

**Problems of Determining the Characteristics of the Corpus Delicti of the Interference into the Activities of a Defense Attorney or a Representative of a Person
(the Art. 397 of the Criminal Code of Ukraine)**

Pavlo Berzin

Doctor of Law, Professor of the Department of Criminal Law and Criminology of the Faculty of Law of Taras Shevchenko National University of Kyiv, Ukraine

Vladyslav Vlasiuk

Degree-seeking student of the National Prosecution Academy of Ukraine, Director General of the Directorate for Human Rights, Access to the Courts and Legal Awareness of the Ministry of Justice of Ukraine, Ukraine

The main problems of the qualification of interference into the activities of a defense attorney or a representative of a person under the Art. 397 of the Criminal Code of Ukraine (CC) have been determined in this article. The main of these problems are associated with the following: what is the content of the wording under the Art. 397 of the Criminal Code “the commission of interference in any form to the exercise of lawful activities ... of a representative of a person for the provision of legal assistance” (Part 1), as well as “actions committed by an official using his official position” (Part 2)? What is the correlation of the notion stipulated in the Art. 397 of the Criminal Code “representative of a person for the provision of legal assistance” with the notion under the Art. 66 of the Criminal Procedural Code of Ukraine as providing legal assistance to a witness while testifying and participating in other procedural actions? What are the features of the correlation of “actions committed by an official using his official position” (Part 2 of the Art. 397 of the Criminal Code) with the provisions under the Art. 365 of the Criminal Code as abuse of power or official authorities by a law enforcement officer?

The clarification of these problems is based on the analysis of general provisions of the Art. 397 of the Criminal Code, analysis of the corpus delicti provided by this Article of the Criminal Code, as well as answers to the above stated questions.

The author of the article substantiates that the basis of determining the object of interference

into the activities of a representative of a person is the mechanism of the endeavor, which consists of several elements: the presence of a representative of a person; this representative is authorized to provide legal assistance; committed influence on his activities implies the necessity of carrying out such activities by the mentioned victim; awareness of the “legal content” of the endeavor’s conditions by the subject of a crime.

**Проблеми визначення ознак складів втручання в діяльність захисника чи
представника особи (ст. 397 Кримінального кодексу України)**

Берзін Павло Сергійович

*доктор юридичних наук, професор кафедри
кримінального права та кримінології
юридичного факультету Київського
національного університету імені Тараса
Шевченка,
Україна*

Власюк Владислав Вікторович

*здобувач Національної академії прокуратури
України, Генеральний директор
Директорату з прав людини, доступу до
правосуддя та правової обізнаності
Міністерства юстиції України,
Україна*

Останнім часом в процесі кваліфікації втручання в діяльність захисника та представника особи, передбаченого ст. 397 Кримінального кодексу України ¹ (далі – КК), виникає чимало запитань. Найбільш типові з них зводяться до наступного:

1. Який зміст мають передбачені ст.

397 КК формулювання «вчинення в будь-якій формі перешкод до здійснення правомірної діяльності ... представника особи по наданню правової допомоги» (ч. 1), а також «дії, вчинені службовою особою з використанням свого службового становища» (ч. 2)?

2. Яке співвідношення

¹ Кримінальний кодекс України: проект № 1029 від 12.05.1998 р., підготовлений комітетом з питань боротьби з організованою злочинністю і корупцією, Комітетом з питань правової політики.

– [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=3865.

передбаченого у ст. 397 КК поняття «представник особи по наданню правової допомоги» з передбаченим у ст. 66 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) наданням правової допомоги свідку під час давання показань та участі у проведенні інших процесуальних дій?

3. Які особливості співвідношення «дій, вчинених службовою особою з використанням свого службового становища» (ч. 2 ст. 397 КК) з передбаченим у ст. 365 КК перевищенням влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу?

Відповіді на поставлені запитання надаються з урахуванням аналізу ознак складів злочинів, передбачених ст.ст. 397, 365 КК, як підстави кримінальної відповідальності, та зводяться до наступного.

I. Загальні положення про ст. 397 КК.

1.1. Про структуру ст. 397 КК, її «компоненти»:

Найменування ст. 397 КК визначене як «втручання в діяльність ... представника особи», а відповідні ознаки складу цього злочину позначаються у диспозиції ст. 397 КК поняттями: «вчинення», «перешкоди», «порушення ... гарантій їх діяльності». Окремі з цих ознак є конститутивними

(обов'язковими), деякі – альтернативними (про це див. нижче).

Водночас слід враховувати, що найменування статті Особливої частини КК не є «компонентом» диспозиції кримінально-правової норми та не може враховуватись у змісті відповідної підстави кримінальної відповідальності без (окремо від) змісту юридичних конструкцій, закріплених в диспозиції статті Особливої частини КК. Тобто співвідношення використаного у найменуванні ст. 397 КК формулювання з ознаками складу цього злочину, передбаченого у диспозиції цієї статті КК, для кваліфікації вчиненого (або у більш широкому розумінні – як підстави кримінальної відповідальності) повинно здійснюватися лише з урахуванням змісту ознак та форм діяння, передбачених у ч. 1 ст. 397 КК. Йдеться про те, що фактично поняття «втручання» виражається у ч. 1 ст. 397 КК у трьох альтернативних формах: «вчинення ... перешкод», «порушення встановлених законом гарантій» та «порушення ... професійної таємниці».

1.2. Про форми діяння, передбаченого ст. 397 КК:

У диспозиції ст. 397 КК альтернативно визначені три форми втручання в діяльність представника особи, а саме:

а) «вчинення в будь-якій формі перешкод до здійснення правомірної діяльності ... представника особи по наданню правової допомоги»;

б) «порушення встановлених законом гарантій ... діяльності» представника особи;

в) «порушення встановлених законом гарантій ... професійної таємниці» такого представника.

Таким чином, конкретизуються зазначені форми діяння, передбаченого ст. 397 КК, зміст втручання в діяльність представника особи, що передбачається ст. 397 КК. Водночас ст. 397 КК не містить будь-яких додаткових орієнтирів стосовно змісту кожної із зазначених форм (наприклад, стосовно визначення процесуальних форм кримінального або цивільного провадження, в яких бере участь представник особи).

Крім цього, у ч. 2 ст. 397 КК визначена кваліфікуюча ознака, що стосується будь-якої із зазначених форм діяння, зокрема, вчинення такого втручання в будь-якій формі «службовою особою з використанням свого службового становища».

II. Аналіз ознак складів злочину, передбаченого ст. 397 КК.

2.1. Об'єкт злочину

Утворення «усередині» об'єкта злочину певної шкоди (ушкодженості) в результаті вчинення передбачених ст. 397

КК діянь потребує встановлення наступних обов'язкових умов:

1) представник особи здійснює діяльність по наданню іншій особі правової допомоги та є, відповідно, учасником кримінального провадження (п. 25 ч. 1 ст. 3 КПК);

2) діяльність такого представника є правомірною та пов'язується з наданням відповідному учаснику кримінального провадження правової допомоги;

3) вплив на таку діяльність, що в будь-якому випадку утворює істотну шкоду, про яку йшлося вище, здійснюється як втручання в діяльність та відповідає хоча б одній із наступних форм: а) були створені перешкоди у здійсненні такої діяльності; б) відбулось порушення будь-яких встановлених гарантій діяльності такого представника або в) гарантій його професійної таємниці.

Отже, за наявності вказаних умов утворення ушкодженості зазначеного об'єкта передбачає наявність у суб'єкта злочину обов'язку утриматись від будь-якого впливу на (втручання у) діяльність зазначеного представника особи. На порушення такого порядку здійсненим впливом орієнтує ст. 397 КК.

В основі такого розуміння об'єкта втручання в діяльність представника особи знаходиться механізм посягання,

який складається з декількох *елементів*, а саме:

1) **наявність представника особи** (у ст. 397 КК немає конкретизації того, що такий представник є вже допущеним до участі в кримінальному чи іншому провадженні);

2) **цей представник є уповноваженим надавати правову допомогу**, має відповідні гарантії (наділений гарантіями) його діяльності та утворює таку ознаку складу злочину як потерпілий;

3) **вчинений вплив (посягання) на його діяльність передбачає необхідність безпосереднього здійснення зазначеним потерпілим своєї діяльності** в межах або поза межами такої процесуальної форми правосуддя, як кримінальне провадження, тобто у ст. 397 КК прямо передбачається, що такий потерпілий здійснює правомірну діяльність саме як представник іншої особи, надаючи їй правову допомогу;

4) **усвідомлення суб'єктом злочину «юридичного змісту» зазначених вище умов посягання:** а) правового і процесуального статусу представника особи, який надає їй юридичну допомогу; б) загального обов'язку утриматись від будь-якого втручання у діяльність такого представника, яке (втручання) пов'язане зі створенням перешкод у його законній

діяльності як представника особи, що надає правову допомогу, а також порушення будь-яких гарантій його діяльності та професійної таємниці.

Важливо підкреслити, що у зміст об'єкта злочину, передбаченого ст. 397 КК, включаються всі визначені вище елементи механізму утворення істотної шкоди. Усі ці елементи мають нормативну (законодавчу) визначеність, яка полягає у наступному.

1) Представник особи.

У п. 25 ч. 1 ст. 3 КПК визначається, що учасниками кримінального провадження є «свідок та його адвокат». Конкретного визначення стадій кримінального провадження, на яких свідок та його адвокат виступають учасниками кримінального провадження, ст. 3 КПК не містить. З огляду на це свідок та його адвокат можуть виступати учасниками кримінального провадження на досудовому розслідуванні, у судовому провадженні, а також у здійснюваних процесуальних діях (див. п. 10 ч. 1 ст. 3 КПК).

Зв'язок між свідком та його адвокатом конкретизується у п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК при визначенні прав свідка, який має право «користуватися під час давання показань та участі у проведенні інших процесуальних дій правовою допомогою адвоката, повноваження якого

підтверджуються згідно з положеннями статті 50 цього Кодексу».

Отже, виключно адвокат на досудовому розслідуванні може (здатний) забезпечити право свідка користуватися під час давання показань та участі у проведенні інших процесуальних дій правовою допомогою. Це, у свою чергу, відповідає професійним правам адвоката, передбаченим у ст. 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 5 липня 2012 року, зокрема: «представляти і захищати права, свободи та інтереси фізичних осіб» (п. 2 ч. 1). Таким чином, професійні права адвоката, які стосуються прав, свобод та інтересів свідка на досудовому розслідуванні пов'язуються п. 2 ч. 1 ст. 20 названого Закону з представництвом його прав, свобод та інтересів.

2) уповноваження представника надавати правову допомогу, а також існуючі гарантії його діяльності визначаються у наведених вище положеннях КПК та Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»².

По-перше, йдеться про те, що у п. 2 ч. 1 ст. 1 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокатською діяльністю визнається «незалежна професійна діяльність адвоката щодо

здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту». Отже, захист і представництво прав, свобод та інтересів особи визнаються самостійними видами адвокатської діяльності та (одночасно) видами правової допомоги клієнту.

Поняття представництва визначається у п. 9 ч. 1 ст. 1 зазначеного Закону як: «вид адвокатської діяльності, що полягає в забезпеченні реалізації прав і обов'язків клієнта в цивільному, господарському, адміністративному та конституційному судочинстві, в інших державних органах, перед фізичними та юридичними особами, прав і обов'язків потерпілого під час розгляду справ про адміністративні правопорушення, а також прав і обов'язків потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача у кримінальному провадженні». **Інші види правової допомоги** – «це види адвокатської діяльності з надання правової інформації, консультацій і роз'яснень з правових питань, правового супроводу діяльності клієнта, складення заяв, скарг, процесуальних та інших документів правового характеру, спрямованих на забезпечення реалізації прав, свобод і законних інтересів клієнта, недопущення їх порушень, а також на

² Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05.07.2012 р.

№ 5076-VI // Відомості Верховної Ради. – 2013. – № 27. – Ст. 282.

сприяння їх відновленню в разі порушення» (п. 6 ч. 1 ст. 1 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»).

Таким чином, у змісті представництва (п. 9 ч. 1 ст. 1 зазначеного Закону) такий учасник кримінального провадження як свідок прямо не вказується, але звертається увага на те, що **реалізація прав і обов'язків клієнта може забезпечуватись у державних органах**. При визначенні інших видів юридичної допомоги п. 6 ч. 1 ст. 1 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» обмеження видів адвокатської діяльності учасниками кримінального провадження взагалі відсутні, що дозволяє тлумачити зміст поняття «інші види правової допомоги» у широкому розумінні, зокрема, з урахуванням змісту п.п. 10, 25 ч. 1 ст. 3, п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК. Тобто представництво адвокатом прав, свобод та інтересів свідка як учасника кримінального провадження слід визнавати на підставі п. 6 ч. 1 ст. 1 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» **окремим видом правової допомоги**.

У тих випадках, коли свідок в кримінальному провадженні виступає клієнтом адвоката, передбачається можливість укладання договору про надання правової допомоги (про зміст такого договору див. п. 4 ч. 1 ст. 1 Закону

«Про адвокатуру та адвокатську діяльність»).

По-друге, **гарантії адвокатської діяльності**, пов'язаної з *представництвом* адвокатом прав, свобод та інтересів свідка як учасника кримінального провадження або, у більш широкому розумінні – *правовою допомогою* адвоката свідку, слід визначати з урахуванням ч. 1 ст. 23 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Такі гарантії пов'язуються із захистом професійних прав, честі й гідності адвоката на підставі положень Конституції та інших законодавчих актів, а саме: «1) забороняються будь-які втручання і перешкоди здійсненню адвокатської діяльності; 2) забороняється вимагати від адвоката, його помічника, стажиста, особи, яка перебуває у трудових відносинах з адвокатом, адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням, а також від особи, стосовно якої припинено або зупинено право на заняття адвокатською діяльністю, надання відомостей, що є адвокатською таємницею. З цих питань зазначені особи не можуть бути допитані, крім випадків, якщо особа, яка довірила відповідні відомості, звільнила цих осіб від обов'язку зберігати таємницю в порядку, передбаченому законом; 3) проведення стосовно адвоката оперативно-розшукових заходів чи слідчих дій, що можуть проводитися

виключно з дозволу суду, здійснюється на підставі судового рішення, ухваленого за клопотанням Генерального прокурора, його заступників, прокурора Автономної Республіки Крим, області, міста Києва та міста Севастополя; 4) забороняється проведення огляду, розголошення, витребування чи вилучення документів, пов'язаних із здійсненням адвокатської діяльності; 5) адвокату гарантується рівність прав з іншими учасниками провадження, дотримання засад змагальності і свободи в наданні доказів та доведенні їх переконливості; 6) життя, здоров'я, честь і гідність адвоката та членів його сім'ї, їх майно перебуває під охороною держави, а посягання на них тягнуть відповідальність, передбачену законом; 7) адвокату гарантується право на забезпечення безпеки під час участі у кримінальному судочинстві в порядку, встановленому законом; 8) забороняється залучати адвоката до конфіденційного співробітництва під час проведення оперативно-розшукових заходів чи слідчих дій, якщо таке співробітництво буде пов'язане або може призвести до розкриття адвокатської таємниці; 9) забороняється втручання у приватне спілкування адвоката з клієнтом; 10) забороняється внесення подання слідчим, прокурором, а також винесення окремої ухвали (постанови) суду щодо правової позиції адвоката у справі; 11)

забороняється втручання у правову позицію адвоката; 12) орган або посадові особи, які затримали адвоката або застосували до нього запобіжний захід, зобов'язані негайно повідомити про це відповідну раду адвокатів регіону; 13) повідомлення про підозру адвоката у вчиненні кримінального правопорушення може бути здійснене виключно Генеральним прокурором, його заступником, прокурором Автономної Республіки Крим, області, міста Києва та міста Севастополя; 14) забороняється притягати до кримінальної чи іншої відповідальності адвоката (особу, стосовно якої припинено або зупинено право на заняття адвокатською діяльністю) або погрожувати застосуванням відповідальності у зв'язку із здійсненням ним адвокатської діяльності згідно із законом; 15) не можуть бути підставою для притягнення адвоката до відповідальності його висловлювання у справі, у тому числі ті, що відображають позицію клієнта, заяви у засобах масової інформації, якщо при цьому не порушуються професійні обов'язки адвоката; 16) забороняється ототожнення адвоката з клієнтом; 17) дисциплінарне провадження стосовно адвоката здійснюється в особливому порядку».

По-третє, згідно з ч. 3 ст. 23 зазначеного Закону «Про адвокатуру та

адвокатську діяльність» від 5 липня 2012 року «органи державної влади, органи місцевого самоврядування, їх посадові і службові особи у відносинах з адвокатами зобов'язані дотримуватися вимог Конституції України та законів України, Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року та протоколів до неї, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України, практики Європейського суду з прав людини». Таким чином, визначення гарантій професійної діяльності адвоката як представника прав, свобод та інтересів свідка у кримінальному провадженні ґрунтується на таких джерелах (формах) права, як: Конституція України та закони України, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, а також практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ).

Стосовно змісту цих джерел (форм) права слід зазначити наступне. Гарантії професійної діяльності адвокатів згідно з положеннями ст. 131² **Конституції України**³ полягають у: а) призначенні – «надання професійної правничої допомоги» (ч. 1), б) гарантіях незалежності (ч. 2), в) гарантіях здійснення представництва іншої особи у

судовому провадженні виключно адвокатом (ч. 4), г) гарантіях здійснення захисту від кримінального обвинувачення виключно адвокатом (ч. 4), д) встановленні будь-яких «винятків» із цих гарантій не інакше, як на підставі законодавчих актів (ч. 5).

У п. 3 ст. 6 **Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року**⁴ зазначається, що правом кожного обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення є в тому числі: захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд, або – за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника – одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя (пп. «с»).

Певним правозастосовчим орієнтиром при з'ясуванні змісту відповідних положень Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод стосовно тлумачення змісту ознак складів втручання в діяльність захисника чи представника особи, передбачених у ст. 397 КК, є **практика (рішення) ЄСПЛ**. Причому у своїх рішеннях ЄСПЛ тлумачить положення пп. «с» п. 3 ст. 6

³ Конституція України від 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.

⁴ Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_004

Конвенції з урахуванням **не буквального (текстуального) змісту приписів цього положення Конвенції, а незалежно від процесуального статусу, який має особа, яка потребує юридичної допомоги.**

Докладніше особливості роз'яснення і застосування цих положень Конвенції аналізуються нижче.

3) необхідність безпосереднього здійснення діяльності з надання правової допомоги свідку у межах такої процесуальної форми правосуддя як кримінальне провадження. У ст. 397 КК прямо передбачається, що потерпілий здійснює правомірну діяльність саме як представник іншої особи та надає такий «іншій особі» правову допомогу. Отже, одного лише уповноваження свідком адвоката для представництва його (свідка) прав, свобод та інтересів як учасника кримінального провадження ст. 397 КК не передбачає, а зобов'язує встановити підстави «набуття» адвокатом своїх повноважень як представником особи, а саме:

а) фактичні підстави загального характеру, що визначені Законом «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»:

- фактичне здійснення адвокатом будь-якого із видів адвокатської

діяльності, що передбачений у п. 6 ч. 1 ст. 1 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»;

- здійснення такої адвокатської діяльності саме в інтересах свідка як клієнта адвоката (це передбачається у п. 7 ч. 1 ст. 1 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»);

- зв'язок відповідного виду адвокатської діяльності з забезпеченням реалізації прав і обов'язків клієнта в державних органах (про це вказується в п. 9 ч. 1 ст. 1 цього Закону).

б) юридичні (процесуальні) підстави, які пов'язані з участю адвоката у представництві прав, свобод й інтересів свідка як учасника кримінального провадження та визначені відповідними положеннями КПК⁵:

- наявність свідка як фізичної особи, якій відомі або можуть бути відомі обставини, що підлягають доказуванню під час кримінального провадження, і яка викликана для давання показань (ч. 1 ст. 65 КПК);

- відсутність відводу представника, визначеного в ч. 1 ст. 78 КПК;

- відсутність випадків, у яких особа не має права брати участь у цьому ж кримінальному провадженні як

⁵ Кримінальний процесуальний кодекс України. Відомості Верховної Ради України

офіційне видання від 08.03.2013 – 2013 р., / № 9-10 /, стор. 474.

представник (ч. 2 ст. 78 КПК), зокрема: 1) якщо вона у цьому провадженні надає або раніше надавала правову допомогу особі, інтереси якої суперечать інтересам особи, яка звернулася з проханням про надання правової допомоги; 2) зупинення або припинення права на зайняття адвокатською діяльністю (зупинення дії свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю або його анулювання) в порядку, передбаченому законом; 3) якщо вона є близьким родичем або членом сім'ї слідчого, прокурора, потерпілого або будь-кого із складу суду.

Зазначені фактичні та юридичні (процесуальні) підстави мають враховуватись при визначенні **правомірності** здійснюваної представником особи діяльності (йдеться про те, що діяльність представника особи, в яку втручається винний, має бути правомірною). Про таку правомірність прямо вказується у ст. 397 КК. Правомірність пов'язується з виконанням таким представником особи обов'язків (у даному разі – як учасника кримінального провадження). Проте, на відміну від обов'язків захисника (ст. 47 КПК), обов'язки представника свідка як учасника кримінального провадження в КПК не визначені. Тому для з'ясування їх змісту слід орієнтуватись на загальні положення КПК та Закону «Про

адвокатуру та адвокатську діяльність», які передбачають:

- відсутність випадків, у яких особа не має права брати участь у цьому ж кримінальному провадженні як представник (ч. 2 ст. 78 КПК), про що зазначається вище;

- підтвердження повноважень представника свідка лише свідоцтвом про право на зайняття адвокатською діяльністю, а також відповідним ордером, договором (ч. 1 ст. 50 КПК), про що вказується у п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК (згідно з ч. 2 ст. 50 КПК становлення будь-яких додаткових вимог, крім пред'явлення адвокатом документа, що посвідчує його особу, або умов для підтвердження повноважень представника чи для його залучення до участі в кримінальному провадженні не допускається);

- відсутність конфлікту інтересів, тобто суперечності між особистими інтересами адвоката та його професійними правами і обов'язками, наявність якої може вплинути на об'єктивність або неупередженість під час виконання адвокатом його професійних обов'язків, а також на вчинення чи невчинення ним дій під час здійснення адвокатської діяльності (п. 8 ч. 1 ст. 1 зазначеного Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»);

4) ставлення суб'єкта злочину до «юридичного змісту» зазначених вище

умов посягання означає, що винна особа *сприймає (розуміє)* правовий і процесуальний статус адвоката як представника особи, який надає їй юридичну допомогу в кримінальному провадженні, формальні та юридичні (процесуальні) підстави набуття такого статусу, а також загальний обов'язок утриматись від будь-якого втручання у діяльність такого представника, *передбачає*, що внаслідок вчинення перешкод правомірній діяльності такого представника по наданню правової допомоги та/або порушення гарантій його діяльності, вона (винна особа) незаконно втручається у діяльність такого представника, та бажає саме цього.

Таким чином, слід зазначити, що особа, яка надає правову допомогу свідку під час давання ним (свідком) показань та його (свідка) участі у проведенні інших процесуальних дій (ст. 66 КПК), може визнаватись потерпілим у складі злочину, передбаченого ст. 397 КК, тобто представником особи, який надає їй правову допомогу, має встановлені законом гарантії його професійної діяльності та здійснює таку діяльність правомірно.

Також слід відзначити, що ст. 397 КК має **бланкетний зміст**, для визначення

якого потрібно звернутися до наведених вище положень КПК та Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Тобто положень КПК, що стосуються участі у кримінальному провадженні представника свідка (таким представником є лише адвокат), прав свідка як учасника кримінального провадження, а також положень Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» стосовно видів правової допомоги та особливостей її надання в кримінальному провадженні адвокатом.

Такий підхід відповідає рішенням Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положень статті 58 Конституції України, статей 6, 81 Кримінального кодексу України⁶ від 19 квітня 2000 року № 6-рп/2000, яким передбачається наступне (п. 3 описової частини рішення). Бланкетна диспозиція кримінально-правової норми лише називає або описує злочин, а для повного визначення його ознак відсилає до інших галузей права. Основна особливість бланкетної диспозиції полягає в тому, що така норма має загальний і конкретизований зміст. Загальний зміст бланкетної диспозиції передається

⁶ Справа про зворотну дію кримінального закону в часі – [Електронний ресурс]. – Режим

доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-00>

словесно-документною формою відповідної статті Особливої частини КК України і включає положення інших нормативно-правових актів у тому вигляді, в якому вони сформульовані безпосередньо в тексті статті. Саме із загальним змістом бланкетної диспозиції пов'язане визначення кримінальним законом діяння як злочину певного виду та встановлення за нього кримінальної відповідальності. Конкретизований зміст бланкетної диспозиції передбачає певну деталізацію відповідних положень інших нормативно-правових актів, що наповнює кримінально-правову норму більш конкретним змістом. Зміни, що вносяться до нормативно-правових актів інших галузей права, посилення на які містить бланкетна диспозиція, не змінюють словесно-документну форму кримінального закону. Така диспозиція кримінально-правової норми залишається незмінною. Кримінальний закон і за наявності нового, конкретизованого іншими нормативно-правовими актами змісту бланкетної диспозиції кримінально-правової норми не можна вважати новим — зміненим — і застосовувати до нього положення частини першої статті 58 Конституції України.

2.2. Ознаки об'єктивної сторони складу злочину

А) про «втручання в діяльність захисника чи представника особи» та його окремі форми, визначені у ч. 1 ст. 397 КК.

Втручання в діяльність захисника чи представника особи здійснюється у трьох формах, що визначені у ч. 1 ст. 397 КК, а саме: 1) «вчинення в будь-якій формі перешкод до здійснення правомірної діяльності захисника чи представника особи з надання правової допомоги»; 2) «порушення встановлених законом гарантій їх діяльності»; 3) «порушення ... їх ... професійної таємниці».

Вчинення перешкод означає наявність будь-якого впливу (тиску), який «перекриває», ускладнює чи унеможлиблює правомірну діяльність зазначених учасників кримінального провадження, пов'язану з наданням правової допомоги.

Порушення встановлених законом гарантій діяльності цих учасників означає ігнорування будь-якими особами гарантій адвокатської діяльності, пов'язаної з представництвом адвокатом прав, свобод та інтересів свідка як учасника кримінального провадження. Різновиди таких гарантій визначені у ч. 1 ст. 23 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (про них див. вище).

Один із способів вчинення таких перешкод і порушення визначених у ч. 2 ст. 397 КК як «дії, вчинені службовою

особою з використанням свого службового становища» (про нього див. нижче).

Б) про врахування положень (рішень) ЄСПЛ, що стосуються застосування (тлумачення) п. 3 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року, для кримінально-правової оцінки втручання в діяльність представника особи, визначеного у ст. 397 КК.

У п. 3 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року зазначається, що правом кожного обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення є в тому числі: захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд, або – за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника – одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя (пп. «с»).

Певним правозастосовчим орієнтиром при з'ясуванні змісту відповідних положень Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод стосовно тлумачення змісту ознак складів втручання в діяльність захисника чи представника особи, передбачених у ст. 397 КК, є **практика (рішення) ЄСПЛ.**

У ч. 1 ст. 8 КПК принцип верховенства права пов'язується з

визнанням людини, її прав та свобод цінностями та зумовленням ними змісту і спрямованості діяльності держави. Застосування цього принципу у кримінальному провадженні забезпечує врахування практики ЄСПЛ (ч. 2 ст. 8 КПК). Крім цього, окремі характеристики принципу законності можуть визначатись з урахуванням положень ст. 9 КПК, зокрема, про застосування кримінального процесуального законодавства з урахуванням практики ЄСПЛ (ч. 5).

Рішення ЄСПЛ вважаються джерелом кримінального права. Положення цих рішень є обов'язковими на підставі положень п. 1 ст. 46 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, підписаної 4 листопада 1950 року та ратифікованої Законом України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» від 11 липня 1997 року, які стосуються обов'язкової сили рішень ЄСПЛ та їх виконання.

У прийнятому 23 лютого 2006 року Законі України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» (далі – Закон від 23

лютого 2006 року)⁷ визнається, що рішення ЄСПЛ є обов'язковим для виконання Україною відповідно до ст. 46 Конвенції, а також передбачено обов'язкове застосовування судами при розгляді ними справ положень зазначеної Конвенції та практики ЄСПЛ саме як джерела права (ст. 17). Причому «обмеження» галузей національного права, джерелом яких визнається Конвенція та практика ЄСПЛ, у ст. 17 Закону не встановлені взагалі. Крім цього, у ст. 18 цього Закону регламентований порядок посилання на положення зазначеної Конвенції та практику ЄСПЛ.

Варто відзначити й те, що нормативним орієнтиром обов'язковості застосування рішень ЄСПЛ є положення ч. 5 ст. 9 КПК про те, що така загальна засада (принцип) кримінального провадження, як законність, забезпечується в тому числі й застосуванням кримінального процесуального законодавства України з урахуванням практики ЄСПЛ.

Поняттям практики ЄСПЛ охоплюється також практика Європейської комісії з прав людини (абз. 5 ч. 1 ст. 1 Закону від 23 лютого 2006 року), а поняттям *рішення* ЄСПЛ – «а)

остаточне рішення ЄСПЛ у справі проти України, яким визнано порушення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод; б) остаточне рішення ЄСПЛ щодо справедливої сатисфакції у справі проти України; в) рішення ЄСПЛ щодо дружнього врегулювання у справі проти України; г) рішення ЄСПЛ про схвалення умов односторонньої декларації у справі проти України» (абз. 6 ч. 1 ст. 1 Закону).

У Законі, що вказано, роз'яснюється, що виконанням рішень ЄСПЛ визнається у тому числі «вжиття заходів загального характеру» (абз. 9 ч. 1 ст. 1 Закону) як «заходів, спрямованих на усунення зазначеної в Рішенні системної проблеми та її першопричини, зокрема: а) внесення змін до чинного законодавства та практики його застосування; б) внесення змін до адміністративної практики; в) забезпечення юридичної експертизи законопроектів» (ч. 2 ст. 13 Закону). Отже, положення рішень ЄСПЛ у справах проти України суди України зобов'язані враховувати при розгляді конкретних кримінальних проваджень як різновид «вжиття заходів загального характеру», а також «внесення змін до практики застосування чинного законодавства».

⁷ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини. Закон України. – [Електронний ресурс] – Режим

доступу:

– <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>

Залежно від цього рішення ЄСПЛ, що прямо чи опосередковано пов'язуються з втручанням у діяльність представника особи в кримінальному провадженні, можуть *поділятися* на декілька груп:

1) рішення, які стосуються основоположних засад реалізації принципу законності в будь-якому кримінальному провадженні (цей принцип якраз і забезпечується

використанням у кримінальному провадженні відповідних рішень ЄСПЛ)⁸.

2) рішення, які пов'язуються з дотриманням вимог обов'язкового забезпечення юридичного представництва⁹.

При тлумаченні пп. «с» п. 3 ст. 6 Конвенції ЄСПЛ виходить із того, що право кожної особи, обвинувачуваної у вчиненні кримінального правопорушення, на ефективний захист

⁸ Так, у п.п. 68, 69 рішення ЄСПЛ у справі «Ошурко проти України» від 8 вересня 2011 року (заява № 33108/05) роз'яснюється: «У низці справ Суд доходив висновку про існування позитивного обов'язку держави забезпечувати захист від нелюдського та такого, що принижує гідність, поводження (див. рішення у справах «З. та інші проти Сполученого Королівства» (Z et autres c. Royaume-Uni) [ВП], № 29392/95, пункт 73, CEDH 2001-V, «М. С. проти Болгарії» (M. C. c. Bulgarie), № 39272/98, пункт 149, CEDH 2003-XII)» (п. 68), «Такий захист вимагає вжиття розумних та ефективних заходів з метою запобігання поганому поводженню, про яке органи влади знали чи повинні були знати (див. рішення від 12 жовтня 2006 року у справі «Мубіланзіла Матка та Канікі Мітунга проти Бельгії» (Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique), № 13178/03, пункт 53)» (п. 69).

⁹ Так, у п. 87 свого рішення у справі «Яременко проти України» (заява № 32092/02) від 12 червня 2008 року ЄСПЛ роз'яснив, що порушення кримінальної справи за фактом заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, які спричинили смерть, а не за фактом вбивства, означає, що «перша кваліфікація стосувалась менш тяжкого злочину і тому не вимагала обов'язкового забезпечення юридичного представництва підозрюваного. Негайно після отримання зізнання у вчиненні злочину кваліфікацію змінили на вбивство, у вчиненні якого пред'явили обвинувачення заявників».

У цьому рішенні ЄСПЛ звернув увагу на те,

що органи досудового розслідування зобов'язані були враховувати вимоги ст. 59 Конституції України, а саме: «Кожен має право на правову допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав. Для забезпечення права на захист від обвинувачення та надання правової допомоги при вирішенні справ у судах та інших державних органах в Україні діє адвокатура» (п. 45 рішення). У п. 63 рішення особливо наголошувалося на використанні заявником (засудженим) усіх можливих засобів юридичного захисту. У цьому пункті рішення особливо наголошується на тому, що позбавлення особи реальної юридичної допомоги під час досудового розслідування вважається незаконним засобом, а також одним із різновидів засобів залякування (з боку органів досудового розслідування): «Усі недоліки у вичерпанні національних засобів юридичного захисту пояснюються тим, що стверджувані особи, які вдалися до незаконних заходів щодо нього, позбавили його реальної юридичної допомоги і застосували до нього інші засоби залякування». Водночас ЄСПЛ у цьому пункті рішення виходив з того, що усунення особи, яка надає юридичну допомогу, від участі у кримінальному провадженні є проявом залякування з боку слідчих органів, оскільки особа, яка потребує юридичної допомоги, побоюється скаржитися на погане поводження і змушена це робити лише після того, як відчула себе у відносній безпеці.

адвоката, офіційно призначеного в разі такої необхідності, не є абсолютним, воно становить одну з головних підвалин справедливого судового розгляду (див. «Кромбах проти Франції» (Krombach v. France), № 29731/96, п. 89, ECHR 2001-II). Ст. 6 Конвенції, на думку ЄСПЛ, як правило, вимагає надання обвинуваченому можливості скористатися допомогою захисника вже на початкових етапах допиту (п. 85 зазначеного рішення).

Окремо у даному разі слід висвітлити **позицію ЄСПЛ, наведену у цьому рішенні, яка стосується представництва інтересів учасника кримінального провадження та тиску з боку органів слідства на особу (незалежно від її процесуального статусу) з тим, щоб вона відмовилась від послуг особи, яка надає їй юридичну допомогу та представляє її інтереси на досудовому слідстві.** Так, у п. 87 ЄСПЛ «висловлює занепокоєння щодо обставин, за яких відбувався перший допит заявника ... Одна з підстав для забезпечення представництва в обов'язковому порядку є серйозність злочину, у вчиненні якого підозрюється відповідна особа, і, отже, ймовірність призначення їй покарання у вигляді довічного позбавлення волі. У цій справі правоохоронні органи, здійснюючи розслідування за фактом насильницької смерті особи, порушили кримінальну

справу за фактом заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, які спричинили смерть, а не за фактом вбивства. Перша кваліфікація стосувалась менш тяжкого злочину і тому не вимагала обов'язкового забезпечення юридичного представництва підозрюваного. Негайно після отримання зізнання у вчиненні злочину кваліфікацію змінили на вбивство, у вчиненні якого пред'явили обвинувачення заявникові». Отже, зміна кваліфікації вчиненого або попередньо неправильна кваліфікація злочину з тим, щоб у процесі досудового розслідування не допустити у провадження захисника для представництва інтересів підозрюваного, визнається ЄСПЛ порушенням положень п. «с» ч. 3 ст. 6 Конвенції, що стосуються можливості особи використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд. Водночас у п. 88 зазначеного рішення ЄСПЛ зауважив: «Суд вражений тим фактом, що внаслідок заходів, до яких вдалися органи влади, заявник не зміг скористатися перевагами обов'язкового представництва і опинився в ситуації, в якій, як він стверджував, його примусили відмовитися від свого права на захисника та свідчити проти себе. При цьому слід нагадати, що заявник мав захисника в іншому на той час триваючому проти нього кримінальному провадженні, але все-таки відмовився від

свого права мати представника під час допиту стосовно іншого злочину. Ці обставини дають вагомі підстави припускати існування певної прихованої мети в попередній кваліфікації злочину. Той факт, що зізнання у вчиненні злочину було отримано від заявника за відсутності захисника, і те, що заявник одразу відмовився від свого зізнання, коли захисник вже був присутній, свідчать про уразливість його становища та реальну потребу у відповідній юридичній допомозі, якої його фактично позбавили ... завдяки тому способу, в який слідчий райвідділу міліції застосував свої дискреційні повноваження стосовно кваліфікації розслідуваного злочину».

Аналіз змісту п. 88 вказаного рішення ЄСПЛ дозволяє зробити наступні висновки, які безпосередньо мають значення для тлумачення змісту ознак складів злочину, передбаченого ст. 397 КК.

По-перше, створення органами досудового розслідування таких умов, коли особа не може скористатися перевагами представництва її інтересів, є протиправними «заходами» з боку органів розслідування та (одночасно) порушенням прав особи на юридичну допомогу.

По-друге, створення органами досудового розслідування таких умов, за яких відбувається відмова від юридичної допомоги, яка надається особі одночасно в кількох кримінальних провадженнях під час допиту, також означає порушення зазначеного права. Таке порушення може призвести до (за термінологією ЄСПЛ) «уразливості його становища та реальної потреби у відповідній юридичній допомозі, якої його фактично позбавили».

Такі висновки підтверджуються й іншими рішеннями ЄСПЛ. При цьому важливо підкреслити, що можливими наслідками «усунення» представника інтересів особи ЄСПЛ називає:

1. Реалізацію органами досудового розслідування мети подальшого засудження особи.

Зокрема, у рішенні у справі «Нечипорук і Йонкало проти України» (заява № 42310/04) від 21 липня 2011 року ЄСПЛ роз'яснив¹⁰, що право на юридичну допомогу має забезпечуватись особам, стосовно яких застосовані заходи адміністративно-правового характеру. Тому докази, отримані в «адміністративному провадженні» в процесі допиту особи, дії якої згодом визнали злочином певного виду, а її процесуальний статус змінили, є

¹⁰ Справа «Нечипорук і Йонкало проти України» – Заява N 42310/04 – [Електронний

ресурс] – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_683

недопустимими. У цьому разі, на думку ЄСПЛ, «право на захист буде в принципі непоправно порушено, якщо викривальні показання, отримані під час допиту правоохоронними органами без доступу до захисника, використовуватимуться з метою її засудження» (див. П. 262 цього рішення ЄСПЛ). Така позиція ЄСПЛ, пов'язана з гарантуванням особі права на юридичну допомогу, представництво її інтересів або захист незалежно від «процесуального статусу» особи, що потребує допомоги, обумовлюється запобіганням порушенню процесуальної гарантії права не свідчити проти себе та гарантії недопущення поганого поведіння з особою (незалежно від її процесуального статусу). Іншими словами, порушення таких процесуальних гарантій (вони передбачені нормами Конвенції) ЄСПЛ вбачає у будь-якому тиску органів досудового розслідування, коли з метою подальшого засудження особи змінюють її процесуальний статус та не допускають до представництва інтересів такої особи у «зміненому» процесуальному статусі (тобто такому, що не передбачає застосування відповідних заходів кримінально-

правового характеру) представника, який надає юридичну допомогу. Причому такий представник отримує «статус» захисника після того, як статус особи, яку позбавляють юридичної допомоги, буде змінено органом досудового розслідування¹¹.

2. Порушення справедливого судового розгляду як мети всієї ст. 6 Конвенції.

Тут важливо підкреслити, що порушення вимог ст. 6 Конвенції ЄСПЛ пов'язує з особливостями конкретного провадження та його обставин. Тобто поняття юридичної допомоги тлумачиться ЄСПЛ доволі широко і пов'язується із метою забезпечити справедливий судовий розгляд (див. п. 36 постанови ЄСПЛ у справі «Зайченко проти Росії» від 18 лютого 2010 року (скарга 39660/02), у якій оскаржувалось порушення права заявника на справедливий суд, оскільки він був засуджений на підставі пояснень, наданих їм у відсутності адвоката). Цією постановою ЄСПЛ роз'яснив, що порушення права на надання юридичної допомоги має визначатись з урахуванням особливостей кримінального провадження, передбачених

¹¹ Так, в п. 263 цього рішення ЄСПЛ вказав: «забезпечення доступу до захисника на ранніх етапах є процесуальною гарантією права не свідчити проти себе та основною гарантією недопущення поганого поведіння, відмічаючи

особливу вразливість обвинуваченого на початкових етапах провадження, коли він потрапляє у стресову ситуацію і одночасно стикається з дедалі складнішими положеннями кримінального законодавства».

законодавством відповідної держави. Так, у цій постанові ЄСПЛ відзначив, що сутність скарги особи полягала в тому, що він був звинувачений на основі його попередніх показів, зроблених при неможливості навіть порадитись з юристом (п. 44). Тому спосіб, яким мають застосовуватись гарантії, передбачені підпунктом «с» п. 3 ст. 6 Конвенції під час проведення досудового провадження залежить від особливостей такого провадження та обставин справи, що оцінюються відносно національного провадження в цілому (п. 45). ЄСПЛ також відзначив, що особа-заявник формально не був заарештований або навіть допитаний у відділенні міліції. Він був зупинений для перевірки на дорозі, тобто у публічному місці у присутності двох понятих (п. 47). Тобто порушення права на юридичну допомогу ЄСПЛ вбачає навіть за таких обставин, коли формально (процесуально), в особи взагалі не був визначений процесуальний статус, але отримані таким чином (за відсутності представника його інтересів) порушувало право заявника не свідчити проти себе та уникати мовчання і, тим самим, порушувало справедливий судовий розгляд.

Зрештою, ЄСПЛ допускає обґрунтовану відмову органів досудового розслідування у представництві інтересів особи (незалежно від її процесуального

статусу) іншою особою, яка надає юридичну допомогу, навіть на ранніх стадіях кримінального провадження. Проте така відмова визнається ЄСПЛ необґрунтованою, насамперед у разі реальної небезпеки порушити таким шляхом (недопуском представника інтересів на досудовому слідстві) справедливий судовий розгляд. Причому процесуальний статус особи, яка потребує юридичної допомоги та представництва її інтересів на досудовому слідстві, ЄСПЛ не вважає визначальним для наявності такого порушення. Більше того, не є важливим навіть те, який саме процесуальний статус має такий представник інтересів, коли його не допускають у провадження. Головним для наявності порушення є те, щоб існувала реальна небезпека, що в подальшому такий представник не виконуватиме своїх повноважень у кримінальному провадженні саме як захисник підозрюваного чи обвинуваченого. Іншими словами, порушення права вважатиметься наявним тоді, коли з метою порушення справедливого судового розгляду «потенційний захисник» не допускається в провадження (незалежно від того, який саме був процесуальний статус особи, яку мав представляти такий «потенціальний захисник», а також які саме процесуальні

дії вчинялись органом досудового розслідування).

3. Порухення обгрунтованого кримінального обвинувачення під час досудового провадження.

Зміст «справедливого судового розгляду» ЄСПЛ поширює на досудове провадження. Так, у рішенні в справі «Шабельник проти України» (справа № 16404/03) від 19 лютого 2009 року ЄСПЛ вказав¹²: «хоча основна мета статті 6 Конвенції стосовно розгляду кримінальних справ полягає в забезпеченні справедливого судового розгляду «судом», компетентним встановити обгрунтованість «будь-якого... кримінального обвинувачення», це не означає, що ця стаття не стосується досудового провадження. Таким чином, вимоги статті 6 (зокрема пункту 3) можуть також бути застосовними ще до того, як справу направлено на розгляд суду, якщо – і тією мірою, якою – недотримання таких вимог на самому початку може серйозно позначитися на справедливості судового розгляду» (п. 52 цього рішення). Крім цього, у п. 52 цього рішення зазначається: «Спосіб застосування пункту 1 і пункту 3(с) статті 6 на етапі досудового слідства залежить від особливостей відповідного провадження

та обставин конкретної справи. Момент, з якого стаття 6 застосовується в «кримінальних» справах, також залежить від обставин самої справи, оскільки провідне місце, яке займає в демократичному суспільстві право на справедливий судовий розгляд, спонукає Суд віддавати перевагу «матеріально-правовій», а не «формальній» концепції «обвинувачення».

У вказаному рішенні ЄСПЛ особливо наголосив, що дача свідком показань, які фактично вважаються зізнанням у вчиненні певного злочину, потребує вжиття необхідних заходів захисту як «обвинуваченого від неправомірного тиску з боку органів влади, що дає змогу уникати помилок при здійсненні правосуддя та реалізації цілей ст. 6 Конвенції» (п. 55), тобто цілей справедливого судового розгляду. У цьому разі ЄСПЛ визнав, що у цьому випадку заходи захисту є складниками справедливого судового розгляду. Тому в разі їх невжиття, такий справедливий судовий розгляд порушується:

а) «Стосовно використання доказів, здобутих із порушенням права затриманого на мовчання та права не свідчити проти себе, Суд нагадує, що це – загальновизнані міжнародні стандарти,

¹² Шабельник проти України (Заява N 16404/03) – [Електронний ресурс] – Режим

доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_457

які є основними складниками поняття справедливого судового розгляду за статтею 6. Встановлення таких стандартів пояснюється, зокрема, необхідністю захисту обвинуваченого від неправомірного тиску з боку органів влади, що дає змогу уникати помилок при здійсненні правосуддя та реалізації цілей статті 6. Право не свідчити проти себе вимагає, зокрема, від сторони обвинувачення в кримінальній справі не допускати – при спробах доведення своєї версії проти обвинуваченого – використання доказів, здобутих за допомогою методів примусу чи тиску всупереч волі обвинуваченого» (п. 55 рішення);

б) «Суд зазначає, що з першого допиту заявника стало очевидним, що його показання були не просто показаннями свідка злочину, а фактично зізнанням у його вчиненні. З того моменту, коли заявник уперше зробив зізнання, вже не можна було стверджувати про відсутність у слідчого підозри щодо причетності заявника до вбивства. Існування такої підозри підтверджувалося тим фактом, що слідчий ужив подальших заходів для перевірки достовірності самовикривальних показань заявника, провівши відтворення обстановки і обставин подій, тобто слідчі дії, які зазвичай проводяться з підозрюваним. На

думку Суду, становище заявника стало значно вразливішим одразу після вжиття серйозних слідчих заходів з перевірки підозри стосовно нього та підготовки версії обвинувачення» (п. 57 рішення).

Таким чином, незважаючи на процесуальний статус особи як свідка, коли під час допиту його показання фактично є зізнанням у вчиненні злочину, ЄСПЛ вбачає у недопущенні представника такого свідка для надання юридичної допомоги ознаки порушення засад справедливого судового розгляду, оскільки у такому разі «свідок» фактично є підозрюваним, який має уразливий стан під час процесуальних дій, а відтак потребує захисту «від неправомірного тиску з боку органів влади», можливості «уникати помилок при здійсненні правосуддя», забезпечення права не свідчити проти себе. Тому докази, отримані при недопущенні представника такого свідка, ЄСПЛ прирівнює до «здобутих за допомогою методів примусу чи тиску всупереч волі обвинуваченого».

2.3. Суб'єктивна сторона складу злочину

Суб'єктивна сторона складу злочину, передбаченого ст. 397 КК, характеризується умисною формою вини. Це означає, що інтелектуальна складова умисної форми вини має характеризуватись усвідомленням

суб'єктом злочину змісту вчинюваного діяння, обов'язковості для неї дотримання гарантій правомірної діяльності захисника чи представника особи по наданню правової допомоги. Усвідомлює особа такий обов'язок в силу того, що його наявність є умовою реалізації особою (службовою особою) її повноважень як учасника кримінального провадження. Враховуючи ці обставини, а також те, що при визначенні закріпленої у диспозиції ч. 1 ст. 397 КК ознаки «вчинення в будь-якій формі перешкод» враховується цілеспрямована діяльність винної особи (її цілями якраз і є названі перешкоди), то вчинюватись діяння, передбачені ст. 397 КК, у всіх зазначених вище формах втручання може лише з прямим умислом.

Неусвідомлення особою хоча б однієї з вказаних ознак може за певних обставин означати відсутність у його діянні складу злочину, передбаченого ст. 397 КК.

Помилка службової особи, яка є іншим учасником кримінального провадження, в обов'язковості передбаченого для представника іншої особи, який надає правову допомогу іншому учаснику кримінального провадження, порядку його допуску, повинна впливати на невизнання вчиненого умисним втручанням в діяльність представника особи та

кваліфікуватись за необхідних умов як службова недбалість за відповідною частиною ст. 367 КК.

Мета і мотиви втручання в діяльність представника особи у будь-якій із її форм на кваліфікацію впливати не повинні.

Крім цього, для інкримінування винному втручання в діяльність представника особи у будь-якій із її форм потрібно встановити те, що вказані вище усвідомлення й передбачення мають бути конкретними, а не абстрактними. Тобто представник особи в кримінальному провадженні має підтвердити свої повноваження, як це передбачається у п. 2 ч. 1 ст. 66, ст. 50 КПК.

Отже, прямий умисел особи має бути конкретно-визначеним, у зв'язку з чим особа має чітко розуміти: а) які саме вимоги висунуті для процесуального статусу представника особи, який надає правову допомогу в кримінальному провадженні; б) зміст фактичних і юридичних (процесуальних) підстав такого представництва.

2.4. Суб'єкт злочину

Суб'єкт злочину, передбаченого ч. 1 ст. 367 КК, є загальним, а за ч. 2 цієї статті КК – спеціальним, який є службовою особою. Тобто для кваліфікації вчиненого за ч. 2 ст. 397 КК потрібно встановлювати наявність службової особи.

III. Про особливості співвідношення «дій, які вчинені службовою особою з використанням свого службового становища» (ч. 2 ст. 397 КК) з передбаченим у ст. 365 КК перевищенням влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу.

3.1. У ч. 2 ст. 397 КК передбачена така кваліфікована ознака складу втручання в діяльність захисника чи представника особи, як «дії, вчинені службовою особою з використанням свого службового становища». Використане у юридичній конструкції складу цього злочину поняття службової особи слід визначати на підставі положень п. 1 примітки до ст. 364 КК. Використання такою особою свого службового становища слід вважати різновидом зловживання службовою особою своїм службовим становищем (див. з цього приводу абз. 3 п. 23 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про злочини проти власності» від 6 листопада 2009 року № 10). Окремим (спеціальним) різновидом зловживання владою або службовим становищем визнається передбачене ст. 365 КК перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу. Тобто

передбачене у ст. 365 КК перевищення влади або службових повноважень відтворює зміст спеціальної норми (норм) стосовно загальної (загальних), які передбачені у ст. 364 КК та визначають зловживання владою або службовим становищем. З урахуванням цього ст. 365 КК та ч. 2 ст. 397 КК є спеціальними нормами стосовно ст. 364 КК. Відтак, використання службовою особою свого службового становища (ч. 2 ст. 397 КК) може пов'язуватись з перевищенням службових повноважень (ст. 365 КК).

У той же час слід враховувати й відмінні ознаки у складах злочинів, передбачених ч. 2 ст. 397 КК та ч. 1 ст. 365 КК, а саме:

- у ч. 2 ст. 397 КК вказівка на працівника правоохоронного органу відсутня, тобто суб'єктом цього злочину за ч. 2 ст. 397 КК може бути будь-яка службова особа, службове становище якої пов'язане з діяльністю представника особи по наданню їй правової допомоги (у нашому випадку – в тому числі й працівника правоохоронного органу, який має повноваження учасника кримінального провадження);

- у ч. 1 і ч. 2 ст. 397 КК немає вказівки на суспільно-небезпечні наслідки у вигляді «істотної шкоди охоронюваним законом правам, інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам, інтересам

юридичних осіб», як це має місце у ч. 1 ст. 365 КК;

у ч. 1 ст. 365 КК відсутня конкретизація повноважень, службового становища працівника правоохоронного органу, яка пов'язується з їх використанням (перевищенням) при втручанні у діяльність захисника чи представника особи в кримінальному провадженні (як учасника такого кримінального провадження).

3.2. У ч. 1 ст. 365 КК передбачена відповідальність за перевищення влади або службових повноважень. Зміст перевищення розкривається у ч. цієї статті КК та охоплює «умисне вчинення працівником правоохоронного органу дій, які явно виходять за межі наданих йому прав чи повноважень». Суб'єктом є лише працівник правоохоронного органу. В абз. 1 п. 1 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про державний захист працівників суду та правоохоронних органів»¹³ від 23 грудня 1993 року правоохоронні органи – це органи прокуратури, Національної поліції, служби безпеки, Військової служби правопорядку у Збройних Силах України, Національне антикорупційне бюро України, органи охорони державного кордону, органи доходів і зборів, органи і установи виконання

покарань, слідчі ізолятори, органи державного фінансового контролю, рибоохорони, державної лісової охорони, інші органи, які здійснюють правозастосовні або правоохоронні функції.

Водночас при визначенні поняття працівника правоохоронного органу слід враховувати тлумачення, наведене КСУ у його рішенні у справі за конституційним зверненням громадянина Кузьменка Віталія Борисовича щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 364 Кримінального кодексу України (справа щодо застосування кваліфікуючої ознаки «працівник правоохоронного органу» до працівника державної виконавчої служби) від 18 квітня 2012 року № 10-рп/2012. У своєму рішенні КСУ визначив, що «у статті 364 КК не визначено, хто саме належить до працівників правоохоронного органу. Відсутні в законі про кримінальну відповідальність і посилання на відповідні положення інших законів України. Вказане унеможливорює застосування положень інших законодавчих актів, зокрема й Закону, для встановлення щодо спеціального суб'єкта злочину кваліфікуючої ознаки, передбаченої частиною третьою статті 364

¹³ Про державний захист працівників суду і правоохоронних органів – Закон України. №3781-12 від 23.12.1993 – [Електронний ресурс] – Режим

доступу:

– <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3781-12>

Кримінального кодексу, – працівник правоохоронного органу». З урахуванням цього КСУ вважає, що поняття «працівник правоохоронного органу» необхідно визначати відповідно до розуміння ознак цього суб'єкта злочину лише за змістом його застосування у КК. Із системного аналізу положень КК вбачається, що в ньому розмежовано поняття «працівник правоохоронного органу», «працівник державної виконавчої служби», «державний виконавець». Зокрема, у частині другій статті 342 КК передбачено кримінальну відповідальність за опір працівникові правоохоронного органу, державному виконавцю під час виконання ним службових обов'язків, члену громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовцеві під час виконання цими особами покладених на них обов'язків щодо охорони громадського порядку, а в частині першій статті 343 КК – за вплив у будь-якій формі на працівника правоохоронного органу чи працівника державної виконавчої служби з метою перешкодити виконанню ним службових обов'язків або добитися прийняття незаконного рішення». Отже, «на підставі викладеного КСУ дійшов висновку, що положення частини третьої статті 364 Кримінального кодексу не поширюється на державних виконавців та

інших працівників державної виконавчої служби».

3.3. Втручання в діяльність представника особи, вчинене працівником правоохоронного органу, має пов'язуватись з його (працівника) повноваженнями. Тобто втрутитись у діяльність представника особи (як потерпілого, передбаченого ст. 397 КК) може не будь-який працівник правоохоронного органу, а лише той, що наділений відповідними повноваженнями. Тому слід враховувати, що такі повноваження пов'язуються з участю працівника правоохоронного органу в кримінальному провадженні (тобто як учасника кримінального провадження). Це, у свою чергу, підтверджується положеннями п. «б» абз. 2 п. 1 ч. 1 ст. 2 Закону «Про державний захист працівників суду та правоохоронних органів», згідно з яким працівники правоохоронних органів, передбачені абз. 1 п. 1 ч. 1 ст. 2 цього Закону, беруть безпосередню участь відповідно у: а) розгляді судових справ у всіх інстанціях; б) кримінальному провадженні та провадженні у справах про адміністративні правопорушення; в) оперативно-розшуковій та розвідувальній діяльності; г) охороні громадського порядку і громадської безпеки; д) виконанні вироків, рішень, ухвал і постанов судів, постанов органів, що

здійснюють оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, та прокурорів; е) контролі за переміщенням людей, транспортних засобів, товарів та інших предметів чи речовин через державний і митний кордон України; є) нагляді і контролі за виконанням законів.

3.4. Обов'язковою ознакою складу злочину, передбаченого ч. 1 ст. 365 КК, є суспільно небезпечні наслідки у вигляді істотної шкоди охоронюваним законом правам, інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам, інтересам юридичних осіб. Відповідно до п. 3 примітки до ст. 364 КК істотною вважається така шкода, яка в 100 і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян (далі – НМДГ). З урахуванням змісту ч. 2 ст. 22 Цивільного кодексу України збитки охоплюють такі «різновиди», як: 1) втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки); 2) доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода). Тобто при поєднанні положень п. 3 примітки до ст. 364 КК та ч. 2 ст. 22 ЦК для тлумачення поняття «істотна шкода» слід враховувати те, що зазначені «різновиди» збитків можуть

враховуватись у змісті такої істотної шкоди лише за умови, що вони **здатні обчислюватись у «грошових показниках»**, тобто у певній сумі кількості НМДГ.

3.5. При кваліфікації втручання в діяльність представника особи як учасника кримінального провадження шляхом використання іншим учасником кримінального провадження – працівником правоохоронного органу – свого службового становища слід враховувати **значення відмінних ознак** складів злочинів, передбачених ч. 2 ст. 397 КК та ч. 1 ст. 365 КК;

- ознака «службова особа» в ч. 2 ст. 397 КК є більшою та загальною за обсягом (змістом) стосовно працівника правоохоронного органу, тобто останній може за відповідних умов (службове становище, службові повноваження та ін.) визнаватись спеціальним різновидом службової особи. **З урахуванням цього поняття «службова особа» (ч. 2 ст. 397 КК) та «працівник правоохоронного органу» (ч. 1 ст. 365 КК) співвідносяться як загальне і спеціальне, а тому ч. 1 ст. 365 КК у контексті цих ознак є спеціальною нормою стосовно ч. 2 ст. 397 КК;**

- суспільно-небезпечні наслідки, які позначені у ч. 1 ст. 365 КК поняттям «істотна шкода охоронюваним законом правам, інтересам окремих громадян,

державним чи громадським інтересам, інтересам юридичних осіб», не виокремлені у складі злочину, передбаченого ч. 2 ст. 397 КК. Тому, якщо розглядати дезорганізацію порядку діяльності представника особи як результат (суспільно небезпечні наслідки) втручання, вчиненого службовою особою – працівником правоохоронного органу, – то цей результат (суспільно небезпечні наслідки) є загальним стосовно передбаченої в ч. 1 ст. 365 КК істотної шкоди охоронюваним законом правам, інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам, інтересам юридичних осіб. **З урахуванням цього ч. 2 ст. 397 КК та ч. 1 ст. 365 КК співвідносяться як загальне і спеціальне, у зв'язку з чим ч. 1 ст. 365 КК також є спеціальною нормою стосовно ч. 2 ст. 397 КК;**

- у ч. 1 ст. 365 КК не конкретизуються повноваження працівника правоохоронного органу, які він перевищує та які пов'язуються з його участю в кримінальному провадженні (як учасника такого провадження). Проте окремі орієнтири (їх «компоненти») повноважень учасника в тому числі кримінального провадження визначені у ч. 1 і ч. 2 ст. 397 КК, а саме такі повноваження, що пов'язуються зі «здійсненням правомірної діяльності представником особи по наданню

правової допомоги», «встановленими законом гарантіями ... діяльності» такого представника та його «професійної таємниці» (ч. 1). У ч. 2 ст. 397 КК така правомірна діяльність, її гарантії та професійна таємниця пов'язуються з повноваженнями службової особи та використанням нею свого службового становища. Отже, цих орієнтирів ст. 365 КК не містить, а тому **ч. 1 ст. 365 КК визнається загальною нормою по відношенню до спеціальної – ч. 2 ст. 397 КК.**

Таким чином, співставлення зазначених відмінних ознак ч. 2 ст. 397 КК та ч. 1 ст. 365 КК при розмежуванні передбачених ними складів злочинів дозволяє визначити подвійне співвідношення цих складів: з одного боку ч. 2 ст. 397 КК та ч. 1 ст. 365 КК співвідносяться як загальна та спеціальна, а з іншого, навпаки, – як спеціальна норма та норма загальна. Тому при кваліфікації вчиненого слід враховувати обидва варіанти, у зв'язку з чим кваліфікація лише за одною із таких норм буде неповною та невсебічною, тобто не буде враховувати спеціальні ознаки, передбачені в обох цих нормах. На цій підставі вважаю, що втручання в діяльність представника особи як учасника кримінального провадження, вчинене працівником правоохоронного органу шляхом використання ним його

службового становища, за наявності істотної шкоди охоронюваним законом правам, інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам, інтересам юридичних осіб може бути кваліфіковане за сукупністю злочинів, передбачених ч. 2 ст. 397 КК та ч. 1 ст. 365 КК.

Висновки:

Проведене дослідження дозволяє дати наступні відповіді на запитання, поставлені на початку даної статті.

1. Поняття втручання в діяльність захисника чи представника особи (ст. 397 КК) охоплює будь-які прояви *протиправного впливу* на захисника та представника особи, що здійснюють правомірну діяльність по наданню такої правової допомоги (зокрема, в кримінальному провадженні), а саме: а) вчинення будь-яких перешкод до здійснення такої діяльності, порушення гарантій такої діяльності, що визначені, зокрема, у ч. 1 ст. 23 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», а також порушення професійної таємниці (зокрема, адвоката, який в кримінальному провадженні надає правову допомогу свідку та представляє його права, свободи та інтереси як учасника кримінального провадження). Вчинення такого втручання службовою особою, яка використовує своє службове становище, охоплює будь-які форми такого

втручання, що мають зв'язок з повноваженнями такої особи та використанням нею службовим становищем всупереч інтересам її служби.

2. Представником особи по наданню правової допомоги як потерпілим за ч. 1 ст. 397 КК визнається в тому числі адвокат, який надає правову допомогу свідку на підставі п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК. У п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК участь адвоката пов'язується з наданням ним правової допомоги свідку під час давання свідком показань та у проведенні інших процесуальних дій за участю свідка. При цьому на підставі вказівки у п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК повноваження адвоката мають бути підтверджені згідно зі ст. 50 КПК (ст. 50 КПК передбачає підтвердження повноважень захисника). Тобто підтвердження повноважень адвоката, який надає правову допомогу свідку на підставі п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК, є аналогічним (так би мовити «прирівняним») підтвердженню повноважень захисника. У цьому зв'язку потрібно звернути увагу на положення ч. 2 ст. 50 КПК, якими не допускається встановлення будь-яких додаткових вимог, крім пред'явлення захисником документа, що посвідчує його особу, або умов для підтвердження повноважень захисника чи для його залучення до участі в кримінальному провадженні. Порушення цієї «норми-заборони» (ч. 2 ст. 50 КПК) за певних

умов може визнаватись втручанням в діяльність представника особи та кваліфікуватись за ч. 1 ст. 397 КК. Отже, передбаченим в ч. 1 ст. 397 КК представником особи по наданню правової допомоги свідку в кримінальному провадженні є лише адвокат, який здійснює представництво прав, свобод та інтересів особи в державних органах (п. 9 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»), а також надання такій особі в кримінальному провадженні інших видів правової допомоги, які в п. 6 ч. 1 ст. 1 цього Закону передбачені, зокрема, як «надання правової інформації, консультацій і роз'яснень з правових питань, правового супроводу діяльності клієнта, складення заяв, скарг, процесуальних та інших документів правового характеру, спрямованих на забезпечення реалізації прав, свобод і законних інтересів клієнта, недопущення їх порушень, а також на сприяння їх відновленню в разі порушення». Надання особі (свідку в кримінальному провадженні) правової допомоги, пов'язаної з представництвом її прав, свобод та інтересів в державних органах, а також надання інших видів правової допомоги є самостійними (окремими) видами адвокатської діяльності. Тому **поняття представника особи по наданню правової допомоги (ч. 1 ст. 397**

КК) охоплює в кримінальному провадженні такого його учасника як адвокат, який надає правову допомогу зазначених вище видів свідку під час давання показань та участі у проведенні інших процесуальних дій (п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК). Іншими представниками особи по наданню правової допомоги можуть бути, зокрема, представник потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, представник персоналу органу пробації (п. 25 ч. 1 ст. 3 КПК). Тобто поняття «представник особи по наданню правової допомоги» є більш широким за змістом ніж адвокат, який надає правову допомогу свідку на підставі п. 2 ч. 1 ст. 66 КПК, та включає (охоплює) також інші види представництва в кримінальному провадженні.

3. При співвідношенні передбаченої ч. 2 ст. 397 КК ознаки «дії, вчинені службовою особою з використанням свого службового становища» з відповідними ознаками перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу, передбаченими у ст. 365 КК, слід враховувати наступне:

1) передбачене у ст. 365 КК перевищення влади або службових повноважень відтворює зміст спеціальної норми (норм) стосовно загальної

(загальних), які передбачені у ст. 364 КК та визначають зловживання владою або службовим становищем. У свою чергу, ст. 365 КК та ч. 2 ст. 397 КК є спеціальними нормами стосовно ст. 364 КК, а тому використання службовою особою свого службового становища (ч. 2 ст. 397 КК) може пов'язуватись з перевищенням службових повноважень (ст. 365 КК);

2) ознака «службова особа» в ч. 2 ст. 397 КК є загальною стосовно працівника правоохоронного органу (ст. 365 КК), а тому поняття «службова особа» (ч. 2 ст. 397 КК) та «працівник правоохоронного органу» (ч. 1 ст. 365 КК) співвідносяться як загальне і спеціальне;

3) суспільно-небезпечні наслідки, які передбачені у ч. 1 ст. 365 КК як «істотна шкода охоронюваним законом правам, інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам, інтересам юридичних осіб», не виокремлені у ч. 2 ст. 397 КК. Тому дезорганізація порядку діяльності представника особи як результат (суспільно небезпечні наслідки) втручання, вчинена службовою особою – працівником правоохоронного органу, – є загальним стосовно передбаченої в ч. 1 ст. 365 КК істотної шкоди охоронюваним законом правам, інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам, інтересам юридичних осіб. Тому ч. 2 ст. 397 КК та ч. 1 ст. 365 КК

співвідносяться як загальне і спеціальне, тобто ч. 1 ст. 365 КК є спеціальною нормою стосовно ч. 2 ст. 397 КК;

4) у ч. 1 ст. 365 КК не конкретизується повноваження працівника правоохоронного органу, які він перевищує та які пов'язуються з його участю в кримінальному провадженні (як учасника такого провадження). Окремі з орієнтирів повноважень учасника кримінального провадження конкретизовані у ч. 1 і ч. 2 ст. 397 КК, а саме такі повноваження, що пов'язуються з «здійсненням правомірної діяльності представником особи по наданню правової допомоги», «встановленими законом гарантіями ... діяльності» такого представника та його «професійної таємниці» (ч. 1). У ч. 2 ст. 397 КК така правомірна діяльність, її гарантії та професійна таємниця пов'язуються з повноваженнями службової особи та використанням нею свого службового становища. Тому при співвідношенні цих ознак складів злочинів ст. 365 КК є загальною нормою по відношенню до норми спеціальної – ч. 2 ст. 397 КК.

5) «подвійне» співвідношення цих складів ч. 2 ст. 397 КК та ч. 1 ст. 365 КК, у зв'язку з чим кваліфікація лише за одною із таких норм буде неповною та невсебічною. Відтак, втручання в діяльність представника особи як учасника кримінального провадження,

вчинене працівником правоохоронного органу шляхом використання ним його службового становища, за наявності істотної шкоди охоронюваним законом правам, інтересам окремих громадян, державним чи громадським інтересам, інтересам юридичних осіб може бути за наявності інших необхідних обставин кваліфіковане за сукупністю злочинів, передбачених ч. 2 ст. 397 КК та ч. 1 ст. 365 КК.