в отношении них должно быть вынесено постановление о признании вещественными доказательствами и приобщении их в качестве таковых к уголовному делу.

¹ См.: Баранов А. М. Использование результатов негласных способов собирания доказательств // Государство и право. 2007. № 8. С. 63.

² Попов А. П. Результаты оперативно-розыскной деятельности: резервы оптимизации уголовного судопроизводства // Закон и право. 2006. № 3. С. 21.

³ См.: Петрухин И. Л. Теоретические основы реформы уголовного процесса России. Ч. 1. М., 2008. С. 168; Доля Е. А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. М., 1996. С. 66–72.

⁴ Российская газета. 2007. 16 мая.

⁵ Именно в процессе проведения этих оперативно-розыскных мероприятий возможно получение образцов для сравнительного исследования.

⁶ Семенцов В. А. Следственные действия в досудебном производстве (общие положения теории и практики). Екатеринбург, 2006. С. 142.

⁷ Уголовное дело № 1-567 / 1997 г. из архива Балашихинского районного суда Московской области // СПС «КонсультантПлюс».

⁸ Уголовное дело № 1-324 / 1996 г. из архива Железнодорожного городского суда Московской области // СПС «КонсультантПлюс».

⁹ Определение Конституционного Суда РФ от 1 декабря 1999 г. № 211-0 «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Барковского Константина Олеговича на нарушение его конституционных прав частью четвертой статьи 127 УПК РФ, пунктом 1 части первой статьи 6 и пунктом 3 части первой статьи 7 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰ Уголовное дело № 1-122 / 2000 г. из архива Ногинского районного суда Московской области // СПС «КонсультантПлюс».

¹¹ См.: Постановление ЕСПЧ по делу «Перри против Соединенного Королевства» (Perry v. United Kingdom) от 26 сентября 2002 г., жалоба № 63737/00 // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. 2003. № 2. С. 17–18.

¹² Постановление Большой Палаты ЕСПЧ по делу «Перри против Соединенного Королевства» (Perry v. United Kingdom) от 17 июля 2003 г., жалоба № 63737/00 // Бюл-

летень Европейского Суда по правам человека. 2003. № 12. С. 26–27.

¹³ Определение Конституционного Суда РФ от 24 января 2008 г. № 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, 89 УПК РФ и ст. 2 и 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁴ Определение Конституционного Суда РФ от 25 февраля 2010 г. № 261-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Немых Натальи Ивановны на нарушение ее конституционных прав статьей 12 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности», статьями 87, 186 и 202 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁵ Абрамочкин В. В. Проблемы использования результатов ОРД в уголовном судопроизводстве в решениях Конституционного Суда Российской Федерации. // Материалы Международной научной конференции «Уголовная юстиция: связь времен». СПб., 2010. С. 14.

¹⁶ Определение Конституционного Суда РФ от 1 декабря 1999 г. № 211-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Барковского Константина Олеговича на нарушение его конституционных прав частью четвертой статьи 127 УПК РФ, пунктом 1 части первой статьи 6 и пунктом 3 части первой статьи 7 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁷ Определение Конституционного Суда РФ от 15 ноября 2007 г. № 924-Ш по жалобе гражданина Козлова Дмитрия Борисовича на нарушение его конституционных прав пунктом 13 части четвертой статьи 47, пунктом 1 части второй статьи 75, частью первой статьи 285 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и пунктом 1 части первой статьи 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁸ Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за четвертый квартал 2009 года // БВС РФ. № 3. 2010. С. 24.

¹⁹ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 29 мая 2007 г. № 417 «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Иванова Константина Владимировича на нарушение его конституционных прав статьями 15 и 17 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» и статьями 48 и 49 Федерального закона «О наркотических средствах и психотропных веществах» // СПС «КонсультантПлюс».

²⁰ СПС «КонсультантПлюс».

²¹ Гаспарян Е. С. Недопустимые доказательства (теория и систематизированная судебная практика). М., 2010. С. 56–58.

²² Определение Конституционного Суда РФ от 24 января 2008 г. № 104-0-0 «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» // СПС «КонсультантПлюс».

²³ Кассационное определение Челябинского областного Суда от 1 февраля 2011 г. № 22-428/2011. URL: <http://www.chel-oblsud.ru>.

Статья поступила в редакцию 20 августа 2012 г.