

УДК 343.977

DOI <https://doi.org/10.32840/1813-338X-2020.4.31>**Г. К. Тетерятник**кандидат юридичних наук, доцент,
завідувач кафедри кримінального процесу
Одеського державного університету внутрішніх справ

ІНСТИТУТ ПОНЯТИХ ПРИ ПРОВЕДЕННІ СЛІДЧИХ (РОЗШУКОВИХ) ДІЙ В УМОВАХ НАДЗВИЧАЙНИХ ПРАВОВИХ РЕЖИМІВ

Анотація. У статті аналізуються проблеми особливостей функціонування такого інституту-гарантії законності слідчих (розшукових) дій, як участь понятих при їх проведенні. Розглянуто проблеми залучення та участі понятих при проведенні слідчих (розшукових) дій в умовах надзвичайних правових режимів. Констатується, що детермінантою змін, необхідних до КПК України щодо участі понятих при проведенні слідчих (розшукових) дій у кримінальних провадженнях в умовах надзвичайних правових режимів є два основні фактори: це фактор небезпеки (реальної або потенційної), який ставить під сумнів можливість участі зазначених суб'єктів у процесуальних діях та фактор швидкої змінюваності обстановки, що вказує на невідкладність проведення таких дій з метою збереження доказової інформації.

Досліджуються проблематика залучення понятих як однієї із гарантій законності проведення слідчих (розшукових) дій. Констатується, що КПК України не містить окремої норми, у якій би визначалися права та обов'язки понятих, відсутнє і поняття цих суб'єктів у кримінальному процесуальному законодавстві, що обумовлює виникнення дискусійних питань застосування цього інституту на практиці.

Розглянуто проблеми щодо реальної ефективності функціонування цього інституту як гарантії законності проведення слідчих (розшукових) дій, проаналізовано проблеми й недоліки правової регламентації участі понятих при проведенні слідчих (розшукових) дій. Здійснено науковий аналіз правових підстав щодо реальної ефективності функціонування цього інституту як гарантії законності проведення слідчих (розшукових) дій, у тому числі в умовах надзвичайних правових режимів.

За результатами дослідження сформульовано низку висновків та пропозицій, спрямованих на удосконалення як нормативної регламентації, так і практики залучення понятих при проведенні слідчих (розшукових) дій в умовах надзвичайних правових режимів. Доведено доцільність доповнення ст. 223 КПК України частиною 4-1.

Ключові слова: поняті, слідчі (розшукові) дії, надзвичайні правові режими, досудове розслідування.

Постановка проблеми та її актуальність. У питанні нормативної регламентації проведення слідчих (розшукових) дій в умовах надзвичайних правових режимів необхідно виходити, у першу чергу, із балансу забезпечення ефективності кримінального провадження в екстраординарних умовах та дотримання прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження, з урахуванням тих обставин та умов, які існують на момент проведення слідчої (розшукової) дії. Не потребує доведення наявність великого спектру загроз при проведенні процесуальних дій у «сірій» зоні та зонах надзвичайної ситуації, під час воєнних дій, збройних конфліктів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання, пов'язані з особливостями проведення слідчих (розшукових) дій у різні роки розглядалися в роботах С. А. Альперта, А. Я. Дубинського, В. І. Галагана, В. Я. Горбачевського, Ю. М. Грошевого, А. В. Іщенко, О. В. Капліної, О. П. Кучинської, Л. М. Лобойка, Є. Д. Лук'янчикова, В. Т. Нора, М. А. Погорецького, В. О. Попелюшка, Д. Б. Сергєєвої, С. В. Слінька, С. М. Смокова, В. М. Тertiшника, Л. Д. Удалової, В. Ю. Шепітька, М. Є. Шумила та ін. Разом з тим у попередніх наукових працях не ставилася мета системного дослідження участі понятих при проведенні слідчих (розшукових) дій в умовах надзвичайних правових режимів.

Метою статті є отримання наукових результатів у вигляді теоретичних положень щодо окремих аспектів інституту понятих при проведенні слідчих (розшукових) дій в умовах надзвичайних правових режимів та формулювання пропозицій із вдосконалення чинного законодавства.

Виклад основного матеріалу. При проведенні слідчих (розшукових) дій в умовах воєнного, надзвичайного стану, АТО/ООС робота слідчих ускладнюється тим, що у випадках звільнення обстановка може швидко змінюватися під впливом багатьох небезпечних факторів: внаслідок передислокації військових частин і підрозділів, артилерійського або мінометного обстрілів тощо [1, с. 129], дії природних, техногенних та інших факторів, які обумовлюють надзвичайну ситуацію.

Аналіз ст. 223 КПК України, яка визначає вимоги до проведення слідчих (розшукових) дій, дозволяє стверджувати, що здебільшого особливості правового регулювання їх проведення в умовах надзвичайних правових режимів залишилися поза увагою законодавця.

У першу чергу, вважаємо за потрібне звернути увагу на особливості функціонування такого інституту-гарантії законності слідчих (розшукових) дій, як участь понятих при їх проведенні. Два основні фактори є детермінантою змін, необхідних до КПК України щодо участі понятих при проведенні слідчих (розшукових) дій у кримінальних провадженнях в умовах надзвичайних правових режимів: це фактор безпеки (реальної або потенційної), який ставить під сумнів можливість участі зазначених суб'єктів у процесуальних діях та фактор швидкої змінюваності обстановки, що вказує на невідкладність проведення таких дій з метою збереження доказової інформації.

Проблематика залучення понятих як однієї із гарантій законності проведення слідчих (розшукових) дій має досить широке коло невирішених питань. Відповідно до ч. 7 ст. 223 КПК України та норм, які визначають порядок проведення слідчих (розшукових) дій понятими є незаінтересовані особи (понятими не можуть бути потерпілий, родичі підозрюваного, обвинуваченого і потерпілого, працівники правоохоронних органів, а також особи, заінтересовані в результатах кримінального провадження), які можуть бути допитані під час судового розгляду як свідки проведення відповідної слідчої (розшукової) дії. У п. 25 ст. 3 КПК України поняті віднесені до учасників кримінального провадження, втім КПК України не містить окремої норми, у якій би

визначалися права та обов'язки понятих, відсутнє і поняття цих суб'єктів у кримінальному процесуальному законодавстві. Законодавець через незрозумілу причину в цій главі не вказав понятих як учасників процесу [2, с. 445].

В. Т. Маляренко справедливо звертає увагу на наступне: «На жаль, науковцями чомусь мало приділяється уваги і місцю понятих у кримінальному процесі, особливо на стадії досудового слідства. В підручниках з кримінально-процесуального права здебільшого перераховуються випадки, коли в слідчих діях зобов'язані брати участь поняті, називаються особи, які не можуть ними бути. Але в жодному з них не піддається критиці цей інститут, не досліджуються його сутність, а також явища, що породжують його існування. Якщо у юристів-теоретиків інститут понятих не викликає емоцій, то для практиків, особливо слідчих, це щоденний головний біль» [3, с. 136].

Учені також різняться у своєму баченні до визначення, обсягу прав та обов'язків понятих. Понятих визначають, як незаінтересованих осіб, тобто сторонніх особи, які не мають ніякого відношення до фактів кримінального провадження і, які запрошені до участі в слідчих діях і спостереженні та засвідчують своїми підписами відповідність записів у протоколі проведених дій [4, с. 127-128]. Також вказують, що це повнолітня дієздатна особа, яка долучається слідчим, прокурором для проведення слідчих (розшукових) дій і повинна спостерігати за їх проведенням, своєю присутністю сприяти проведенню цих дій, а також *допомагати слідчому за його зверненням у проведенні цих дій (виділення наше – Г.Т.)* [5, с. 102]. Понятого визначають і як повнолітню фізичну особа, яка добровільно залучається до проведення слідчої (розшукової) або процесуальної дії у кримінальному провадженні з метою засвідчення своїм підписом відповідності записів у протоколі виконаним діям, за якими він спостерігав [6, с. 223-224].

Законодавчі прогалини щодо прав та обов'язків понятих, відсутність регламентації в КПК України обов'язку та права слідчого перевіряти документи, що засвідчують особу понятого, що дає можливість спотворення особистих даних із боку понятих, відсутність нормативної регламентації поведінки понятого під час проведення певної слідчої дії, труднощі у підборі понятих у нічний час, а також для участі у складних або тривалих за часом слідчих діях [7, с. 232], чималу складність представляють собою випадки про-

ведення слідчих дій у безлюдній місцевості, особливо вночі, коли знайти понятих практично неможливо, що штовхає слідчих до різного роду фальсифікацій, або залучення в якості понятих осіб, в певній мірі залежних від органів слідства [8, с.11], давно викликають у науковій спільноті дискусію щодо реальної ефективності функціонування цього інституту як гарантії законності проведення слідчих (розшукових) дій. О. Маленко провів досить ґрунтовний аналіз теоретичних джерел та визначив наступні аргументи противників та прибічників інституту понятих. До перших належать наступні: 1) вони забезпечують процесуальні гарантії прав особи у кримінальному судочинстві; 2) виключається можливість фальсифікацій з боку працівників правоохоронних органів; 3) їх наявність має важливе дисциплінуюче значення для слідчого та прокурора; 4) підвищується надійність достовірності отриманих доказів; 5) забезпечується участь народу у здійсненні правосуддя; 6) гарантується дотримання правильності фіксації факту, змісту та результатів процесуальних дій; 7) такий інститут є характерним для вітчизняної системи права; 8) тривала апробація часом залучення понятих у процес; 9) в ході судового розгляду понятій може стати свідком однієї зі сторін кримінального провадження тощо. До других: 1) незацікавленість громадян в участі у здійсненні правосуддя; 2) складність процедури залучення понятих до процесуальних дій; 3) формальний підхід до вибору понятих; 4) неможливість забезпечити участь понятих у виняткових випадках; 5) розвиток науково-технічного прогресу, що дозволяє застосовувати альтернативні засоби фіксації достовірності отримання доказів; 6) фактично встановлюється презумпція недовіри до правоохоронних органів, що має наслідком підрив авторитету держави; 7) можливість залучення до проведення слідчих дій інших учасників кримінального провадження (захисника, потерпілого, спеціаліста тощо); 8) наявність системи прокурорського та судового контролю за досудовим розслідуванням; 9) відсутність інституту понятих або його аналогу в країнах англосаксонської правової системи та його обмежене застосування у провідних країнах континентальної правової системи; 10) наявність стадійності процесу, що дає змогу перевіряти достовірність доказів тощо [9].

Якщо звернутися до зарубіжного досвіду, то кримінальне процесуальне законодавство Англії та США не містить інституту понятих або

його аналогу. У країнах романо-германської правової системи – Франції та Німеччині, то поняті (особи наближені до їх статусу) залучаються лише в окремих випадках. Так, «відповідно до ст. ст. 57, 96 КПК Франції обшук житла здійснюється у присутності особи, яка там проживає. Якщо це неможливо, посадова особа судової поліції пропонує обшукуваному запросити понятого за своїм розсудом, а за відсутності такого посадова особа сама обирає двох понятих, за винятком осіб, які перебувають у її підпорядкуванні. Відповідно до § 105 КПК ФРН у випадку, коли обшук житла або службових приміщень проводиться без участі судді або прокурора то, за можливості, до нього мають залучатися чиновник общини або два члени тієї общини, в окрузі якої проводиться обшук» [8, с.10]. У Латвії, Литві та Естонії поняті залучаються лише при проведенні обшуку житла та при проведенні окремих процесуальних дій з елементами примусового характеру.

Значимо, що український законодавець при розробці та прийнятті КПК України 2012 року зробив також крок уперед у частині подолання пострадянського архаїзму щодо обов'язкової участі понятих у слідчих (розшукових) діях, залишивши імперативну участь щодо їх залучення визначення при проведенні найбільш право обмежуючих процесуальних дій – обшуку та огляду житла чи іншого володіння особи, а також особистого обшуку. В інших випадках, визначених ч. 7 ст. 223 КПК України така участь може бути замінена безперервним відеозаписом слідчої (розшукової) дії. Водночас, при розробці КПК України 2012 р. не були враховані виключні випадки, коли участь понятих не може бути забезпечена внаслідок обставин об'єктивного характеру, однак нагальною є необхідність збереження, вилучення та оперативного фіксування слідів кримінального правопорушення. У ст. 223 КПК України, яка визначає вимоги проведення слідчих (розшукових) дій відсутні виключення, які стосуються їх проведення в особливих умовах.

Єдине виключення, яке містить КПК України у частині забезпечення безпеки учасників слідчої (розшукової) дії, визначене у ч. 4 ст. 240, згідно з якою «проведення слідчого експерименту допускається за умови, що при цьому не створюється небезпека для життя і здоров'я осіб, які беруть у ньому участь, чи оточуючих, не принижуються їхні честь і гідність, не завдається шкода» [10].

Слід зазначити, що окремі пострадянські держави виявили більш обачливу позицію.

Так, відповідно до КПК Республіки Казахстан у ч. 6 ст. 14 КПК якої зазначено, що ніхто не може бути залучений до участі у процесуальних діях, якщо останні створюють небезпеку для життя чи здоров'я особи [11]. У ч. 3 ст. 170 КПК РФ це питання вирішується дещо по-іншому: у важкодоступній місцевості, за відсутності належних засобів сполучення, а також у випадках, якщо провадження слідчої дії пов'язане з небезпекою для життя і здоров'я людей, слідчі дії, можуть проводитися без участі понятих, про що в протоколі слідчої дії робиться відповідний запис. У разі провадження слідчої дії без участі понятих застосовуються технічні засоби фіксації його ходу і результатів. Якщо в ході слідчої дії застосування технічних засобів неможливо, то слідчий робить у протоколі відповідний запис [12].

За понад сім років окупації частини території України та збройного конфлікту у Донецькій та Луганській областях лише Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях» щодо допуску дізнавачів, слідчих та прокурорів до району здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації у Донецькій та Луганській областях» № 948-ІХ від 03.11.2020 було визначено, що суб'єкти кримінального провадження отримують допуск до району здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації у Донецькій та Луганській областях, затвердженого наказом Командувача Збройних Сил від 29.01.2021 №30, свідчить про те, що ним не передбачено порядку допуску до зазначеної місцевості понятих, п. 2.3 містить перелік відомостей для отримання допуску до району обмеженого (забороненого) доступу, у якому серед інших зазначається «список службових осіб, що направляються», натомість жодних вказівок щодо порядку допуску понятих зазначений порядок не містить [14].

На наше переконання, загальна заборона щодо проведення слідчих (розшукових) дій у разі

створення небезпеки для життя і здоров'я осіб, які беруть у ній участь, чи оточуючих, має міститися як загальна вимога проведення слідчих (розшукових) дій. Відтак, вважаємо за доцільне доповнити ст. 223 КПК України частиною 4-1 у наступній редакції: «Проведення слідчих (розшукових) дій допускається за умови, що при цьому не створюється небезпека для життя і здоров'я осіб, які беруть у них участь, чи оточуючих, не принижуються їхні честь і гідність».

Вважаємо також за необхідне доповнити ч. 7 ст. 223 КПК України абзацем 5 наступного змісту: «У випадках, пов'язаних із врятуванням життя, людей та майна чи з безпосереднім переслідуванням осіб, які підозрюються у вчиненні кримінального правопорушення, а також якщо існує ризик знищення, втрати, спотворення доказів про кримінальне правопорушення внаслідок обстановки, обумовленої надзвичайною ситуацією, воєнним, надзвичайним станом, проведенням антитерористичної операції або іншим надзвичайним правовим режимом, невідкладні слідчі (розшукові) дії можуть бути проведені без участі понятих. Особа, яка проводить невідкладну слідчу (розшукову) дію несе відповідальність за незаконне обмеження або порушення прав та законних інтересів осіб, які беруть участь та щодо яких проводиться слідча (розшукова) дія».

Перспективними вбачаються подальші наукові розвідки щодо особливостей проведення слідчих (розшукових) дій, застосування заходів забезпечення кримінального провадження, особливих гарантій учасників провадження, що здійснюється в умовах надзвичайних правових режимів.

Список використаної літератури:

1. Маликов С.В. Расследование преступлений в боевой обстановке: (Правовое обеспечение, организация, методика). Дис. ... канд. юрид. наук: 20.02.03. М., 1998. 209 с.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар / відп. ред. : С.В. Ківалов, С.М. Міщенко, В.Ю. Захарченко. Харків : Одиссей, 2013. 1100 с.
3. Маляренко В.Т. Перебудова кримінального процесу України в контексті європейських стандартів: монографія. К.: Юрінком Інтер, 2005. 511 с.
4. Циліорик І.І. Гарантії прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження під час проведення слідчих (розшукових) дій: дис... канд. юрид. наук: 12.00.09, Львів, 2020. 256 с.

5. Смоков С.М., Кирилюк А.А. Участь понятих у слідчих (розшукових) діях на стадії досудового розслідування. *Вісник кримінального судочинства*. 2017. № 2. С. 101-106.
6. Скрябін О.М. Проблемні питання участі понятих у кримінальному провадженні. *Право і суспільство*. 2020. № 5. С. 220-224.
7. Михайлова Н.В. Проблеми участі понятих у кримінальному процесі України. *Право і суспільство*. 2011. № 6. С. 231-233. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pis_2011_6_48.
8. Булейко О.Л. Участь понятих у кримінальному процесі: автореф. дис... канд.юр.наук. К., Нац. Ун-т ім. Т. Шевченка. 2009. 16 с.
9. Маленко О. Інститут понятих у кримінальному процесі України. URL: https://protocol.ua/ru/institut_ponyatih_u_kriminalnomu_protsezi_ukraini/
10. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 № 4651-VI. *Голос України*. 2012. № 90-91. 19 трав. 2012 р.
11. Уголовно-процесуальний кодекс Республики Казахстан от 4 июля 2014 года № 231-V (с изменениями и дополнениями по состоянию на 11.07.2021 г.) URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575852
12. Уголовно-процесуальний кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 № 174-ФЗ (ред. от 01.07.2021) URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_34481/
13. Про внесення змін до Закону України «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях» щодо допуску дізнавачів, слідчих та прокурорів до району здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації у Донецькій та Луганській областях: Закон України від 03.11.2020 р. № 948-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/948-20#Text>.
14. Наказ Командувача збройних сил від 29.01.2021 №30 «Про затвердження Порядку допуску дізнавачів, слідчих та прокурорів до району здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії Російської Федерації у Донецькій та Луганській областях» (з архіву).

Teteriatnyk H. K. Institute of witnesses in conducting investigative (search) actions in conditions of emergency legal regimes

Summary. *The article analyzes the problems of the peculiarities of the functioning of such an institution-guarantee of the legality of investigative (search) actions, as the participation of witnesses in their conduct. Problems of involvement and participation of witnesses in carrying out investigative (search) actions in the conditions of emergency legal regimes are considered. It is stated that the determinant of the changes required to the CPC of Ukraine regarding the participation of witnesses in investigative (search) actions in criminal proceedings under emergency legal regimes are two main factors: the risk factor (real or potential), which calls into question the participation of these sub objects in procedural actions and the factor of rapid variability of the situation, which indicates the urgency of such actions in order to preserve the evidentiary information.*

The problem of unresolved issues of involvement of witnesses as one of the guarantees of legality of investigative (search) actions is discussed. In particular, in paragraph 25 of Art. 3 of the CPC of Ukraine, witnesses are referred to participants in criminal proceedings, however, the CPC of Ukraine does not contain a separate rule that would define the rights and responsibilities of witnesses, there is no concept of these subjects in the criminal procedure legislation.

Problems concerning the real efficiency of functioning of this institute as a guarantee of legality of carrying out investigative (search) actions are considered and problems and other shortcomings of legal regulation of their participation in carrying out investigative (search) actions are analyzed. The scientific analysis of the legal bases concerning the real efficiency of functioning of this institute as a guarantee of legality of carrying out investigative (search) actions is carried out.

The criminal procedural legislation of foreign countries concerning the participation of witnesses in the pre-trial investigation is analyzed. According to the results of the research, a number of conclusions and proposals have been formulated, aimed at improving both the normative regulations and the practice of involving witnesses in conducting investigative (search) actions in the conditions of emergency legal regimes. The expediency of supplementing Art. 223 of the CPC of Ukraine, part 4-1, in the following wording: dignity».

Key words: *witnesses, investigative (search) actions, emergency legal regimes, pre-trial investigation.*