

1.3. Концепція безперервного ланцюжка процесуального та ординічного документування боротьби зі злочинами

Проблемі належної процесуалізації та іншої об'єктивізації отриманих до порушення кримінальної справи відомостей (інформації) присвятило увагу багато авторів [Д.І. Бєдняков (17), А.В. Белоусов (27), І.Є. Биховський (32), В.І. Галаган (49), В.В. Гевко (51), О.В. Горбачов (55), Ю.А. Гришин (57), О.М. Гушчін (61), Е.О. Дидоренко (62), Є.О. Доля (66), В.К. Знікін (77), Н.В. Ізотова (79), М.П. Кузнєцов (174), Л.М. Лобойко (185), М.І. Ніколайчик (208), С.С. Овчинський (213), Д.О. Савицький (242), П.П. Сердюков (250) та ін.], що набуває зростаючої значимості для загальної етапізації і більш за все етапізації процесу доказування у контексті отримання повноцінних доказів, оскільки працювати з джерелами майбутніх доказів ординісти іноді починають ще задовго до порушення справи у контексті профілактики злочинів, виявлення латентних злочинів, ординічного супроводження злочинної діяльності певних видів.

У той же час, чинне процесуальне та ординічне законодавство не передбачає належної нормативної процедури отримання від майбутніх особистісних і за допомогою речових джерел повноцінних доказів. Тому звертає на себе увагу проголошення і послідовне удосконалення О.А. Кириченком (86, с. 58-82; 89, с. 236-278; 91, с. 140-209; 93, с. 222-302; 94, с. 230-238; 97, с. 79-86; 98, с. 332-336 та ін.), до якого долучилася й Ю.О. Ланцедова (123, с. 101-105, 139-140; 125, с. 41-45 та ін.), концепції безперервного ланцюжка процесуального документування роботи у першу чергу з речовими і у певній мірі з особистісними джерелами антикримінальної інформації, побудованій на розвитку давньої ідеї допуску до порушення справи певних процесуальних дій (86, с. 58-168 та ін.).

Сутність вказаної концепції полягає у тому, що головну мету кримінального судочинства до порушення справи складає отримання достатніх відомостей про присутність в події ознак злочину або наявність обставин, що дають можливість відмовити у порушенні, у чому, до речі, і полягає сутність правильного вирішення «окремих питань, заяв і повідомлень про злочини» (51; 174; 187; 231 та ін.). Проте до порушення кримінальної справи на сьогодні допущені лише огляд місця події [ч. 2, 3 ст. 190 КПК України (1.17)], накладення арешту на кореспонденцію та отримання інформації з каналів зв'язку [ч. 3 ст. 187, ч. 3, 4 ст. 187-1 КПК України (1.17)], протокол проведення про що тільки і є процесуальною формою представлення на даній стадії антикримінального судочинства такого роду відомостей як доказ, за наявності єдності його з іншими основними юридичними властивостями (див. розд. 2.9). Такий стан справ на практиці призводить до різного роду ускладнень, порушень і, навіть, фальсифікацій речових джерел чи їх процесуального документування, коли, наприклад, проводять так зване «попереднє» дослідження речовин, що схожі на наркотики, яке нерідко змінює чи зовсім знищує їх. За результатами цього дослідження порушують кримінальну справу за фактом виявлення наркотиків і вже потім призначають експертизу, яка у такому випадку, коли об'єкт експертного дослідження вже змінений чи зовсім відсутній, не може бути не фальсифікована. У практиці боротьби зі злочинами виникає багато й інших подібних ситуацій (91, с. 174-177; 93, с. 236 та ін.). Аналогічні перепоони має проведення до і після порушення справи й особистісного дослідження речових джерел, яке на цей час є позапроцесуальною дією, процесуальному документуванню не підлягає і тому у процесі доказування виникають, принаймні, дві групи труднощів: 1. Доведення відсутності при проведенні особистого дослідження фальсифікації чи іншої неконтрольованої зміни речових джерел. 2. Об'єктивного відображення умов проведення даного дослідження, стану речових джерел до і після особистого дослідження тощо (91, с. 193; 97, с. 80; 98, с. 332 та ін.).

При цьому особистим пропонується іменувати дослідження, яке проводить особисто головний суб'єкт (слідчий, дізнавач, прокурор чи суддя, тобто особи, на яких у відповідності із вимогами ст. 22 КПК України покладена відповідальність за всебічне, повне і об'єктивне дослідження матеріалів справи¹), коли: а) для остаточної відповіді на певні значущі для справи питання не треба залучати спеціальні знання; б) є необхідність з'ясувати власне питання про необхідність застосування з цією ж метою такого роду знань; в) необхідно вирішити інші допоміжні, але все ж таки значимі для процедури доказування питання, наприклад, у контексті оцінки наявних відомостей, версіювання і планування слідства тощо (98, с. 321-323 та ін.). У літературі і на практиці таке дослідження традиційно іменується «попереднім дослідженням», «доекспертним дослідженням», «непроцесуальним дослідженням» та ін., що не відображає його сутність (91, с. 179; 98, с. 321 та ін.).

Тому достатньо виваженою виглядає пропозиція О.А. Кириченка визнати особисте дослідження процесуальною дією (яка має бути проведена аналогічно до огляду) і разом із всіма видами огляду (огляду місця події, огляду місцевості, огляду приміщення, огляду трупу людини, огляду тіла живої людини, огляду документів та огляду інших речових джерел), обшуком, виїмкою, експертизою та отриманням зразків на експертне дослідження допустити до порушення справи, якщо при цьому ставиться мета отримати достатні дані про наявність чи відсутність в дії ознак злочину (91, с. 177, 200; 97, с. 80-81; 98, с. 332-333).

¹Щоб бути точним, суд не вказаний у чинній редакції ст. 22 КПК України поміж суб'єктів, на які покладено такий обов'язок. Це, на думку В.Т. Маляренка та інших учасників вказаного авторського колективу, зроблено навмисно, щоб поставити суд як власний орган над сторонами кримінального судочинства (170, с. 63). Проте фактично суд, як достатньо обґрунтовано підкреслюють вказані автори, все ж таки має дотримуватися принципу всебічності, повноти та об'єктивності дослідження всіх матеріалів справи (170, с. 63).

Частково даний підхід вже відображений й у Проекті нового КПК України, ч. 1 і 2 ст. 255 якого передбачають, що «з метою виявлення слідів злочину, інших матеріальних об'єктів, які можуть бути речовими доказами, і обставин, що мають доказове значення, встановлення відомостей про факти, які можуть вказувати на наявність чи відсутність ознак злочину, слідчий здійснює огляд місцевості, приміщень, предметів, документів, трупів, тварин тощо. Огляд у разі необхідності може бути проведений до порушення провадження в кримінальній справі» (1.18). Проте тут чомусь не вказано огляду місця події, а проведення інших видів огляду може мати місце і «з метою виявлення слідів злочину, інших матеріальних об'єктів, які можуть бути речовими доказами, і обставин, що мають доказове значення», що, однак, виходить за межі вирішення основного питання на даній стадії кримінального судочинства – порушити справу чи відмовити в цьому, для чого достатньо й досягнення іншої вказаної у даній нормі мети – «встановлення відомостей про факти, які можуть вказувати на наявність чи відсутність ознак злочину».

З цим погодитися не можна, оскільки правий О.А. Кириченко, який підкреслює, що проведення до порушення справи названих процесуальних дій з іншою, ніж з'ясування факту наявності чи відсутності в події ознак злочину, метою неприпустимо і має бути реалізовано лише після порушення справи (91, с. 177, 200; 97, с. 80-81; 98, с. 332-333). Подальше удосконалення вказаного підходу вбачається у тому, що, по-перше, на стадії порушення кримінальної справи має бути вирішено не тільки питання про присутність в події ознак злочину, а й про відсутність обставин, що обумовлюють необхідність відмови у порушенні кримінальної справи, тобто обставин, що передбачені ст. 6 КПК України (1.17), ст. 170 і 171 Проекту нового КПК України від 12.10.05 р. (1.18). По-друге, не варто обмежувати вид процесуальної дії, яка може бути проведена до порушення справи, оскільки у даному випадку головним є не те, яка власне дія проводиться, а з якою метою, без досягнення чого не можна й порушити справу.

У цьому і повинна полягати основна відмінність антикримінального судочинства до і після порушення справи, коли в обох випадках має зберігатися один і той же перелік процесуальних дій, що власне і буде забезпечувати безперервний ланцюжок процесуального документування роботи з особистісними і речовими джерелами з моменту їх виявлення і до розв'язання справи по суті, але різною повинна стати лише мета проведення вказаних дій: у першому випадку – отримання відомостей про присутність в події ознак злочину чи відсутність обставин, що обумовлюють необхідність відмови у порушенні кримінальної справи, а в другому – отримання всіх інших відомостей, що можуть забезпечити правильне вирішення справи по суті. Тоді чому на заваді вказаної мети у першому випадку повинен бути вид процесуальної дії, коли у певній антикримінальній ситуації існує тільки конкретна процесуальна процедура встановлення такого роду обставин? По-третє, у такому випадку не будуть зайвими й певні процесуальні гарантії законності дій головного суб'єкта, коли без санкції прокурора до порушення справи можна провести лише огляд та особисте дослідження місця події, які є невідкладними.

З урахуванням викладеного до порушення кримінальної справи мають бути допущені з певною метою не лише огляд та особисте дослідження місця події, а й санкції прокурора й будь-яка інша процесуальна дія. У цьому і повинна полягати основна відмінність антикримінального судочинства до і після порушення справи, коли в обох випадках є єдиний перелік процесуальних дій, що власне і буде забезпечувати безперервний ланцюжок процесуального документування роботи з особистісними і речовими джерелами з моменту їх виявлення і до розв'язання справи по суті, але різна мета їх проведення: отримання відомостей відповідно про присутність в події ознак злочину чи відсутність обставин, що обумовлюють необхідність відмови у порушенні кримінальної справи, та про всі інші обставини, що мають значення для правильного вирішення справи.

Що ж стосується суті даної концепції у контексті роботи із речовими джерелами, то вона полягає у тому, що трасосубстанції з моменту виявлення мають бути у належній упаковці, а поза нею – тільки при проведенні процесуальної дії із детальним документуванням: 1. Стану наявної упаковки трасосубстанцій (цілісність посвідчувальних засобів тощо) на початок проведення дії. 2. Всіх тих дій, що були здійснені щодо трасосубстанцій (що саме з речовим джерелом робилося, які технічні засоби і методи при цьому були застосовані та ін.). 3. Процедури виконання нової упаковки трасосубстанцій по завершенню дії (75, с. 203; 91, с. 81, 177, 200; 98, с. 332-334; 123, с. 104-105; 125, с. 44-45).

Виходячи з вказаних вимог, громіздкі трасосубстанції мають обов'язково зберігатися у спеціальних приміщеннях, які будуть для них специфічною упаковкою. В іншому випадку всі зміни з цими трасосубстанціями і з нерухомими трасосубстанціями можна об'єктивно дослідити лише на момент їх первинного огляду, а пізніше стан вказаних речових джерел може бути оцінений лише з відповідними припущеннями. Речові джерела, що швидко псуються, і нерухомі речові джерела мають у ході первинного огляду піддаватися фізичному та іншому моделюванню, тобто виготовленню похідних речових джерел (34; 173 та ін.), детальному вербальному і фото-кіно-відеографічному документуванню (123, с. 104-105; 125, с. 44-45). Речові джерела – документи, якщо вони одночасно не набувають значимості для справи та які трасосубстанції, упаковки та іншим вказаним діям не підлягають (їх вербальне і фото-кіно-відеографічне документування проводиться лише у контексті звичайного документування кожного з етапів процедури доказування), то вони зберігаються при справі чи при необхідності у спеціальних приміщеннях.

У контексті удосконалення правової регламентації негласної роботи із особистісними і речовими джерелами речовими варто звернути увагу на те, що чинна редакція ч. 2 ст. 65 КПК України (1.17), п. 2 ст. 147 і п. 4 ст. 148 Проекту нового КПК України від 12.10.05 р. (1.18), ч. 3 ст. 2 Проекту КПК України,

запропонованого М.М. Михеєнком (197, с. 12), і позиція окремих вчених: Е.О. Дидоренка² (62, с. 90-93; 97, с. 34; 98, с. 52), А.Я. Дубинського (198, с. 113), Є.Г. Коваленка (169, с. 136), О.П. Кучинської (177, с. 78), Г.М. Мінковського (205, с. 112-113), В.М. Тертишника (276, с. 81-94) та ін. (33, с. 74 та ін.), передбачають спірний підхід до схвалення законодавчого підходу із використання у доказуванні результатів ординічної діяльності через складання відповідних протоколів з додатками, у силу чого розвиток етапізації гласної і негласної роботи із особистісними і речовими джерелами виходить за межі концепції безперервного ланцюжка процесуального документування і порушує принцип безпосередності антикримінального судочинства. Але ж власне процедура негласної роботи із особистісними і речовими джерелами скрита від головних суб'єктів допусками таємності. Є лише результат негласних заходів, достовірність якого перевірити наявними процесуальними засобами (а це, як правило, лише вивчення протоколу та огляд і іноді особисте чи експертне дослідження додатків) вдається не завжди. Тому фактично має місце, як підкреслює О.А. Кириченко (97, с. 34-35; 98, с. 52-53 та ін.) і підтримала це Ю.О. Ланцедова (123, с. 108; 127, с. 21; 128, с. 168 та ін.) презентація другого після експертного дослідження випадку порушення принципу безпосередності антикримінального судочинства, причому із значно меншим обсягом процесуальних гарантій.

Вихід з даної ситуації вітчизняними вченими бачиться по-різному, що доцільно показати на підставі позиції двох чисельних авторських колективів коментарів до КПК, коли Ю.П. Аленін, Є.М. Гідулянова, Ю.О. Гурджі, Л.М. Гуртієва, В.П. Дороніна, К.В. Дришлюк, В.Г. Жук, О.С. Золотніков, В.О. Комаха, Т.В. Лукашкіна, М.М. Макаренко, В.Т. Маляренко, С.М. Міщенко, М.І. Пашковський, Ю.Є. Полянський, Т.М. Роцька, Ю.А. Рощенюк, М.І. Смірнов, В.В. Тищенко, М.М. Цитович і М.М. Шульга достатньо виважено підкреслюють, що протоколи з додатками про результати проведення ординічних заходів безпосередньо використовуватися у кримінальному судочинстві не можуть і мають пройти підтвердження через проведення певних процесуальних дій (297, с. 230). При цьому підкреслюється, що «УПК не указывает, результаты каких именно оперативно-розыскных мероприятий могут быть использованы в качестве доказательств. Мы полагаем, что это могут быть только данные, проверка которых возможна процессуальным путем» (297, с. 230). При цьому В.І. Бояров, Т.В. Варфоломеева, І.В. Вернидубов, В.Г. Гончаренко, С.В. Гончаренко, В.П. Вороніна, М.Є. Короткевич, С.Л. Лисенков, В.Т. Маляренко, О.Р. Михайленка, С.М. Міщенко, В.В. Молдован, В.Т. Нор, Г.М. Омеляненко, П.П. Пилипчук, Т.І. Присяжнюк, Д.П. Письменний, Т.М. Роцька, М.С. Хрупа і М.Є. Шумило хоча й зауважили, що «встановлення доказів протоколами за результатами оперативно-розшукових заходів за ч. 2 ст. 65 КПК України представляє собою виключення із загального правила формування доказів тільки у сфері кримінально-процесуальної діяльності» (170, с. 195), але пропонують для вирішення даної проблеми менш вдалий вихід, оскільки вважають, що дане «виключення не носить абсолютного характеру і такого роду відомості зможуть набути статусу доказів лише тоді, коли буде відомо їх джерело і способи отримання» (170, с. 195). Як бачимо, у цьому випадку достатньо знати лише джерело і способи негласного отримання інформації, а не мати можливість підтвердити ці дані через проведення певних процесуальних дій, з чим погоджуватися, звичайно, не варто, оскільки на практиці така можливість також буває не завжди.

З урахуванням викладеного, розв'язати дану проблему доцільніше шляхом поетапної кодифікації чинної підзаконної нормативно-правової регламентації ординічної діяльності у вигляді новітнього кодексу – Ординічного кодексу України, що пропонував зробити О.А. Кириченко (94, с. 230-234; 96, с. 14-15; 97, с. 33-38, 48, 51-56, 61; 98, с. 61 та ін.), підтримала Ю.О. Ланцедова (123, с. 107-108; 127, с. 20-22; 128, с. 164-167; 134, с. 119-123; 281, с. 11 та ін.) та в принципі визнали окремі вчені з ординістики: І.П. Козаченко, І.Р. Шинкаренко та ін. (97, с. 38 та ін.). Поетапне прийняття спочатку новітнього Ординічного кодексу України, а потім й відповідного міжнародного кодексу краще за все розпочати з узгодження чинного міжвідомчого розрізненого підзаконного регулювання ординічної діяльності (1.2; 1.3; 1.5; 1.6; 1.8-1.13 та ін.) шляхом розробки єдиного для всіх зацікавлених міністерств і відомств наказу (положення) (123, с. 107; 127, с. 20; 128, с. 164; 134, с. 119-123; 281, с. 11 та ін.). Спроба цього вже була в межах МВС України, коли на всеукраїнській науково-практичній конференції обговорювалася узгоджена «Настанова з проведення ОВС ординічної діяльності» (134, с. 119-123). При цьому проявилися й реальні перепони щодо даного варіанту розвитку негласного законодавства у напрямку його кодифікації, коли навіть між підрозділами системи МВС, що мають право вести ординічну діяльність, було достатньо важко досягти згоди з приводу концептуальних й часткових проблем такого роду діяльності. За умов же «доброї волі» на рівні керівників відповідних відомств перепон на даному етапі кодифікації ординічного законодавства, як передбачається, буде значно менше.

У той же час, якщо ж все таки буде прийнятий саме такий узгоджений міжвідомчий наказ, його треба буде вже перевести у площину всеохоплюючого законодавчого розв'язання даної проблеми, прийнявши парламентом єдиний для всіх зацікавлених міністерств, відомств, підрозділів і служб таємний Закон України «Про негласну антиделіктну діяльність», оскільки існуючий нетаємний Закон України «Про оперативно-розшукову діяльність» (1.5) є по суті «вершиною айсбергу» і регулює лише принципи ведення даної діяльності. Причому варто підкреслити, що ніяких перепон для втілення у життя такого підходу немає, оскільки народні депутати мають вищий рівень допуску по роботі із таємними документами, а традиційний

²Вказаний автор разом із С.О. Кириченко і Б.Г. Розовським даному варіанту розв'язання проблеми присвятив низку публікацій (63 та ін.), проект наукової доповіді «Процесуальна регламентація ординічної діяльності» (97, с. 52) тощо.

принцип доступності законів для всіх громадян країни може мати для даного кодифікованого правового акту виключення (123, с. 107; 281, с. 42 та ін.).

Наступним і заключним етапом розвитку нормативно-правової регламентації негласної антиделіктної діяльності передбачається розробка і прийняття парламентом відповідного вже кодифікованого нормативно-правового акту – процедурного Ордо-регаментного кодексу України, а на рівні міждержавних відносин – Міжнародного Ордо-регаментного кодексу (123, с. 107-108; 134, с. 119-123; 281, с. 11 та ін.). І такий кодекс міг би мати структуру аналогічну іншим процедурним кодексам (1.18; 1.16; 1.21; 1.22), у т. ч. й чинному КПК України (1.17; 1.18), тобто, Загальну частину і Особливу частину, а останню з них (при необхідності й Загальну частину) поділяти на стільки розділів, скільки є допусків по роботі із службовими і таємними документами – «для службового користування», «таємно», «цілком таємно» та «особливої важливості», в яких би викладалися відповідного рівня таємності ординічні заходи: вичерпний перелік ординічних заходів, підстав, суб'єктів і точного порядку їх проведення (281, с. 42-43 та ін.).