

Перцова-Тодорова Л. М.,
ад'юнкт відділу докторантури та ад'юнктури
Національної академії внутрішніх справ

ДЕЯКІ ПИТАННЯ УЧАСТІ ПОНЯТИХ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ ОБШУКУ

SOME QUESTIONS ABOUT THE PARTICIPATION OF WITNESSES DURING THE SEARCH

У статті досліджено питання участі понятих під час проведення обшуку на стадії досудового розслідування як одну з гарантій забезпечення прав та законних інтересів осіб. Здійснено порівняльний аналіз кримінального процесуального законодавства України та зарубіжних країн щодо участі понятих під час проведення слідчих (розшукових) дій та доцільності існування інституту понятих нині.

Ключові слова: *понятій, слідчі (розшукові) дії, гарантії, законність, досудове розслідування, обшук.*

В статье исследован вопрос участия понятых при проведении обыска на стадии досудебного расследования как одну из гарантий обеспечения прав и законных интересов лиц. Осуществлен сравнительный анализ уголовного процессуального законодательства Украины и зарубежных стран на участие понятых при проведении следственных (розыскных) действий и целесообразности существования института понятых в настоящее время.

Ключевые слова: *понятый, следственные (розыскные) действия, гарантии, законность, досудебное расследование, обыск.*

The article examines the participation of witnesses during a search at the pre-trial investigation stage as one of the guarantees for ensuring the rights and legitimate interests of individuals. A comparative analysis of the criminal procedural legislation of Ukraine and foreign countries for the participation of witnesses during investigative (search) actions and the feasibility of the existence of an institution of witnesses at present has been carried out.

Key words: *witnesses, investigative (search) actions, guarantees, legality, pre-trial investigation, search.*

Постановка проблеми. Євроінтеграційний процес в Україні нині сприяє приведенню національного законодавства відповідно до норм міжнародного права. Реформування органів кримінальної юстиції, яке відбувається останні декілька років, спрямоване на посилення охорони прав та свобод людини. Основні положення та напрями діяльності визначені Концепцією реформування кримінальної юстиції України, затвердженої Указом Президента України від 8 квітня 2008 року № 311/2008. [1, с. 20]. Своє втілення вони знайшли в оновленому Кримінальному процесуальному кодексі України 2012 року (далі – КПК України), норми та положення якого ґрунтуються на Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Проблемам забезпечення прав і свобод людини та громадянина у кримінальному судочинстві постійно приділяється увага з боку вчених-процесуалістів і практиків.

Стан дослідження проблеми. Різні аспекти існування інституту понятих під час провадження слідчих (розшукових) дій, зокрема й обшуку, у своїх працях розглядали такі вчені: Ю.П. Аленін, В.П. Бахін, Р.С. Белкін, О.Л. Булейко, А.Я. Дубинський, Є.Д. Лук'янчиков, В.Т. Маляренко, А.Р. Михайленко, В.Т. Томин, В.М. Тертишнік, Н.С. Карпова та ін. Разом із тим досліджень щодо проблем залучення, їх місця та участі понятих під час провадження слідчих (розшукових) дій у літературі бракує.

Метою статті є розгляд концептуальних питань участі понятих під час проведення обшуку на стадії досудового розслідування.

Виклад основного матеріалу. Кримінальне процесуальне право сприяє вирішенню завдань кримі-

нального судочинства щодо охорони прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження, швидкого, повного і неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожний, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден невинуватий не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура. Реалізація цих завдань становить зміст процесуальних гарантій як основних засобів захисту прав, свобод і законних інтересів людини [2, с. 4].

Процесуальними гарантіями, на думку В.В. Кислиці, є відповідні засоби та методи, які забезпечують та сприяють здійсненню учасниками кримінального процесу своїх прав та обов'язків, це механізм запобігання порушення прав, порядок їх захисту і відновлення [3, с. 78–82].

Систему кримінально-процесуальних гарантій становлять: кримінально-процесуальна форма, засади кримінального провадження, процесуальний статус учасників кримінального провадження, можливість застосування заходів забезпечення кримінального провадження, прокурорський нагляд, судовий контроль, відомчий контроль. До однієї з таких гарантій у кримінальному процесі належить залучення понятих під час проведення слідчих (розшукових) дій. Кримінальне процесуальне законодавство передбачає проведення окремих слідчих (розшукових) дій за участю понятих. Наприклад під час пред'явлення особи, трупа чи речей для впізнання, обшуку, огляду трупа, в тому

числі пов'язаного з ексгумацією, слідчого експерименту, освідкування особи.

Історично поява понятих була пов'язана з необхідністю залучення «достойних людей» до проведення процесуальних дій, яке передбачалося в Руській Правді, Судебнику Казимира 1468 року, Литовських Статутах (1529, 1566, 1588 років), Магдебурзькому праві, Зводі законів Російської імперії 1835 р. На законодавчому рівні відповідні суб'єкти вперше згадуються у Соборному Уложенні 1649 року, де було визначено випадки їхньої участі, встановлювалися вимоги до таких осіб, передбачалися способи фіксації їхньої діяльності та інше [4].

У теорії кримінального процесу понятим вважається незаінтересована у результатах кримінального провадження особа, запрошена слідчим чи прокурором для посвідчення факту провадження слідчої (розшукової) дії, її ходу та результатів. Участь понятих є гарантією правильного, безпосереднього сприйняття під час провадження слідчих дій обставин та фактів, що мають значення для кримінального провадження, їх належного фіксування у процесуальних документах [5, с. 553].

З приводу цього І.Я. Фойницький зазначив, що введення інституту понятих пов'язано з недовірою поліції, яка проводила попереднє слідство, і він має бути ліквідований, але, як відомо, зберігся дотепер. Інститут понятих у кримінальному процесуальному законодавстві – це залишок російського інституту участі народу в кримінальному суді, який переродився в інститут забезпечення правдивості того, що відбувається на стадії дізнання і попереднього слідства [6, с. 253].

Р.С. Белкін та Є.Д. Лук'янчиков у своїх працях пропонували реформування інституту понятих у кримінальному процесі. Так, наприклад, Є.Д. Лук'янчиков вважає, що інститут понятих заслуговує підтримки, але не вирішує проблему довіри держави слідчим у процесі розслідування [7, с. 202].

Своєю чергою ми погоджуємось із думкою Р.С. Белкіна, який зазначав, що поняті не компетентні в діяльності слідчих і правомірності їхніх дій [8, с. 211].

Питання про доцільність існування інституту понятих зумовлюється функціями, які вони виконують у кримінальному процесі. Причиною їх залучення у правосуддя була необхідність протидіяти зловживанням посадових осіб, поняті були помічниками правоохоронних органів, надавали їм допомогу своїми знаннями стосовно певних осіб, місцевості, здійснювали народний контроль за діями працівників правоохоронних органів шляхом засвідчення факту, змісту та результатів процесуальних дій, що покладено на них чинним кримінальним процесуальним законодавством.

Як зауважив у своїй праці О.В. Маленко, інститут понятих можна поділити на дві великі групи:

а) поняті вичерпали своє значення та мають бути виключені із суб'єктів кримінального процесу;

б) поняті є важливим засобом забезпечення достовірності зібраних доказів, а тому не можуть

бути видалені з кримінального судочинства, проте потребують реформування [4].

Прихильники скасування інституту понятих указують на те, що він є архаїзмом вітчизняного законодавства, який з'явився тоді, коли не було іншої можливості забезпечити фіксацію процедури одержання доказів.

На підтримку ліквідації відповідного інституту свідчить, наприклад, неефективність залучення понятих під час проведення процесуальних дій за участю спеціаліста, оскільки засвідчити його дії вони не можуть з об'єктивних причин, адже не володіють в достатньому обсязі спеціальними знаннями. Складнощі виникають у разі необхідності підпису протоколу, який містить плани та схеми, оскільки не кожна особа розбирається у топографічних знаках, спеціальній термінології тощо.

Представники протилежної позиції обґрунтовують необхідність залишення понятих у кримінальному процесі, оскільки:

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) під час судового розгляду понятій може стати свідком однієї зі сторін кримінального провадження тощо [4].

Своєю чергою з цього питання В.П. Бахін зазначив, що у багатьох країнах, наприклад США, Великій Британії, участь понятих під час проведення слідчих (розшукових) дій не передбачена, тому що в суспільстві є довіра до правоохоронних органів, тоді як в Україні її немає. В країнах, де є інститут понятих, проведення розслідування значно затягується, порушуються встановлені КПК строки досудового розслідування. Здебільшого з моменту проведення слідчої (розшукової) дії за участю понятих до судового розгляду справи проходить декілька місяців, а іноді й роки. У результаті чого поняті не завжди згадати порядок і зміст проведеної слідчої (розшукової) дії [9, с. 8].

Вважаю, що значне збільшення часу на проведення слідчих (розшукових) дій за участю понятих відбувається за таких причин:

– організація відбору понятих і їх залучення;

– присутність їх під час слідчих (розшукових) дій;

– проведення слідчих (розшукових) дій (наприклад, огляд трупа) у важкодоступних місцях або таких, які можуть загрожувати безпеці та життю громадян;

– сприяння підозрюваному, обвинуваченому у знищенні чи приховуванні слідів злочину, а також всяке сприяння їх втечі;

– залучення понятих до довготривалих або спеціальних операцій, коли проводяться обшуки та огляди на декількох об'єктах;

– відмова громадян він участі у проведенні слідчої (розшукової) дії.

О.Л. Булейко слушно зазначила, що на сучасному етапі розвитку правової системи України є всі передумови для відмови від обов'язкової участі понятих у кримінальному судочинстві. Поняті, виконуючи у кримінальному процесі виключно посвідчувальну функцію, не беруть безпосередньої участі у процесі доказування, а сама їхня присутність під час провадження слідчої дії не в змозі забезпечити дотримання процесуальної форми [10, с. 11].

На мою думку, відмову від застосування інституту понятих у кримінальному провадженні законодавець передбачив у Законі України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо забезпечення дотримання прав учасників кримінального провадження та інших осіб правоохоронними органами під час здійснення досудового розслідування» від 16 листопада 2017 р. № 2213-VIII щодо обов'язкової відеофіксації обшуку. Відеозапис стає невід'ємним додатком до протоколу обшуку. Крім того, стороні захисту надається право самостійно здійснювати відеофіксацію проведення обшуку.

Проте водночас проведення обшуку передбачає обов'язкову участь не менше як двох понятих, що, на думку авторів закону, має забезпечити ще вищий рівень законності під час встановлення обставин справи. Така норма, на нашу думку, зводить нанівець рівень довіри держави до посадових осіб, що здійснюють свою професійну діяльність, а також ще більше ускладнює роботу слідчого під час проведення обшуку.

З огляду на це виникає питання про доцільність залучення понятих до такої слідчої (розшукової) дії. Складність починається вже з того, щоб знайти осіб, які погодяться для участі у такому заході. Зазвичай громадяни неохоче погоджуються співпрацювати з правоохоронними органами. При цьому найбільш поширеними мотивами такої відмови є зайнятість; відсутність вільного часу; небажання піддатися можливо-му в майбутньому допиту; стурбованість щодо можливого ускладнення у стосунках з сусідами, у житлі яких проводиться слідча (розшукова) дія; небезпека щодо можливої помсти; небажання надавати допомогу правоохоронним органам [11, с. 133].

Нечасто знаходяться особи, які погоджуються брати участь під час проведення обшуку. Проте трапляються особи, які заради власного інтересу виникають у суть провадження та охоче беруть участь у фіксації фактів. Вважаю, що у цьому разі присутня зацікавленість у проведенні слідчої (розшукової) дії, що в майбутньому може мати негативні наслідки у вигляді розголошення відомостей особистого життя осіб, де проводився обшук.

Під «незаінтересованістю» понятяого слід розуміти відсутність власного процесуального інтересу в кримінальному провадженні. Наявність такого інтересу

є підставою для відмови від його залучення як понятяого. У слідчій практиці були випадки, коли понятими під час проведення огляду місця події намагалися стати потенційні підозрювані для того, щоб з'ясувати ступінь обізнаності слідчого про обставини скоєного злочину, вплинути на хід розслідування. Відповідно, слідчий перед проведенням слідчої (розшукової) дії має витратити час для перевірки на факт «незаінтересованості». При цьому під час проведення обшуку в установах телекомунікаційних мереж з метою вилучення комп'ютерної техніки або устаткування поняті мають володіти ще й відповідним інтелектуальним рівнем, для того щоб правильно розуміти ситуацію.

У науці кримінального процесуального права пропонується не запрошувати як понятих: осіб, які не досягли вісімнадцятирічного віку; недієздатних; учасників кримінального провадження; осіб, що перебувають у стані алкогольного сп'яніння; осіб, які мають фізичні або психічні вади, що перешкоджають сприйняттю змісту, ходу і результатів слідчої (розшукової) дії, перешкоджають робити заяви, зауваження, скарги на дії слідчого; осіб, що мають громадянство інших держав або проживають на значному віддаленні від місця проведення досудового розслідування. Погоджуюсь із науковцями, які пропонують розширити відповідне коло суб'єктів, зокрема, додавши: осіб, які не мають постійного місця проживання; осіб, що не володіють мовою, якою проводиться слідча (розшукова) дія; осіб, які перебувають у стані наркотичного та токсичного сп'яніння; та в інших випадках, які дають підстави сумніватися у сумлінності таких осіб [4].

Також під час проведення обшуку на понятяого поширюються функції свідка. Проте понятий може стати свідком тільки під час його допиту, що може мати місце тільки в разі його виклику і лише на стадії судового розгляду.

Можливість допиту понятяого як свідка під час судового розгляду, передбачена абз. 4 ч. 7 ст. 223 КПК України, критикується в науці кримінального процесуального права. Такий допит спрямований на одержання додаткових доказів, але що може повідомити понятий, якщо він був свідком лише факту, змісту та результатів процесуальної дії, що повністю відображено у відповідному протоколі й засвідчено його підписом.

Наступним актуальним питанням є відповідальність понятих. Оскільки участь таких осіб у проведенні обшуку є їхнім правом, а не обов'язком, то відповідальності за відмову брати у них участь не передбачено. Підтримую позицію А.В. Форостяного щодо необхідності доповнення КПК нормою про обов'язок запрошеної слідчим особи бути понятим під час проведення слідчої (розшукової) дії із подальшим закріпленням у законодавстві норм адміністративної відповідальності про притягнення особи за відмову виконати обов'язок понятяого [12, с. 76–77].

З огляду на вищевикладене, викликає інтерес досвід зарубіжних країн. Так, у США та Великій Британії інститут понятих відсутній. Для цих країн характерний високий ступінь розвитку демократичних інститутів, що зумовлює довіру до правоохоронних органів, зокрема під час проведення процесуальних дій.

У Німеччині та Франції під час проведення окремих слідчих (розшукових) дій (наприклад, під час проведення обшуку за відсутності власника) можлива, але не обов'язкова участь понятих. Відповідно до параграфа 105 КПК ФРН, коли обшук житла, службових приміщень або майна, що знаходиться на огороженій території, проводиться без участі судді чи прокурора, то за можливості мають залучатися представники общини, в окрузі якої проводиться обшук. При цьому члени общини не можуть бути поліцейськими або допоміжними працівниками прокуратури [13, с. 175]. З викладеного витікає, що у ФРН є достатній рівень довіри до працівника органу досудового розслідування, прокурора та судді, а тому участь сторонніх осіб під час проведення процесуальних дій має місце в особливих випадках.

Кримінальне процесуальне законодавство Франції (ст. ст. 57, 96 КПК Франції) передбачає, що обшук житла проводиться 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. Залучення понятих під час проведення інших слідчих дій не вимагається [14, с. 43]. Схожими є підходи до такого питання в Латвії, Литві та Естонії, де поняті залучаються лише під час проведення обшуку житла та деяких інших слідчих (розшукових) дій примусового характеру. Аналогічні норми містяться у кримінальному процесуальному законодавстві Грузії. Таким чином, у цих державах є аналог вітчизняного інституту понятих, але сфера його застосування досить обмежена.

Отже, для провідних демократичних країн світу, які мають високий рівень правової культури та правосвідомості громадян, де сформовано правову державу, не притаманно залучення у кримінальний процес сторонніх осіб – понятих. Якщо ж воно і передбачається

законодавством деяких з них, то стосується лише процесуальних дій примусового характеру, що в більшості пов'язані з проникненням до житла чи іншого володіння особи.

Висновок. Наприкінці відзначимо, що реформування вітчизняного кримінального судочинства відбувалося з урахуванням світового досвіду, зокрема законодавства країн Європи. У чинному КПК України законодавець зберіг інститут понятого, що свідчить про неготовність відмовитися від такого учасника у найближчому майбутньому. Такий підхід законодавця частково відповідає зарубіжному досвіду, де обов'язкова участь понятих необхідна лише під час здійснення примусових дій, які пов'язані з порушенням права недоторканості житла чи іншого володіння особи.

Проте аналіз норм процесуального права, позицій науковців та практиків зводяться до того, що в майбутньому необхідно відмовитися від залучення понятих під час проведення будь-яких слідчих (розшукових) дій. Процедура залучення понятих до проведення слідчих (розшукових) дій, зокрема проведення обшуку, являє копійку і відповідальну діяльність слідчого, який в умовах економії часу задля швидкого, повного і неупередженого встановлення обставин кримінального провадження витрачає свої сили та час на підбір понятих. Не зважаючи на те, що норма кримінального процесуального права про обов'язкову участь не менш як двох понятих під час проведення обшуку не змінюється роками, натепер законодавець прописав ще одну новелу про обов'язкову фіксацію проведення обшуку шляхом безперервного здійснення відеозапису, що, на нашу думку, задля полегшення роботи слідчого доцільно змінити на користь останньої. Це свідчить про те, що держава таким чином, з одного боку, посилює контроль за дотриманням прав, свобод і законних інтересів учасників кримінального провадження, а з іншого – це акт недовіри до органів розслідування, прокуратури та суду.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Про хід реформування системи кримінальної юстиції та правоохоронних органів : Указ Президента України від 8 квітня 2008 року № 311/2008. *Офіційний вісник України*. 2008. 18 квітня (№ 27). С. 20.
2. Кримінальний процесуальний кодекс України: (офіц. текст). Київ: ПАЛИВОДА А.В., 2016. 372 с.
3. Кислиця В.В. Процесуальні гарантії дотримання конституційних прав та свобод людини під час здійснення кримінального судочинства. *Процесуальні гарантії дотримання конституційних прав громадян у кримінальному судочинстві* : матеріали Всеукраїнської науково-практичної конференції, 26 листопада 2004 року. Донецьк, 2005. С. 78–82.
4. Маленко О.В. Інститут понятих у кримінальному процесі України. URL: https://protocol.ua/ua/institut_ponyatih_u_kriminalnomu_protsezi_ukraini/ (дата звернення: 13.02.2019).
5. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар : у 2 т. Т. 2 / за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова. Харків : Право, 2012. 664 с.
6. Фойницький І.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 2. Санкт-Петербург, 1910. 573 с.
7. Лук'янчиков Є.Д. Участь понятих у кримінальному судочинстві. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ України*. Київ, 2004. № 5. С. 196–203.
8. Белкін Р.С. Курс криминалистики. В 3 т. Москва : Юристъ, 1997. Т. 2. 521 с.
9. Бахін В.П., Карпов Н.С., Коструб А.Н. О необходимости ликвидации или преобразования института понятых в процедуре расследования преступлений. *Криміналістичний вісник*. Київ : Еліт прінт, 2011. № 2 (16). С. 6–10.
10. Булейко О.Л. Участь понятих у кримінальному процесі : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2009. 17 с.
11. Булейко О.Л. Участь понятих у кримінальному процесі: дис... канд. юрид. наук: 12.00.09. Київ, 2009. 196 с.
12. Форостяний А.В. Забезпечення участі понятих під час проведення слідчих (розшукових) дій. *Юридична Україна*. 2015. № 1. С. 74–78.
13. Головенков П.В. Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия. Научно-практический комментарий и перевод текста закона. Москва : Проспект, 2012. 408 с.
14. Котова А.А. Понятый як суб'єкт кримінально-процесуальної діяльності. *Адвокат*, 2011. № 2 (125). С. 42–45.