
А.П.ОГОРОДНИК

РОЗДІЛ 3. МОЖЛИВОСТІ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ РОБОТИ З ОСОБИСТИМИ І РЕЧОВИМИ ДЖЕРЕЛАМИ

3.1. Пропозиції із удосконалення поняття і способів отримання доказів, сутності і видового поділу особистих джерел

Обґрунтування необхідності удосконалення чинного процесуального закону в контексті уточнення сутності доказів, їх особистих і речових джерел і різних видів останніх, а також відображення особливостей роботи з кожним з різновидів трасосубстанцій зародилося у процесі дисертаційного дослідження проблем мікрооб'єктів (92, с. 182-183; 94, с. 27; 95, с. 202-209) і набуло подальшого розвитку (93, с. 99-107; 96, с. 24-25, 26-27; 97, с. 281-293; 98, с. 235-237; 99, с. 83-86, 97-100; 100, с. 293-296, 336-341; 101, с. 103-106, 124-127; 269, с. 25-30 та ін.), у тому числі й щодо цивільного судочинства (93, с. 108-114; 97, с. 294-302 та ін.).

Враховуючи особливе значення даного підходу у контексті підготовки нового КПК України, у низці публікацій було звернуто на ці питання окрему увагу, розвивши їх у контексті доказів взагалі та їхніх особистих і речових джерел (107, с. 11-17; 108, с. 14-21; 110, с. ; 177, с. 38; 178; 179; 181; 184; 185; 188 та ін.), і з урахуванням викладених у попередніх розділах даної роботи положень (див. розд. 1.2) погоджується з наступним варіантом розв'язання вказаної проблеми, запропонованим С.А. Куриченком.

Хоча й Проект нового КПК краще за чинний КПК України регулює ті дії, у ході яких можуть бути отримані докази, але і тут залишається багато недоліків. Так, п. 1 ст. 148 Проекту КПК дає вичерпний перелік тих дій, у ході яких можуть бути отримані докази – „шляхом допитів, очних ставок, пред'явлення для впізнання, освідчування, оглядів, виїмок, обшуків, застосування технічних засобів отримання інформації, слідчих експериментів, перевірки показань на місці, ексгумації трупа, призначення експертиз, одержання матеріальних об'єктів і документів від фізичних і юридичних осіб, витребування документів, призначення ревізії та фіксування перебігу і результатів цих дій у процесуальних документах”, а п. 4 вказаної статті додає до цього ще й можливість надати доручення із отримання майбутніх доказів у ході негласної діяльності.

Особисті і речові джерела антикримінальної інформації
Оскільки обґрунтованість останнього з підходів доцільніше розглянути окремо у контексті правового удосконалення негласної роботи із особистими і речовими джерелами (див. розд. 3.3), зараз варто наголосити на тому, що за текстом Проекту нового КПК вказаний не тільки значно ширший, а й дещо інший, ніж за п. 1 ст. 148 даного Проекту, перелік дій, у ході яких можна отримати докази. Зокрема, у такому аспекті:

1. **На стадії досудового слідства** ст. 142 передбачає відібрання та вилучення біологічних зразків, необхідних для судово-експертного дослідження, що оформляється протоколом; 190 і 191 – прийняття усної заяви про вчинені злочини чи підготовку до них, про що складається протокол, або письмового повідомлення про це; 193 – оформлення протоколом з'явлення із зізнанням про вчинений злочин; 200 – проведення усного опитування, за результатами чого складається довідка; 201 – відібрання пояснень, що документується протоколом; 203 – витребування матеріалів; 205 – прийняття предметів і документів від юридичних і фізичних осіб, за результатами чого складається протокол; 240 і 241 – допит підозрюваного; 242 – обвинуваченого; 244 і 245 – відповідно, дорослого і неповнолітнього свідка; 247 – потерпілого; 248 – судового експерта; 249 – проведення очної ставки, 250 і 251 – пред'явлення для впізнання; 253 – перевірки показань на місці; 254 – слідчого експерименту; 255 – огляду місцевості, приміщень, предметів, документів, трупів, тварин тощо; 257 – огляду місця події; 258 – освідчування особи; 258 – огляду і впізнання трупа; 260 – ексгумації трупа; 262 – обшуку; 263 – виїмки; 265 – обшуку особи та виїмки у неї предметів і документів; 267 – добровільної видачі фізичними і юридичними особами предметів і документів, про що складається протокол; 268 – накладення арешту на кореспонденцію і застосування технічних засобів отримання інформації; 269 – огляду і виїмки кореспонденції та дослідження інформації, отриманої технічними засобами; 271 – накладення арешту на банківські рахунки, цінності та інше майно підозрюваного, обвинуваченого, підсудного або осіб, які несуть за законом майнову відповідальність за його дії чи дії неосудного, і передачі цінностей і майна на зберігання, про що складається протокол; 274, 275 та ін. – проведення експертизи; 279 – відбирання та вилучення зразків, необхідних для судово-експертного дослідження тощо.

2. **У ході судового розгляду справи** ст. 379 регулює допит підсудного; 382 – допит свідка; п. 2 ст. 383 – додатковий і повторний допит свідка в присутності інших уже допитаних свідків або на очній

ставці; 384 – допит неповнолітнього свідка; 386 – допит потерпілого; 387 – пред’явлення для впізнання; 388 – проведення експертизи у судовому засіданні; 389 – допит експерта; 392 – огляд речових доказів; 393 – оголошення протоколів слідчих дій та інших документів; 394 – огляд місця події; 395 – проведення перевірки показань на місці; нарешті, ст. 396 передбачає судові доручення з проведення, як це впливає із змісту даної статті, будь-яких інших передбачених для досудового слідства дій.

3. **На виконання доручення про надання правової допомоги** у відповідності з п. 1 ст. 638 можуть бути проведені такі процесуальні дії: допит свідків, потерпілих, обвинувачених, експертів та інших учасників кримінального процесу, виклик осіб до органу досудового розслідування або суду; обшук приміщень і осіб, виїмка предметів і документів; вручення документів фізичним або юридичним особам; огляд місця події, документів, речових доказів; арешт грошових коштів і майна, а також їх конфіскація; збирання та передача речових доказів; „контрольована поставка”; „прикордонне переслідування”; „оперативно-розшукові заходи”; інші передбачені законом процесуальні дії (1.15).

Як бачимо, в останньому з переліків прямо вказано, що на виконання доручення про надання правової допомоги можуть бути проведені саме процесуальні дії, до яких важко віднести виклик осіб до органу досудового розслідування або суду; вручення документів фізичним або юридичним особам; „контрольовану поставку”, „прикордонне переслідування” та „оперативно-розшукові заходи”, тим більше що останні три заходи за суттю є типовими негласними, а інші – гласними позапроцесуальними діями.

І якщо виклик осіб до органу досудового розслідування або суду, вручення документів фізичним або юридичним особам і (що, до речі, найменше викликає заперечень) збирання і передачу речових доказів і визнати процесуальними діями, то чого вони у п. 1 ст. 147 Проекту нового КПК не вказані у переліку дій, за допомогою яких можна отримати докази?

Проте, безумовно, позитивним варто визнати детальне регулювання Проектом нового КПК тих процесуальних дій, які на зразок слідчим можуть бути проведені на стадії судового слідства, причому із наведенням невичерпного їх переліку, оскільки вказані тут на завершення судові доручення дозволяють виконати на цій стадії будь-яку іншу передбачену кодексом дію. Але викликає заперечення регулювання у межах однієї статті (ст. 393) порядку оголошення як протоколів слідчих дій, що є формою представлення доказів, так й

Особисті і речові джерела антикримінальної інформації інших документів, які у контексті даної статті представляють речові джерела доказів. Більш правильним в окремих статтях було б передбачити, відповідно: а) оголошення наприкінці судового слідства всіх наявних форм представлення доказів: протоколів досудових і судових дій, протоколу і журналу судового засідання, висновків експертизи; б) саме огляду документів, що має охопити звернення уваги учасників суду на певні значимі для справи зовнішні і, не виключно, внутрішні їх ознаки, у тому числі й конкретні значимі для справи змістовні положення.

Більш того, судова перевірка показань на місці (ст. 395 Проекту), на відміну від слідчої (ст. 253 Проекту), достатньо обгрунтовано не звужує цю дію до перевірки показань лише на місці події, оскільки для правильного вирішення справи може мати значення й перевірка показань і щодо іншого, ніж подія злочину місця (приміщення, місцевості).

Поряд з цим значно ширший, ніж у п. 1 ст. 148 Проекту нового КПК, передбачається іншими статтями вказаного Проекту перелік типових процесуальних дій з отримання доказів на стадії досудового слідства. При цьому найбільших непорозумінь викликає відсутність у п. 1 ст. 148 Проекту нового КПК отримання зразків на експертне дослідження і накладення арешту на рахунки, цінності та інше майно підозрюваного чи підсудного, оскільки вказані дії традиційно вважаються слідчими (127, с. 444, 32-321 та ін.). Окрім цього, у даному випадку більш правильно говорити саме про отримання, а не про „відібрання і вилучення зразків” (ст. 199 чинного КПК України, ст. 142 Проекту нового КПК) чи про „відбирання і вилучення зразків” (ст. 279 Проекту нового КПК), оскільки слова „відібрання” і „відбирання” свідчать про наявність певної боротьби між слідчим і тією особою, від якої треба отримати зразки, з огляду на що словосполучення „отримання зразків” є більш виваженим. Навіть назва чинної ст. 199 КПК України „Одержання зразків для експертного дослідження” у цьому контексті виглядає менш вдалою.

З огляду на це вбачається семантично необгрунтованою назва й низки інших дій, за допомогою яких можуть бути отримані докази. У першу чергу це стосується „відібрання пояснень” (ст. 201 Проекту нового КПК) чи простого „з’явлення зі зінанням про вчинений злочин” (ст. 193 Проекту нового КПК) або „явки з повинною” (ст. 96 чинного КПК України), коли більш правильним було б говорити відповідно про отримання пояснення та оформлення з’явлення зі зінанням (явки з повинною) про вчинений злочин. Причому дана дія, як і прийняття усної заяви про вчинені злочини чи підготовку до них

(ст. 190, 191 Проекту нового КПК) або письмового повідомлення про це (ст. 190, 191 Проекту нового КПК), не вказані у п. 1 ст. 148 поміж дій, за допомогою яких можуть бути отримані докази, з чим погодитися не можна. Це суперечить існуючій практиці і звичайній логіці, оскільки первинні документи із повідомленням про вчинений злочин чи підготовку до нього не можуть не визнаватися джерелом доказів. Інша річ, що у даному випадку знову виникає проблема, що саме вважати процесуальною дією, – тільки те, що: 1. Проведені після порушення кримінальної справи. 2. Лише вказані у чинному КПК, що не залежить від того, до чи після порушення справи вони мають бути проведені. 3. Не тільки вказані у чинному КПК, а й детально регламентуються ним, що передбачає низку процесуальних гарантій, які здатні унеможливити фальсифікацію результатів чи, принаймні, зробити все можливе, щоб цього не сталося.

Останній підхід вбачається найбільш правильним, оскільки основною ознакою процесуальною дії має бути присутність достатньо детальної регламентації її проведення і наявність належних процесуальних гарантій неможливості фальсифікації результатів, а не власне стадія: коли, до чи після порушення справи, вона може бути проведена. Адже ж останній факт сам по собі нічого додаткового до процесуальних гарантій достовірності результатів певної дії не додає. І в цьому відношенні виглядає достатньо виваженою пропозиція забезпечити належну процесуальну форму роботи з речовими джерелами і неперервність ланцюжка процесуального документування роботи з ними протягом всього антикримінального судочинства шляхом допуску до порушення справи всіх видів оглядів (а не тільки слідчого огляду місця події, як це є зараз, – ч. 2 ст. 190 КПК України²⁶), особистого дослідження (яке зараз є позапроцесуальною дією, але має бути визнана процесуальною із порядком, аналогічним слідчому і судовому огляду) (див. розд. 3.2), обшуку, виїмки, отримання зразків для експертного дослідження і проведення самої експертизи, якщо ці дії переслідують мету отримати достатні дані про наявність чи відсутність в події ознак злочину (95, с. 196; 97, с. 257-258, 272; 100, с. 337, 340; 107, с. 15, 17; 108, с. 26; 269, с. 48 та ін.). Адже ж, дійсно, вирішення саме останнього з питань

²⁶У той же час ч. 2 ст. 255 Проекту нового КПК передбачає вже можливість проведення у разі необхідності огляду місцевості, приміщень, предметів, документів, трупів, тварин тощо до порушення справи, хоча сутність такої необхідності не розкривається, що не виключає випадків і необгрутованого проведення слідчих оглядів на стадії антикримінального судочинства.

Особисті і речові джерела антикримінальної інформації і, до речі, всіх тих, що у відповідності із ст. 6 чинного КПК України дають підстави для відмови у порушенні справи, є основним на даній стадії антикримінального судочинства, протягом якого всі вказані дії з іншою метою проведені бути не можуть.

З огляду на викладене наявність відповідальності за відмову від дачі показань або за дачу завідомо неправдивих показань посилює у порівнянні із поясненнями чи при так званому усному опитуванні значимість відомостей, викладених у протоколі допиту. Тому хоча й детальне регламентування усного опитування чи отримання пояснення відповідно у ст. 200 і ст. 201 Проекту нового КПК і треба вважати позитивною новацією, але визнавати ці дії належним способом отримання доказів, на відміну від отримання усної заяви і письмового повідомлення про вчинений злочин чи підготовку, які забезпечуються й кримінальною відповідальністю за наклеп, та оформлення з'явлення із зізнанням про це достатніх підстав немає. Останнє може трапитися лише тоді, коли, окрім протоколів, якими, до речі, мають бути оформлені обидві вказані дії, у тому числі й усне опитування, нічого і головне – самого особистого джерела цих відомостей не залишилося. Наприклад, коли особисте джерело після отримання від нього значимих для справи відомостей у процесі усного опитування чи отримання пояснення вмерло чи стало ховатися від антикримінального переслідування і до звернення провадження по справі так і не може бути затриманим. Але у такому випадку отримані відомості мають бути перевірені у процесі інших належних процесуальних дій, а сам протокол вже може розглядатися як речове джерело – документ, доказова значимість якого, однак, має бути оцінена у сукупності з іншими доказами.

У той же час не можна погодитися з тим, щоб „прийняття предметів і документів від юридичних і фізичних осіб” (ст. 205 Проекту нового КПК), „добровільна видача фізичними і юридичними особами предметів і документів” (ст. 267 Проекту нового КПК) чи „одержання матеріальних об'єктів і документів від фізичних і юридичних осіб” (п. 1 ст. 148 Проекту нового КПК) вважалися окремими діями з отримання доказів, оскільки все це, по-перше, презентує аналогічні дії, а, по-друге, може і у відповідності з існуючою достатньо обґрунтованою практикою бути оформлено виїмкою.

У той же час не треба замінювати виїмку так званим „витребування документів” (п. 1 ст. 148 Проекту нового КПК) чи „витребуванням матеріалів” (ст. 203 Проекту нового КПК), оскільки

це буде спрямовувати суб'єктів досудових і судових дій на зайняття інертної позиції щодо збирання необхідних речових джерел і чекати, коли володільці, які, частіше за все, є зацікавленими особами, самі направлять їх необхідні речові джерела та інші матеріали.

Принципово не може викликати заперечень як дія з отримання доказів, передбачена Проектом нового КПК у п. 1 ст. 148, – „застосування технічних засобів отримання інформації», ст. 268 „накладення арешту на кореспонденцію і застосування технічних засобів отримання інформації” і ст. 269 „огляд і виїмка кореспонденції та дослідження інформації, отриманої технічними засобами”, якщо по суті одну цю дію іменувати більш обґрунтованим словосполученням „отримання інформації з каналів зв'язку». Але ж у даному випадку мова йде саме про отримання інформації з каналів зв'язку, що іншим, ніж за допомогою технічних засобів, зроблено і не може бути. Тому навіщо це вказувати у назві статті і найменуванні власне дії, яка, окрім цього, заслуговує самостійної регламентації, а не разом із накладенням арешту на кореспонденцію, оскільки поняття каналів зв'язку ширше за кореспонденцію і має по відношенню до неї, як вбачається, низку суттєвих особливостей.

Не можна погодитися з тим, щоб призначення ревізії вважалося окремою дією із отримання доказів, оскільки практично після цього призначається низка експертиз, якими більш правильно було б й охопити проведення ревізії.

Не має підстав вказувати у п. 1 ст. 148 Проекту нового КПК й „фіксування перебігу і результатів цих дій у процесуальних документах”, оскільки це не є способом чи дією із отримання доказів, а представляє лише додаткові можливості основної форми представлення доказів (протоколів досудових і судових дій, протоколу і журналу судового засідання, висновку експертизи). Причому коли основна процесуальна форма представлення доказів – протокол та ін. – втрачена чи знищена, додатки із звуковізуальної фіксації результатів процесуальних дій можуть набути самостійного доказового значення вже як фотодокументи, відеодокументи, фонодокументи чи, не виключно, інші різновиди документів, перевірка і доповнення яких за допомогою інших процесуальних джерел набуває у даному випадку особливого значення.

На підставі викладеного і з урахуванням вже доведеної необхідності удосконалення редакції **ст. 65 чинного КПК України і ст. 147 Проекту нового КПК** з метою уточнення поняття доказів та їх розмежування із джерелами, суб'єктами і способами отримання і процесуальними формами представлення (див. розд. 1.1, 2.1) пропонується п'ять частин відповідної статті наступного змісту.

Особисті і речові джерела антикримінальної інформації

Частина 1: „Доказами є будь-які відомості про факти (внутрішні чи зовнішні прояви подій, явищ, дій людей, речових джерел) у цілому чи їх окремі сторони, що мають значення для правильного вирішення справи та отримані від особистих і за допомогою речових джерел у передбачених даним Кодексом формі і порядку”.

Частина 2: „Докази мають право отримувати слідчий (співробітник органу дізнання), прокурор чи суддя (судді), а якщо це вимагає залучення спеціальних знань, то й експерт”.

Частина 3: „Допомогу слідчому (співробітнику органу дізнання), прокурору чи судді в отриманні доказів мають право надавати будь-які фізичні і юридичні особи через: а) добровільну видачу їм тих речових джерел, які виявилися в їх володінні і можуть мати значення для справи; б) повідомлення про ймовірне чи реальне місце знаходження цих речових джерел; в) вказівку на тих осіб, в пам’яті яких можуть зберегтися значимі для справи відомості”.

Частина 4: „Докази отримують лише у процесі досудових дій (оформлення з’явлення із зізнанням про вчинення злочину, отримання усної заяви чи письмового повідомлення про вчинений злочин або його підготовку, допиту, очної ставки, перевірки показань на місці, експерименту, пред’явлення для впізнання, огляду місця події, місцевості, приміщення, трупа людини, тіла живої людини, документів та інших речових джерел, особистого дослідження названих речових джерел, ексгумації трупа людини, обшуку, у тому числі й особи, виїмки, отримання інформації з каналів зв’язку, накладення арешту на кошти і майно і передачі останнього на зберігання), аналогічних судових дій та експертного дослідження”.

Частина 5: „Представлення доказів здійснюється у формі протоколу слідчої дії чи судової дії, протоколу і журналу судового засідання і висновку експертизи”.

У розвиток даних положень у новому КПК України доцільно передбачити й окрему статтю із визначення поняття і різновидів як особистих, так і речових джерел, яку у контексті врегулювання цих питань із особистими джерелами найбільш правильно іменувати **”Особисті джерела доказів”**, передбачивши в ній такий зміст.

Частина 1: „В якості особистих джерел доказів виступають осудні особи, які знаходяться у свідомому стані і в пам’яті яких могли зберегтися відомості, що передбачені певною нормою даного Кодексу (тобто тією, якою визначено поняття доказів)”.

Частина 2: „Особисті джерела доказів можуть мати такий процесуальний статус:

2.1. **Очевидець** – особа, яка безпосередньо сприймала обставини події злочину (готування, вчинення, приховування), не брала у цьому участі і якій подією злочину чи іншим суспільно небезпечним діянням не заподіяно шкоди.

2.2. **Свідок** – особа, у пам'яті якої збереглися будь-які інші відомості, що мають значення для правильного вирішення справи, яка не брала у події злочину участі і якій подією злочину чи іншим суспільно небезпечним діянням не завдано шкоди.

2.3. **Потерпілий** – фізична особа, якій подією злочину або іншим суспільно небезпечним діянням завдано фізичної, майнової чи моральної шкоди, або юридична особа, якій при цих же обставинах завдано майнової чи моральної шкоди.

2.4. **Представник потерпілого** – особа, яка представляє інтереси потерпілої юридичної особи чи померлої, малолітньої, неповнолітньої, обмежено недієздатної або недієздатної потерпілої фізичної особи.

2.5. **Цивільний позивач** – фізична чи юридична особа, якій подією злочину або іншим суспільно небезпечним діянням завдано майнової чи моральної шкоди, у зв'язку з чим вона як потерпілий заявила позов про відшкодування збитків, або інша особа, у тому числі і прокурор, яка пред'явила такий позов в інтересах держави чи вмерлого потерпілого, малолітнього, неповнолітнього або осіб, визнаних у встановленому порядку недієздатними чи обмежено дієздатними, а також інших осіб, які за станом здоров'я чи з інших поважних причин не можуть самі захистити свої майнові права.

2.6. **Представник цивільного позивача** – особа, яка представляє інтереси юридичної особи чи померлої, малолітньої, неповнолітньої, обмежено недієздатної або недієздатної фізичної особи, які заявили позов про відшкодування збитків.

2.7. **Підозрюваний** – особа, щодо якої є обґрунтовані, але ще недоведені у передбаченому даним Кодексом порядку відомості про її причетність до події певного злочину. Зі зміною ступеня доведеності вини вказаної особи її процесуальний статус змінюється на **обвинуваченого, підсудного, засудженого і виправданого**.

2.8. **Причетний** – особа, відносно якої були відомості про її причетність до події злочину, але у зв'язку з відмовою у порушенні щодо неї справи чи закриття проти неї справи вона не набула чи втратила процесуальний статус підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого чи виправданого.

2.9. **Цивільний відповідач** – особа, злочинними діями якої завдано майнової чи моральної шкоди фізичній чи юридичній особі або

Особисті і речові джерела антикримінальної інформації державі, а також інші фізичні чи юридичні особи, які в силу закону несуть майнову відповідальність за шкоду, заподіяну злочинними діями малолітньої особи або причетного (обвинуваченого, підсудного) чи обмежено осудної або неосудної особи, яка вчинила суспільно небезпечне діяння.

2.10. **Представник цивільного відповідача** – особа, яка представляє фізичну чи юридичну особу або державу як цивільного відповідача.

2.11. **Третя особа із самостійними вимогами** – особа, яка виступає на стороні цивільного позивача чи цивільного відповідача і заявляє у контексті обставин позову самостійні вимоги.

2.12. **Третя особа без самостійних вимог** – особа, яка виступає на стороні цивільного позивача чи цивільного відповідача і не заявляє у контексті обставин позову самостійні вимоги.

2.13. **Представник третьої особи** – особа, яка представляє фізичну чи юридичну особу або державу як третю особу із самостійними вимогами чи без таких вимог на стороні цивільного позивача чи відповідача.

2.14. **Експерт** – особа, яка у встановленому даним Кодексом порядку провела експертне дослідження, і з приводу цього виникає необхідність у особи, яка здійснює дізнання, слідчого, прокурора, суду або інших учасників судового засідання, отримати від неї додаткові роз'яснення”.

Відповідного удосконалення потребують і норми діючого КПК у частині поняття і різновидів речових джерел і врегулювання особливостей роботи з кожним з їх видів, чому присвячений вже наступний розділ роботи.