

УДК 343.36



**Михайло Олександрович СПІРІДОНОВ**

*(Харківський національний університет внутрішніх справ, м. Харків)*

## **НЕДОПУЩЕННЯ ЗАХИСНИКА ЯК ВИД ЗЛОЧИННОГО ПОРУШЕННЯ ПРАВА НА ЗАХИСТ (ПРОБЛЕМИ ТЕОРЕТИЧНОЇ ІНТЕРПРЕТАЦІЇ Й НОРМАТИВНОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ СУСПІЛЬНО НЕБЕЗПЕЧНОГО ДІЯННЯ)**

*Проаналізовано сучасні теоретичні підходи до інтерпретації діяння «недопущення захисника», яке характеризує об'єктивну сторону передбаченого ст. 374 КК злочинного порушення права на захист. Запропоновано орієнтовний перелік діянь, які можуть бути кваліфіковані за ст. 374 КК як недопущення захисника. Надано оцінку відповідності ст. 374 КК чинному кримінальному процесуальному законодавству.*

**Ключові слова:** недопущення, захисник, право на захист, порушення, залучення захисника, правосуддя.

**Постановка проблеми.** Розбудова в Україні демократичної й правової держави європейського зразка актуалізує питання подальшого удосконалення засобів захисту прав і свобод людини й громадянина. До каталогу прав людини в системі її відносин із державою належить гарантована законом можливість захищатись будь-яким правомірним способом від обвинувачень у вчиненні кримінального правопорушення. У зв'язку із цим Основний закон нашої країни проголошує: а) кожен має право на правову допомогу; б) у випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно; в) кожен є вільним у виборі захисника своїх прав; г) підозрюваний, обвинувачений чи підсудний має право на захист; д) забезпечення обвинуваченому права на захист є одним із основних засад судочинства (ч. 1 ст. 59, ч. 2 ст. 63, п. 6 ч. 3 ст. 129 Конституції України)[1]. Засоби реалізації права на захист закріплені

у чинному Кримінальному процесуальному кодексі України (далі – КПК)[2], а гарантії його охорони від найбільш небезпечних посягань – у ст. 374 Кримінального кодексу України (далі – КК)[3], яка передбачає відповідальність за недопущення чи ненадання своєчасно захисника, а також інше грубе порушення права підозрюваного, обвинуваченого на захист, вчинене слідчим, прокурором або суддею.

Назване першим в переліку діянь, які утворюють злочинне порушення права на захист, недопущення захисника є найбільш очевидним (явним, грубим) видом цього посягання на конституційні основи правосуддя. Його негативна соціально-правова сутність полягає в тому, що особа, яка має захищати себе від обвинувачення, не одержує гарантованого Конституцією держави доступу до правових послуг, які міг би надати їй адвокат-захисник, змушена відстоювати свої права самостійно, а тому, як правило, менш ефективно (адже захисник не одержує можливості реалізувати свої повноваження щодо конкретного підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного)[4, с. 134].

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Проблемами злочинного порушення права на захист займалися такі вчені, як Ю. В. Александров, М. І. Бажанов, А. С. Беніцький, А. М. Бойко, В. І. Борисов, Ю. В. Гродецький, О. О. Дудоров, В. А. Козак, с. С. Мірошниченко, Р. С. Орловський, О. Е. Радутний, Р. І. Сахно, с. І. Селецький, В. І. Тютюгін, О. А. Чуваков, Є. В. Шевченко, Р. М. Шехавцов.

**Мета дослідження.** Теоретико-прикладним завданням запропонованого дослідження є проведення на основі положень чинного національного законодавства й наукових позицій вітчизняних правознавців аналіз фактичного і юридичного змісту вказаного діяння. Зазначене завдання визначає мету цієї публікації. Одержані при цьому результати мають сприяти підвищенню якості застосування ст. 374 КК як засобу правової охорони права на захист й ефективності реалізації кримінальної відповідальності за вказаною нормою.

**Виклад основного матеріалу.** Українські криміналісти по-різному тлумачать зміст діяння «недопущення захисника». Так, с. І. Селецький трактує його як відмову підозрюваному, обвинуваченому (підсудному) у запрошенні захисника взагалі, психічний вплив з метою схилити потерпілого відмовитися від захисника, відмову замінити захисника іншим[5, с. 330]. Ю. В. Александров також позначає це діяння поняттям «відмова», називаючи його проявами відмову у запрошенні захисника взагалі, відмову у запрошенні конкретного захисника, відмову у заміні захисника[6, с. 476]. Втім, категорія «відмова» охоплює лише частину порушень закону, які можуть унеможливити спілкування підозрюваного (обвинуваченого, підсудного) із захисником. Недопущення захисника може виявитись, зокрема й у невиконанні слідчим (чи прокурором або суддею) своїх обов'язків щодо запрошення чи залучення захисника без будь-яких комунікацій із потерпілим з цього приводу (наприклад, слідчий не повідомляє підозрюваному про його право на безоплатну правову допомогу захисника, а його підпис у відповідному протоколі підробляє).

Автори колективного навчального посібника «Злочини проти правосуддя» визначають недопущення захисника як створення винним перешкод підозрюваному (обвинуваченому) у здійсненні захисту своїх прав і законних інтересів в кримінальному провадженні за допомогою захисника (відмова у запрошенні захисника взагалі; непризначення захисника у разі, коли його участь за справою є обов'язковою тощо)[7, с. 25]. Подібною до наведеної є думка А. С. Беніцького й Р. М. Шехавцова, які характеризують аналізоване діяння як створення винним умов, що тягнуть неможливість для потерпілого отримати доступ до захисту своїх гарантованих Конституцією й кримінальним процесуальним законодавством прав та свобод[8, с. 676]. Слід зауважити, що останнє визначення є занадто широким: по суті, йому відповідають, крім недопущення захисника, й інші види діянь, які утворюють об'єктивну передбачену ст. 374 КК складу злочину.

А. М. Бойко розглядає недопущення захисника як невиконання винним вимог КПК про допуск захисника до участі в провадженні в будь-якій стадії процесу, коли захисник запрошується підозрюваним, обвинуваченим (підсудним)[9, с. 1009]. Характеристика цього діяння, надана В. І. Тютюгіним, містить більш конкретні посилання на процесуальне законодавство: вказаний фахівець описує його як «невиконання суб'єктом злочину вимог п. 3 ч. 3 ст. 42 та ст. 48 КПК щодо права підозрюваного, обвинуваченого на першу вимогу мати захисника і в будь-який момент залучити його до участі в кримінальному провадженні»[10, с. 849]. Крім того, недопущенням захисника В. І. Тютюгін визнає й непризначення посадовою особою захисника в порушення вимог ст. 49 КПК, відмову у його залученні у випадках, коли участь захисника є обов'язковою, інші подібні випадки[10, с. 849]. Втім, як слушно помітив Р. І. Сахно, у цій характеристиці діяння не дуже точним є посилання на п. 3 ч. 3 ст. 42 КПК, адже порушення цієї норми можна кваліфікувати і як несвоєчасне надання захисника. Сам же Р. І. Сахно пише, що недопущення захисника полягає: 1) у невиконанні винним вимог ч. ч. 2, 3 ст. 20 КПК щодо обов'язку слідчого (прокурора, слідчого судді) забезпечити право підозрюваного, обвинуваченого на кваліфіковану допомогу з боку обраного ним захисника, шляхом висунення до захисника непередбачених законом вимог, що призводить до недопущення його до участі в кримінальному провадженні; 2) у непризначенні чи відмові у залученні захисника всупереч вимогам ст. ст. 49, 52 КПК[4, с. 136].

Аналізуючи об'єктивні прояви недопущення захисника О. А. Чуваков інтерпретує це діяння як перешкоджання захисникові взагалі приступити до виконання своїх професійних обов'язків щодо захисту прав підозрюваного (обвинуваченого, підсудного)[11, с. 781], тобто акцентує увагу на протиправному впливі винного саме на захисника. Однак, за такого підходу стираються відмінності між порушенням права на захист і втручанням в діяльність захисника, яке передбачене ст. 397 КК. Головна небезпека діяння «недопущення захисника» полягає не в тому, що той чи інший адвокат не може приступити до виконання своїх обов'язків (хоч це також є результатом недопущення захисника), а в тому, що підозрюваний (обвинувачений, підсудний)

позбавляється правової допомоги адвоката. Суб'єкт кримінально-процесуальних відносин, інтереси якого при цьому страждають – не захисник, а особа, якій загрожує кримінальна відповідальність. Відповідно, для розуміння змісту аналізованого діяння слід наголосити на порушенні саме її інтересів. Тому більшість авторів, які займалися розробкою цієї проблематики, слушно залишають за межами різновидів недопущення захисника такі діяння, що є фізичним або психічним впливом на адвоката для перешкоджання йому приступити до виконання функції захисту.

Слід звернути увагу на те, що чинний КПК, на відміну від Кримінально-процесуального кодексу 1960 р., не містить поняття «допущення захисника» (або «недопущення захисника»). Попередній процесуальний закон встановлював повноваження певних службових осіб на допуск (допущення) захисника до кримінального процесу. Так, ст. 44 «Захисник» КПК 1960 р. передбачала: «як захисники допускаються особи, які мають свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю в Україні та інші фахівці у галузі права...». Про допуск захисника до участі в справі особа, яка провадить дізнання, слідчий, прокурор, суддя мали винести постанову (суд – ухвалу)[12]. За такого порядку регулювання вступу захисника в кримінальний процес дійсно можна було говорити про порушення права на захист шляхом недопущення (недопуску) захисника як про створення посадовою особою органу дізнання, досудового слідства чи суддею умов, за яких правник не одержував можливості взяти участь у справі як захисник, а також як про відмову такою посадовою особою винести відповідне процесуальне рішення й скласти процесуальний акт (постанову, ухвалу).

Новий КПК принципово змінив унормування багатьох засад кримінального провадження. Зокрема, відбулась відмова від допуску захисника у провадження[12, с. 321]. Набуття адвокатом цього статусу (і початок користування ним процесуальними правами підозрюваного, обвинуваченого, захист якого здійснюється) тепер пов'язується лише із наданням слідчому, прокурору, слідчому судді, суду певних документів: 1) свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю; 2) ордеру, договору із захисником або доручення органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги (ст. 50 КПК). Висувати будь-які додаткові вимоги, крім пред'явлення захисником документа, що посвідчує його особу, або умов для підтвердження повноважень захисника чи для його залучення до участі в кримінальному провадженні, посадова особа не вправі. Не передбачене законом й винесення з питання про допуск захисника рішення та складання відповідного процесуального акту слідчим, прокурором, слідчим суддею чи судом[13, с. 139].

За чинним КПК процес участі захисника в кримінальному провадженні характеризують категорії «залучення» та «забезпечення участі». Так, ст. 48 КПК «Залучення захисника» передбачає: захисник може у будь-який момент бути залученим підозрюваним, обвинуваченим, їх законними представниками, а також іншими особами за проханням чи згодою підозрюваного, обвинуваченого до участі у кримінальному провадженні. Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд зобов'язані надати затриманій особі чи особі, яка

тримається під вартою, допомогу у встановленні зв'язку із захисником або особами, які можуть запросити захисника, а також надати можливість використати засоби зв'язку для запрошення захисника. Отже, службові особи, які потенційно можуть бути суб'єктами передбаченого ст. 374 КК злочину, як правило, лише зобов'язані передбаченими законом способами надавати допомогу підозрюваному, обвинуваченому (підсудному) в залученні захисника, але не залучати захисника особисто. Відповідно, порушенням права на захист у виді недопущення захисника можна вважати ненадання такими особами цієї допомоги затриманій особі, особі, яку взято під варту [14, с. 459–460].

Вказує КПК й на обов'язок слідчого, прокурора, слідчого судді чи суду залучати захисника. Він покладається на цих агентів держави для забезпечення здійснення захисту за призначенням у випадках й у порядку, визначених статтями 49, 53 КПК. Так, його ст. 49 передбачає, що вказані вище посадові особи чи суд зобов'язані забезпечити участь захисника у кримінальному провадженні у випадках, якщо: 1) відповідно до вимог статті 52 КПК участь захисника є обов'язковою (що має місце у кримінальних провадженнях щодо особливо тяжких злочинів, а також щодо осіб, які підозрюються або обвинувачуються у вчиненні кримінального правопорушення у віці до 18 років, щодо осіб, стосовно яких передбачається застосування примусових заходів виховного характеру, щодо осіб, які внаслідок психічних чи фізичних вад (німі, глухі, сліпі тощо) не здатні повною мірою реалізувати свої права, щодо осіб, які не володіють мовою, якою ведеться кримінальне провадження й з деяких інших передбачених ч. 2 ст. 52 КПК підстав) а підозрюваний, обвинувачений не залучив захисника; 2) підозрюваний, обвинувачений заявив клопотання про залучення захисника, але за відсутністю коштів чи з інших об'єктивних причин не може його залучити самостійно; 3) слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд вирішить, що обставини кримінального провадження вимагають участі захисника, а підозрюваний, обвинувачений не залучив його.

Крім того, згідно із ст. 53 КПК слідчий, прокурор, слідчий суддя чи суд залучають захисника для проведення окремої процесуальної дії в порядку, передбаченому статтею 49 цього Кодексу, виключно у невідкладних випадках, коли є потреба у проведенні невідкладної процесуальної дії за участю захисника, а завчасно повідомлений захисник не може прийти для участі у проведенні процесуальної дії чи забезпечити участь іншого захисника або якщо підозрюваний, обвинувачений виявив бажання, але ще не встиг залучити захисника або прибуття обраного захисника неможливе.

Залучення захисника посадовою слідчим, прокурором чи суддею здійснюється шляхом взаємодії з інституціями, які уповноважені законом на надання безоплатної правової допомоги. Слідчий, прокурор виносить постанову, а слідчий суддя та суд постановляє ухвалу, якою доручає відповідному органу (установі), уповноваженому законом на надання безоплатної правової допомоги, призначити адвоката для здійснення захисту за призначенням та забезпечити його прибуття у зазначені у постанові (ухвалі) час і місце для участі у кримінальному провадженні. Ця постанова (ухвала) негайно направ-

ляється відповідному органу (установі), уповноваженому законом на надання безоплатної правової допомоги, і є обов'язковою для негайного виконання. Згідно зі ст. 16 Закону України від 2 червня 2011 р. № 3460-VI «Про безоплатну правову допомогу» такими органами й установами є утворені Міністерством юстиції України регіональні (республіканський (Автономної Республіки Крим), обласні, Київський та Севастопольський міські) та місцеві (районні, міжрайонні, міські, міськрайонні, міжрайонні та районні у містах) центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги. У разі отримання постанови слідчого, прокурора, ухвали слідчого судді, суду про залучення захисника для здійснення захисту за призначенням або проведення окремої процесуальної дії Центр з надання безоплатної вторинної правової допомоги зобов'язаний негайно призначити захисника[15].

Отже, посадові особи, які потенційно можуть бути суб'єктами передбаченого ст. 374 КК злочину, зобов'язані залучити захисника у випадках, вичерпний перелік яких надано в ст. 52 КПК. Відповідно, недопущенням захисника слід вважати випадки невиконання ними цього обов'язку, відмову його виконати (зокрема, відмову в задоволенні клопотання підозрюваного, обвинуваченого про залучення захисника, відмову доручити Центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги призначити адвоката для здійснення захисту за призначенням).

**Висновки та перспективи подальших досліджень.** Підводячи підсумок проведеному дослідженню можна побачити, по-перше, що недопущення захисника фахівці найчастіше характеризують як такі діяння винного, які унеможливають захист підозрюваного (обвинуваченого, підсудного) за участі (із залученням) компетентного фахівця, а також як пряму відмову в його залученні. По-друге, за чинним КПК допуск захисника слідчим, прокурором чи суддею не входить до кола їх повноважень. Зміни кримінального процесуального законодавства вимагають критично оцінити відповідність йому приписів ст. 374 КК в частині встановлення кримінальної відповідальності саме за «недопущення захисника» як діяння, що характеризує об'єктивну сторону порушення права на захист. У чинній редакції ч. 1 ст. 374 КК формулювання діяння як «недопущення захисника» більшою мірою придатне для кримінально-правової оцінки порушень права на захист, які були допущені під час чинності КПК 1960 р. Доцільно замислитись над такою редакцією зазначеної кримінально-правової норми, яка б достатньою мірою була узгоджена із особливостями регламентації права на захист за чинним КПК. По-третє, незважаючи на виклад у диспозиції ст. 374 КК аналізованого в цій публікації виду порушення права на захист із використанням застарілого терміну «недопущення захисника», діяння в цьому виді порушення права на захист слід розглядати перш за все як невиконання слідчим, прокурором або суддею покладених на них кримінальним процесуальним законом своїх обов'язків щодо залучення захисника. Це полягає в наступному: 1) винний не надає затриманій особі чи особі, яка тримається під вартою, допомогу у встановленні зв'язку із захисником або особами, які можуть запросити захисника; 2) винний не надає затриманій особі чи особі, яка тримається під вартою, можливість використати засоби зв'язку для запрошення захисника; 3) винний не

виконує дії, необхідні для організації здійснення захисту за призначенням (слідчий не виносить відповідну постанову, слідчий суддя чи суд не постановляють ухвалу, якою доручається відповідному органу (установі), уповноваженому законом на надання безоплатної правової допомоги, призначити адвоката для здійснення захисту за призначенням та забезпечити його прибуття у зазначені у постанові (ухвалі) час і місце для участі у кримінальному провадженні); 4) винний висуває не передбачені законом умови (вимоги) для підтвердження повноважень захисника чи для його залучення до участі в кримінальному провадженні.

### СПИСОК БІБЛІОГРАФІЧНИХ ПОСИЛАНЬ

1. Конституція України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 01.08.2017).
2. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення: 01.08.2017).
3. Кримінальний кодекс України: Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 01.08.2017).
4. Сахно Р. Окремі питання недопущення захисника у кримінальному провадженні як форми прояву порушення права на захист. *Юридичний вісник*. 2014. № 2. С. 131–138.
5. Селецький С. І. Кримінальне право України. Особлива частина: навчальний: посібник. Київ: Центр учбової літератури, 2008. 496 с.
6. Александров Ю. В., Дудоров О. О., Клименко В. А., Мельник М. І. та ін. Кримінальне право України. Особлива частина: підручник; за ред. М. І. Мельника, В. А. Клименка. 3-тє вид., переробл. та допов. Київ: Атіка, 2009. 744 с.
7. Злочини проти правосуддя: навч. посіб. За заг. ред. проф. В. І. Борисова, проф. В. І. Тютюгіна. Харків: Нац. юрид. акад. України, 2011. 155 с.
8. Кримінальне право (Особлива частина): підручник/за ред. О. О. Дудорова, Є. О. Письменського. 2-е вид. Київ: Дакор, 2015. 786 с.
9. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України. За ред. М. І. Мельника, М. І. Хавронюка. 5-тє вид., переробл. та доповн. Київ: Юридична думка, 2008. 1216 с.
10. Баулін Ю. В., Борисов В. І., Тютюгін В. І. та ін. Кримінальний кодекс України: науково-практичний коментар: у 2 т. / за заг. ред. В. Я. Тація 5-тє вид., допов. Харків: Право, 2013. Т. 2.: Особлива частина. 1040 с.
11. Уголовный кодекс Украины: научно-практический комментарий/отв. ред. Е. Л. Стрельцов. Издание третье, переработанное и дополненное. Харьков: Одиссей, 2006. 864 с.
12. Кримінально-процесуальний кодекс України. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1001-05> (дата звернення: 01.08.2017).
12. Мірошниченко С. С. Злочини проти правосуддя: теорія та практика протидії: монографія. Київ: Десна, 2012. 431 с.
13. Грошевий Ю. М., Тацій В. Я., Туманянц А. Р. та ін. Кримінальний процес: підручник /за ред. В. Я. Тація, Ю. М. Грошевого, О. В. Капліної, О. Г. Шило. Харків: Право, 2013. 824 с.

14. Кримінальне право України. Особлива частина. Альбом схем: навч. посіб. Київ: Алерта, 2015. 576 с.

15. Про безоплатну правову допомогу: Закон України від 02.06.2011 р. № 3460-VI. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3460-17> (дата звернення: 01.08.2017).

Стаття надійшла до редакції 12.10.2017.

**Михаил Александрович СПИРИДОНОВ,**

*(Харьковский национальный университет внутренних дел, Харьков, Украина)*

### **НЕДОПУЩЕНИЕ ЗАЩИТНИКА КАК ВИД ПРЕСТУПНОГО НАРУШЕНИЯ ПРАВА НА ЗАЩИТУ (ПРОБЛЕМЫ ТЕОРЕТИЧЕСКОЙ ИНТЕРПРЕТАЦИИ И НОРМАТИВНОЙ РЕГЛАМЕНТАЦИИ)**

*Проанализированы современные теоретические подходы к интерпретации деяния «недопущение защитника», характеризующего объективную сторону предусмотренного ст. 374 УК преступного нарушения права на защиту. Предложен ориентировочный перечень деяний, которые могут быть квалифицированы за ст. 374 УК як недопущение защитника. Оценено соответствие ст. 374 УК действующему уголовному процессуальному законодательству.*

**Ключевые слова:** недопущение, защитник, право на защиту, нарушение, привлечение защитника, правосудие.

**Mykhailo O. SPYRYDONOV,**

*(Kharkiv National University of Internal Affairs, Kharkiv, Ukraine)*

### **DETERRENCE OF THE DEFENCE ATTORNEY AS A TYPE OF CRIMINAL INFRINGEMENT OF THE RIGHT TO DEFENCE (ISSUES OF THEORETICAL INTERPRETATION AND NORMATIVE REGULATION)**

*The article analyses contemporary theoretical approaches to interpretation of «deterrence of the defence attorney», which characterizes objective side of infringement of the right to defence provided in the Art. 374 of the Criminal Code of Ukraine. It provides indicative enumeration of actions that can be qualified as deterrence of the defence attorney under the Art. 374 of the Criminal Code of Ukraine. The article examines conformity of the Art. 374 of the Criminal Code of Ukraine to criminal procedural legislature in force.*

**Key words:** deterrence, defence attorney, the right to defence, infringement, engaging, defence attorney, justice.