

КОЛІЗІЙНІ ПИТАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНОГО СТАТУСУ ПОНЯТОГО

Ю.І. Азаров

*професор кафедри кримінального процесу,
кандидат юридичних наук, доцент
Національна академія внутрішніх справ*

Постановка проблеми. Кримінальний процесуальний закон чітко визначає категорії осіб, яких не можна запрошувати для участі у проведенні слідчих (розшукових) дій як понятих (ч.7 ст.223 Кримінального процесуального кодексу України, далі – КПК), зокрема, понятими не можуть бути потерпілий, родичі підозрюваного, обвинуваченого і потерпілого, працівники правоохоронних органів, а також особи, заінтересовані в результатах кримінального провадження.

Такі обмеження певною мірою є віддзеркаленням положень ще КПК УСРР 1922 р. (ст. 78), яким запроваджувались обмеження щодо участі у процесі як понятих для осіб, які брали участь у провадженні як сторони, а також родичів сторін.

Мета статті. Розкрити колізійні питання процесуального статусу понятого.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Різні аспекти, пов'язані з інститутом понятих, неодноразово розглядали у своїх працях вчені в галузі кримінального процесу та криміналістики, зокрема: Ю.П. Аленін, В.П. Бахін, Р.С. Белкін, Т.В. Варфоломеева, А.Я. Дубинський, Ю.М. Грошевий, В.С. Зеленецький, А.В. Іщенко, Н.С. Карпов, В.О. Коновалова, Л.М. Лобойко, Є.Д. Лук'янчиков, В.Т. Маляренко, О.Р. Михайленко, М.М. Михеєнко, В.Т. Нор, М.А. Погорецький та інші.

Основні результати дослідження. На нашу думку, норма у редакції, запропонованій КПК України, не зовсім досконала, оскільки з її змісту випливає, що родичі підозрюваного, обвинуваченого і потерпілого, а також сам потерпілий та працівники правоохоронних органів не є заінтересованими в результатах кримінального провадження особами. Крім того, не зовсім зрозуміле визначення законодавця й щодо осіб, заінтересованих у результатах кримінального провадження.

Не можна не погодитись і з О.Л. Булейко, яка вважає наявність у структурі чинного КПК України норми, що закріплює вимогу стосовно незаінтере-

сованості понятих у результаті кримінального провадження, важливої як в прикладному, так і в теоретичному плані. Таке положення, на її думку, свідчить про те, що законодавець розглядає фігуру понятого не лише як посвідчувача, а й як суб'єкта пізнання, оскільки зацікавленість такого суб'єкта може привести до отримання необ'єктивного результату [1].

Як свідчить практика, у своїй діяльності працівники правоохоронних органів не завжди дотримуються зазначеної норми. При цьому найчастіше порушується положення закону стосовно того, що понятим не може бути особа, заінтересована в результатах кримінального провадження. Зрозуміло, що не завжди працівнику правоохоронного органу, який проводить слідчу (розшукову) дію, вдається точно встановити та визначити відсутність заінтересованості до результатів кримінального провадження в особи, яка запрошується ним до участі у тій чи іншій слідчій (розшуковій) дії. Особливо це стосується випадків невідкладного проведення слідчої (розшукової) дії, коли у працівника правоохоронного органу бракує часу на з'ясування такої обставини.

Практиці відомі численні приклади невідкладного проведення огляду місця події, наприклад, житлового приміщення багатоповерхового будинку, в якому вчинено вбивство. Як правило, прибувши на місце події, працівники правоохоронних органів, перед проведенням огляду приміщення (квартири), запрошують понятих, якими здебільшого є сусіди потерпілих. Зі слів понятих, які перебувають переважно у шоківому стані від побаченого, з'ясовується, що вони не є родичами потерпілого, а отже, повинні бути не заінтересовані у результатах кримінального провадження. Але в ході досудового розслідування (а іноді й під час судового розгляду) з'ясовується, що поняті були не лише сусідами, а ще й близькими друзями, які майже весь вільний час проводили разом. Таким чином виникають питання щодо можливості вважати таких понятих незаінтересованими у кримінальному провадженні. З іншого боку, незрозуміло, яким чином слідчому, який проводив досудове розслідування, довести, що він не порушив вимог законності, залучаючи понятих під час проведення огляду місця події.

Більшість практичних працівників органів внутрішніх справ у своїй діяльності залучали осіб як понятих, чия особиста зацікавленість у результаті справи або певної слідчої (розшукової) дії встановлювалася вже пізніше (в ході судового розгляду).

Ураховуючи вищевикладене, нами запропоновано доповнити параграф 5 глави 3 КПК України ст.72–2 «Права та обов'язки понятого», в якій, серед обов'язків, закріпити зобов'язання понятого повідомити на вимогу особи, яка провадить слідчу (розшукову) дію, інформацію щодо особистих зв'язків та відносин з іншими учасниками слідчої (розшукової) дії. Поряд з цим, ч.7 ст.223 КПК України необхідно доповнити реченням наступного змісту: «Особа, яка проводить слідчу (розшукову) дію, повинна занести надану понятими інформацію щодо їх особистих зв'язків та відносин з іншими учасниками слідчої (розшукової) і процесуальної дії до протоколу проведення такої дії».

Висвітлюючи питання стосовно процесуального статусу понятого у кримінальному провадженні, ми звертаємо увагу на те, що понятим (згідно із

запропонованим нами визначенням) може бути лише фізична, дієздатна, повнолітня особа, яка є громадянином України, незайнтересована у результатах кримінального провадження. Отже, відповідно, юридична особа, недієздатна (або обмежено дієздатна) особа, неповнолітній, іноземний громадянин або особа без громадянства не можуть бути запрошені та залучені до участі у вітчизняному кримінальному провадженні як поняті.

Проте тут доречно зазначити, що такі характеристики особи мають більшою мірою формальний характер, тим часом як у практичній діяльності запрошуючи певну особу як понятого, працівники правоохоронних органів керуються особистим досвідом, а, можливо, й інтуїцією, і намагаються за зовнішніми ознаками визначити осіб з фізичними та психічними вадами, та захворюваннями, які можуть заважати їм правильно сприймати зміст та результати слідчих (розшукових) дій (глухотою, з поганим зором тощо), а також неповнолітніх й іноземців. На практиці, зазвичай утримуються від залучення осіб похилого віку, знайомих чи колег підозрюваних, а також осіб, які притягалися до кримінальної, адміністративної відповідальності та перебувають під слідством та судом, під вартою у слідчому ізоляторі (ізоляторі тимчасового тримання).

На наш погляд, дотримуючись таких напрацьованих практикою додаткових критеріїв вибору понять, працівники правоохоронних органів, зокрема особи, які провадять досудове розслідування, намагаються запобігти можливості поставити під сумнів законність проведення тієї чи іншої слідчої (розшукової) дії, що, у свою чергу, сприяє більш ефективному виконанню завдань кримінального провадження.

Законодавець закріплює заборону на участь як понять родичів підозрюваного, обвинуваченого і потерпілого. КПК України містить визначення лише терміна «близькі родичі та члени сім'ї», якими вважаються чоловік, дружина, батько, мати, вітчим, мачуха, син, дочка, пасинок, падчерка, рідний брат, рідна сестра, дід, баба, прадід, прабаба, внук, внучка, правнук, правнучка, усиновлювач чи усиновлений, опікун чи піклувальник, особа, яка перебуває під опікою або піклуванням, а також особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом і мають взаємні права та обов'язки, у тому числі особи, які спільно проживають, але не перебувають у шлюбі (п.1 ч.1 ст.3). Проте, аналізуючи положення цивільного та сімейного законодавства, бачимо, що існує два види родичівства: кровне родичівство – між людьми, які походять від одного предка, та свояцтво – родичівство за шлюбом, між родичами подружжя [2].

Отже, наведене у ч.7 ст.223 КПК України словосполучення «родичі підозрюваного, обвинуваченого і потерпілого» не є досконалим. До цього переліку, на наш погляд, доречно було б включити також «членів сім'ї» (тобто осіб, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом і мають взаємні права та обов'язки, у тому числі особи, які перебувають у шлюбі), а також «інших близьких осіб», тобто таких, які внаслідок життєвих обставин є близькими підозрюваному, обвинуваченому та потерпілому, але офіційно не є близькими родичами, родичами чи членами сім'ї. З урахуванням вищевикладеного, слід доповнити чинний КПК України згаданою ст.72-1, в якій також визначити наступне: «Понятими не можуть бути... близькі родичі та члени сім'ї підозрю-

ваного, обвинуваченого та потерпілого, а також інші близькі їм особи...». Вважаємо, що до обставин, які унеможливають участь осіб як понятих, треба також віднести недосягнення особою повнолітнього віку, відсутність громадянства, дієздатності, що не дає особі змогу реалізувати свої права та виконати обов'язки понятого, треба також віднести певні додаткові обставини, зокрема незнання мови, якою проводиться слідча (розшукова) дія, а також віддалене місце фактичного проживання особи (чи взагалі його відсутність). На наш погляд, ці обставини також підлягають врахуванню при вирішенні працівником правоохоронного органу питання щодо залучення понятих до участі у кримінальному провадженні.

З огляду на результати вивчення слідчої практики, актуальність врахування цих додаткових обставин виникає під час провадження оглядів місць події в разі ДТП, особливо, якщо ці події сталися на автошляхах міжнародного сполучення й виникає необхідність запрошувати понятих з числа водіїв і пасажирів автотранспорту, який рухається цим автошляхом. Недоцільним вважається залучення особи як понятого з іншої області або регіону, який ще й, на додаток до цього, не добре розуміє та вільно не володіє мовою, якою проводиться слідча (розшукова) дія.

Безумовно, наявність всіх вищевикладених обставин (умов), або, навпаки, їх відсутність, має бути в обов'язковому порядку встановлено перед початком слідчої (розшукової) дії. Слідчий або працівник оперативного підрозділу має особисто переконатися у відсутності об'єктивних перешкод для залучення особи до участі у слідчій (розшуковій) дії в якості понятого.

Вважаємо, що неправильний вибір та приділення неналежної уваги питанням обрання (залучення) понятих у кримінальному провадженні України може призвести до втрати доказів (за ознакою їх недопустимості або недостовірності). Серед типових помилок під час проведення деяких слідчих (розшукових) дій є запрошення заборонених законом понятих [3, с. 341].

Справедливим та цілком доцільним вважається роз'яснення авторів Науково-практичного коментаря КПК України з приводу недоречності запрошення як понятих осіб, які не досягли вісімнадцятирічного віку; недієздатних; учасників кримінального провадження; осіб, які мають фізичні або психічні вади, що перешкоджають сприйняттю змісту, ходу і результатів слідчої дії, перешкоджають робити заяви і зауваження, приносити скарги на дії слідчого: сліпих або таких, що мають низький зір, глухих, німих; осіб, що мають громадянство інших держав або проживають на значному віддаленні від місця проведення досудового розслідування [4].

Що ж стосується працівників правоохоронних органів, то, на наш погляд, дійсно, законодавець справедливо визначив, що ця категорія осіб не може бути понятими, але доцільно було б більш чітко визначити цю категорію осіб, оскільки у законодавстві немає вичерпного переліку правоохоронних органів і не існує єдиного чіткого визначення поняття «правоохоронний орган».

Відповідно до Конституції України (ч.3 ст.17), термін «правоохоронні органи» (без розкриття його змісту) вживається у контексті забезпечення дер-

жавної безпеки і захисту державного кордону України, що покладається на відповідні військові формування та правоохоронні органи держави, організація і порядок діяльності яких визначаються законом.

Аналіз нормативно-законодавчих актів України показує, що законодавець застосував принаймні чотири різні підходи до визначення поняття «правоохоронні органи» шляхом: наведення переліку органів, які слід вважати правоохоронними (ст.2 Закону України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів»); визначення ознак правоохоронних органів (ст.1 Закону України «Про основи національної безпеки України»); посилання на виконувані такими органами правозастосовні та (або, чи) правоохоронні функції (ст. 6 Закону України «Про Державну кримінально-виконавчу службу України»); визначення правоохоронним того чи іншого органу окремими спеціальними законами («Про Службу безпеки України» (ст.1); «Про Державну прикордонну службу України» (ст.6); «Про Військову службу правопорядку у Збройних Силах України» (ст.1); «Про державну охорону органів державної влади України та посадових осіб» (ст.11); «Про природно-заповідний фонд України» (ст.61) тощо [5].

Автори згаданого вище Науково-практичного коментаря КПК України зазначають, що теорія права не дає нам безспірного визначення поняття «правоохоронний орган», яке задовольняло б вимоги науки та практики. На законодавчому рівні це поняття визначено, як відомо, у Законі України «Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів» [6].

Відповідно до цього Закону, до таких органів належать органи прокуратури, внутрішніх справ, служби безпеки, Військової служби правопорядку у Збройних Силах України, митні органи, органи охорони державного кордону, органи державної податкової служби, органи й установи виконання покарань, слідчі ізолятори, органи державної контрольно-ревізійної служби, рибоохорони, державної лісової охорони, інші органи, які здійснюють правозастосовні або правоохоронні функції (ч.1 ст.2). Отже, можна констатувати доволі широке розуміння цього поняття.

Роз'яснюючи положення ч. 7 ст. 223 КПК України, автори Науково-практичного коментаря зазначають, що, тлумачачи цю норму доцільно виходити із того, що понятими не можуть бути співробітники органів охорони правопорядку, тобто тих органів у яких правоохоронна функція є головною в їх діяльності. Йдеться, зокрема, про органи прокуратури, служби безпеки, внутрішніх справ, Військової служби правопорядку у Збройних Силах України, митні органи, органи державної податкової служби, кримінально-виконавчої служби, прикордонної служби.

Крім того, на їх думку, як понятих не слід залучати не лише осіб, які законом наділені владними повноваженнями щодо початку досудового розслідування, проведення слідчих (розшукових) дій, здійснення нагляду у формі процесуального керівництва тощо, а й співробітників оперативних підрозділів, працівників міліції громадської безпеки, Державної автомобільної інспекції, міліції охорони, судової міліції, співробітників спецпідрозділів, водіїв автомобілів, що належать зазначеним органам охорони правопорядку тощо.

На корпоративну або іншу службову заінтересованість у результатах кримінального провадження таких осіб може вказати сторона захисту, що потягне за собою визнання отриманих за їх участю доказів недопустимими [7, с. 553].

Досліджуючи цей аспект, О.В. Хитрова вказувала на недоцільність запрошення як понятих працівників міліції, оскільки вони, як там не було б, вважаються заінтересованими особами, хоч їх інтереси більшою мірою можна віднести до колективних (корпоративних). Такий інтерес пов'язується як з результатом провадження в цілому, так і з результатами конкретної слідчої (розшукової) дії. Найбільш яскраво вираженими колективними (відомчими) інтересами, на думку О. В. Хитрової, є інтереси правоохоронних органів, тому доказ, одержаний з участю працівників міліції та інших правоохоронних органів як понятих, може бути поставлений під сумнів щодо його достовірності [8, с. 37].

Розглядаючи інші проблемні питання залучення понятих до участі у кримінальному провадженні, а безпосередньо обставини, що виключають їх участь, треба зазначити, що законодавчо неврегульованим залишається й питання щодо відводу понятого. У КПК України (параграф 6 глави 3), визначено обставини, що виключають участь у кримінальному провадженні слідчого судді, судді, присяжного (ст.75), прокурора та слідчого (ст.77), захисника та представника (ст.78), спеціаліста, перекладача, експерта й секретаря судового засідання (ст.79). У цьому ж параграфі врегульовано питання відводу зазначених осіб і відповідні правові наслідки. Але, на жаль, законодавець не передбачив підстав для відводу понятого як учасника кримінального провадження.

Якщо ж звернутися до досвіду інших країн, зокрема Росії, Білорусі, Латвії та Азербайджану, треба відзначити, що у кримінальному процесуальному законодавстві цих країн чітко закріплені обставини, що виключають участь понятих у слідчих (розшукових) діях, порядок вирішення цього питання, а також відповідні наслідки. Порядок відводу та самовідводу понятих закріплено й у КПК Туркменістану та Республіки Казахстан.

Висновки. На нашу думку, відсутність правового врегулювання цього питання у вітчизняному кримінальному процесуальному законодавстві ускладнює залучення понятих та їх діяльність під час участі у кримінальному провадженні, що ставить під сумнів його об'єктивність.

Констатуємо вищезазначене, з метою усунення прогалини у кримінальному процесуальному законодавстві щодо відводу понятого, пропонуємо викласти ч.1 ст.79 та ч.1 ст.80 КПК України у такій редакції:

Стаття 79. Підстави для відводу спеціаліста, перекладача, експерта, понятого, секретаря судового засідання

1. Спеціаліст, перекладач, експерт, понятий, секретар судового засідання не мають права брати участі в кримінальному провадженні та відводяться за підставами, передбаченими ч.1 ст.77 цього Кодексу, з тим обмеженням, що їх попередня участь у цьому кримінальному провадженні як спеціаліста, перекладача, експерта, понятого, секретаря судового засідання не може бути підставою для відводу.

Стаття 80. Заява про відвід

1. За наявності підстав, передбачених статтями 75–79 цього Кодексу, слідчий суддя, суддя, присяжний, прокурор, слідчий, захисник, представник, експерт, спеціаліст, перекладач, понятий, секретар судового засідання зобов'язані заявити самовідвід.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. *Бацько І.М.* Учасники кримінального судочинства під час протоколювання слідчих дій / І.М. Бацько // Науковий вісник Дніпропетровського юридичного інституту МВС України: зб. наук. праць. – Дніпропетровськ, 2001. – № 2 (5). – С. 112–125.

2. Криміналістика. Академічний курс: Підручник / Т.В. Варфоломєєва, В.Г. Гончаренко, В.І. Бояров, С.В. Гончаренко, В.О. Попелюшко; Мін-во освіти і науки України; Акад. адвокатури України. – К. : Юрінком Інтер, 2011. – 495 с.

3. *Гончаренко В.Г.* Вибране / Гончаренко В.Г. / Акад. адвокатури України. – К. : Прецедент, 2011. – 791 с.

4. *Фаринник В.І.* Реформування кримінального судочинства: слідчі підрозділи залишаються «за кадром» / В.І. Фаринник, Л.Д. Удалова, Д.О. Савицький // Юридичний вісник України. – 2010. – № 43 (23–29 жовтня). – С. 6.

5. Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів: Закон України від 23 груд. 1993 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1994. – № 11. – Ст. 50.

6. Кримінально-процесуальний кодекс України: Наук.-практ. коментар / За заг. ред. В.Т. Маляренка, Ю.П. Аленіна. – Х. : Одиссей, 2008. – 1247 с.

7. *Попелюшко В.О.* Предмет доказування в кримінальному процесі (кримінально-правові аспекти): [монографія] / Попелюшко В.О.; Нац. ун-т «Острозька академія». – Острог : Нац. ун-т «Острозька академія», 2001. – 195с.

8. *Калугин А.* Понятой в уголовном процессе / А. Калугин // Российская юстиция. – 1998. – № 10. – С. 11–12.

Азаров Ю.І. Колізійні питання процесуального статусу понятого

У статті зроблено спробу дослідити законодавче закріплення участі понятого в кримінальному процесі. Розглянуто суперечності процесуального статусу фігури «пнятого» під час залучення його до кримінального провадження в якості учасника.

Ключові слова: *понятий, учасник кримінального процесу, досудове розслідування, близькі родичі.*

Азаров Ю.И. Коллизионные вопросы процессуального статуса понятого

В статье сделана попытка исследовать законодательное закрепление участия понятого в уголовном процессе. Рассмотрены противоречия процессуального статуса фигуры «пнятого» при привлечении его к уголовному производству в качестве участника.

Ключевые слова: *понятой, участник уголовного процесса, досудебное расследование, близкие родственники.*

Azarov Y. Conflict questions of procedural status of the witness of inquest

The paper attempts to examine the legislative strengthening participation witness in criminal proceedings. Consider the contradictions procedural status figures "witness" during his involvement in the criminal proceedings as a member.

Keywords: *concepts, a member of the criminal process, pre-trial investigation, close relatives.*

Стаття надійшла до редакції 05.12.2014.