

УДК 343

*Moroz A.*

## VIOLATION OF STATUTORY GUARANTEES OF A DEFENSE ATTORNEY OR A PERSON AND THEIR PROFESSIONAL SECRECY

**А.О. Мороз**

*здобувач кафедри*

*кримінального права та процесу*

*ВНЗ «Національна академія управління»*

## ПОРУШЕННЯ ВСТАНОВЛЕНИХ ЗАКОНОМ ГАНТАЙ ДІЯЛЬНОСТІ ЗАХИСНИКА ЧИ ПРЕДСТАВНИКА ОСОБИ ТА ЇХ ПРОФЕСІЙНОЇ ТАЄМНИЦІ

**Постановка проблеми.** З'ясування другої та третьої форми прояву злочину, передбаченого ст. 397 КК України, має важливе значення у дослідженні об'єктивної сторони злочину, що нами досліджується, а також займає значну нішу в боротьбі з втручанням та створенням перешкод у діяльності захисника чи представника особи.

**Аналіз останніх досліджень та публікацій.** Питанням порушення встановлених законом гарантій діяльності захисника чи представника особи та їх професійної таємниці займалися такі вчені, як: В.І. Борисов, Ю.В. Гродецький, М.І. Мельник, М.І. Хавронюк, В.А. Козак, Р.С. Орловський, О.Е. Радутний, Є.В. Шевченко, Є.В. Фесенко, Т.В. Варфоломеева, В.В. Сміх та ін. Проте до цього часу ця проблема не знайшла свого належного вирішення.

**Мета статті** полягає у дослідженні порушення встановлених законом гарантій діяльності захисника чи представника особи та їх професійної таємниці.

**Основні результати дослідження.** Зовнішні риси (ознаки) злочинного діяння знаходять своє відображення частково в ст. 397 КК України, зокрема, в такому вигляді, як «...порушення встановлених законом гарантій їх діяльності та професійної таємниці», це мається на увазі, що тут йдеться стосовно захисника чи представника особи [1]. Як це слідує з диспозиції ч.1 ст.397 КК України, що зовнішня сторона злочину у другій та третій формі його прояву лише в загальних рисах має позначення в цьому законі, а також, як свідчить вивчення юридичної літератури, до цього часу не знайшла свого достатнього дослідження, вона надто складна, має багатоаспектний характер та істотні дискусійні в юридичному плані моменти, які так чи інакше впливають на практику застосування норм, передбачених цією статтею, і законотворчу діяльність та теорію кримінального права.

Низка понять, які використовують автори в своїх роботах для з'ясування обов'язкових ознак об'єктивної сторони злочину у таких формах його прояву як: 1) порушення встановлених законом гарантій діяльності захисника чи представника особи; 2) порушення встановлених законом гарантій професійної таємниці захисника чи представника особи, викликані цілком зрозумілими чинниками: 1) це намагання при аналізі та науковому обґрунтуванні механічного перенесення заборон чи прав з інших законодавчих актів, зокрема статті 2, 9, 19, 55, 59, 64 Конституції України [2], статті 7, 12, 17, 20, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 51, 52, 54, 58, 59, 63, 64 Кримінального процесуального законодавства [3], норм міжнародного права, які містять як права так і гарантії захисника чи представника особи [4, с.58-76; 5, с.615-623; 6, с.624-627; 7, с.627-653], Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 5. 07. 2012 р. [8] та інших нормативно-правових актів; 2) це уникнення аналізу зовнішньої сторони злочину, передбаченого ч.1 ст.397 КК України у другій та третій формі його прояву; 3) це відсутність в роботах, які стосуються цієї теми, роз'яснення термінології на належному рівні.

Отже завдання нашого дослідження в межах, визначених цією статтею, полягає в тому, щоб як найповніше: а) врахувати позитивні моменти, що стосуються розкриття зовнішніх ознак злочину, передбаченого ч.1 ст.397 КК України у другій та третій формах його прояву, послідовно їх визначити та обґрунтувати; б) користуючись загальним поняттям об'єктивної сторони цього злочину, визначити повну сукупність обов'язкових ознак об'єктивної сторони, у другій і третій формах прояву цього злочину; в) здійснити кваліфікацію діянь, передбачених за ознаками об'єктивної сторони у другій і третій формах прояву злочину, передбаченому ст.397 КК України.

Визначені завдання і напрямки дослідження допоможуть нам правильно назвати обов'язкові ознаки об'єктивної сторони злочинів у наступних формах прояву цього злочину: 1) порушення встановлених законом гарантій діяльності захисника чи представника особи; 2) порушення встановлених законом гарантій професійної таємниці.

З цією метою слід з'ясувати: термінологію, яка використовується в описанні в законі другої та третьої форм прояву цього злочину; точки зору авторів на розкриття другої і третьої форм прояву злочину, передбаченого ч. 1 ст. 397 КК України, як вони їх пояснюють та як вони співвідносяться з чинним КК України, іншими законодавчими актами, а також із сучасною судовою практикою. Це викликано тим, що зовнішня сторона злочину у досліджуваних нами формах, надто складна, і як свідчить наше дослідження, має багатоаспектний характер та суттєві дискусійні моменти, що так чи інакше впливають на практику застосування цієї статі, та законотворчу діяльність.

В юридичній літературі існує значна кількість часом суперечливих поглядів на розуміння зовнішньої сторони злочину, вчиненому у формах: 1) порушення встановлених законом гарантій діяльності захисника чи представника особи; 2) порушення встановлених законом гарантій професійної таємниці захисника чи представника особи. Так В.В. Сміх зазначає, що у вузькому розумінні поняття порушення встановлених гарантій діяльності захис-

ника чи представника особи та професійної таємниці — це будь-які протиправні дії особи, яка проводить дізнання, слідчого, прокурора, судді (в багатьох випадках представників правоохоронних органів чи суду) [8, с.78]. Як стверджує цей фахівець, що «...до таких незаконних дій, зокрема, можна віднести посягання на встановлений законом порядок запрошення чи призначення захисника або допуск представника особи до участі у справі; допит як свідка адвоката його помічника, службових осіб і технічних працівників адвокатських об'єднань з питань, які становлять адвокатську таємницю (ч.1 ст.69 КПК); допит представника потерпілого про обставини, що стали йому відомі при наданні правової допомоги (ч.2 ст. 69 КПК); винесення подання органом дізнання, слідчим, прокурором, а також винесення окремої ухвали судом щодо правової позиції адвоката у справі (ст. 10 Закону України «Про адвокатуру»); незаконні дії, пов'язані з безпідставним усуненням захисника чи представника від участі у справі; позбавлення захисника чи представника особи можливості відповідно до закону реалізовувати свої повноваження в повному обсязі; необгрунтована заборона використання науково-технічних засобів під час виконання слідчих дій; відмова у наданні доказів...

Таким чином ... об'єктивна сторона цієї форми посягання на правомірну діяльність захисника чи представника особи полягає в недотриманні службовими та іншими особами гарантій, спеціально передбачених законом для забезпечення належного виконання захисту та представництва...

Іноді працівники правоохоронних органів вдаються до протиправних дій задля отримання даних, які стали відомі захиснику чи представнику особи у зв'язку з виконанням ними своїх обов'язків, а іноді навіть примушують їх розголошити такі дані...

Отже, домагання з боку інших осіб отримати дані, які захиснику чи представнику особи стали відомі у зв'язку з діяльністю з надання правової допомоги, слід розглядати як діяння, що спрямовані на порушення професійної таємниці захисника чи представника особи...» [8, с. 78-80]. В.І. Тютюгін, В.І. Борисов, Ю.В. Гродецький, В.А. Козак, Р.С. Орловський, О.Е. Радутний, Є.В. Шевченко стверджують, що «гарантії адвокатської діяльності, закріплені у ст.10 Закону України від 19 грудня 1992 р. «Про адвокатуру». Вони певною мірою розповсюджуються і на інших осіб, що виступають у ролі представників особи по наданню правової допомоги. До цих гарантій, зокрема, належить заборона будь-якого втручання в адвокатську діяльність, вимагання від адвоката, його помічника, службових осіб, технічних працівників адвокатських об'єднань відомостей, що становлять адвокатську таємницю. З цих питань вони не можуть бути допитані як свідки. Документи, пов'язані з виконанням адвокатом доручення, не підлягають оглядові, розголошенню чи вилученню без його згоди. Забороняється прослуховування телефонних розмов адвокатів у зв'язку з оперативно-розшуковою діяльністю без санкції відповідного прокурора. Не може бути внесено подання органом дізнання, слідчим, прокурором, а також внесено окрему ухвалу суду щодо правової позиції адвоката у справі. Адвоката не можна притягнути до кримінальної, матеріальної та іншої

відповідальності або погрожувати їм застосуванням у зв'язку з наданням юридичної допомоги громадянам та організаціям згідно із законом.

Одним із різновидів професійної таємниці захисника чи представника особи є адвокатська таємниця, предметом якої виступають питання, з яких громадянин або юридична особа зверталася до адвоката, зміст консультацій, порад, роз'яснень та інших відомостей, одержаних від адвоката під час здійснення ним своїх професійних обов'язків (ч.1 ст.9 Закону України «Про адвокатуру»).

Ураховуючи викладене, порушення встановлених законом гарантій діяльності та професійної таємниці захиснику чи представнику особи можуть виявитися у: допиті адвоката як свідка з питань, що становлять адвокатську таємницю; вилученні документів, пов'язаних з виконанням адвокатом доручення, без згоди останнього; прослуховування телефонних розмов без дозволу відповідного прокурора; притягненні потерпілого до будь-якої юридичної відповідальності у зв'язку із наданням ним правової допомоги тощо [9, с.41-42]. Ю.В. Александров упевнений, що «порушення встановлених законом гарантій діяльності та професійної таємниці можуть полягати у вимаганні від захисника чи представника особи відомостей, що становлять професійну таємницю, їх розголошенні, проведенні оглядів, розголошенні чи вилученні без згоди документів, пов'язаних з виконанням покладеного доручення.

Злочин вважається закінченим з моменту вчинення хоча б одного з діянь, що підпадають під ознаки його об'єктивної сторони» [10, с.540]. О.А. Чуваков, Д.І. Крупко переконані, що «згідно ст. 10 Закону України «Про адвокатуру» забороняється будь-яке втручання в адвокатську діяльність, вимагання від адвоката, його помічника, службових осіб і технічних працівників адвокатських об'єднань відомостей, що становлять адвокатську таємницю. По цим питанням вони не можуть бути допитані в якості свідків. Документи, зв'язані з виконанням адвокатом доручення, не підлягають догляду, розголошенню або вилученню без його згоди. Забороняється підслуховування телефонних розмов адвоката у зв'язку з оперативно-розшуковою діяльністю без санкції Генерального Прокурора України, його заступників, прокурора Автономної Республіки Крим, області, міст Києва і Севастополя.

Порушення професійної таємниці указаних осіб може виразитися в протиправному витребуванні інформації, яка стала відома цим особам у зв'язку з їх діяльністю.

Так, ст.9 Закону «Про адвокатуру» встановлює, що адвокат зобов'язаний зберігати адвокатську таємницю. Предметом адвокатської таємниці є питання, за якими громадяни і юридичні особи зверталися до адвоката, суть консультацій, порад, роз'яснень та інших відомостей, отримані адвокатом при виконанні своїх професійних обов'язків» [11, с.829-830]. В.І. Тютюгін дає роз'яснення, що «порушення встановлених законом гарантій діяльності та професійної таємниці (див. про ці гарантії статті 22 і 23 Закону України від 5 липня 2012 р.) захисника чи представника особи є вчинення будь-яких протиправних діянь, таких як прохання, вимога чи примушування надати відомості, що становлять адвокатську таємницю; незаконне прослуховування телефонних розмов; пору-

шення порядку призначення захисника або допуску представника до участі за справою; необґрунтована заборона використання науково-технічних засобів під час участі у провадженні; відмова в наданні доказів тощо» [12, с.910]. Автори «Науково-практичного коментаря до Кримінального кодексу України під ред. М.О. Потебенька, В.Г. Гончаренка» зазначають, що «для виконання ... обов'язків надаються права, передбачені Кримінально-процесуальним кодексом України. Якщо повноваження захисника виконує адвокат, він використовує також професійні права та гарантії адвокатської діяльності, встановлені Законом України «Про адвокатуру» і додатково забезпечені й конкретизовані Правилами адвокатської етики, схваленими Вищою кваліфікаційною комісією адвокатури при Кабінеті Міністрів України 1 жовтня 1999 р. Специфіка цілей і завдань адвокатури вимагає незалежності адвоката у виконанні своїх професійних прав і обов'язків, що передбачає його свободу від будь-якого зовнішнього впливу, тиску, втручання в діяльність.

У п.7 Указу Президента України «Про деякі заходи щодо підвищення рівня роботи адвокатури» зазначено, що зажадати від органів, які проводять попереднє слідство, суворого додержання ними законодавства про гарантії адвокатської діяльності, усунення порушень професійних прав адвокатів, втручання в їх діяльність.

Міжнародними документами про адвокатуру передбачені спеціальні гарантії діяльності адвокатів. Зокрема, ст.16 Основних положень про роль адвокатів, прийнятою VIII Конгресом ООН по запобіганню злочинам у 1990 р., встановлює обов'язок урядів забезпечувати адвокатам можливість здійснювати свої професійні обов'язки, усувати залякування, перешкоди, завдання турбот і недоречне втручання.

Рекомендації Комітету Міністрів ради Європи про свободу здійснення професійних адвокатських обов'язків, прийняті 25 жовтня 2000 р., наголошують на необхідності вжити заходів для забезпечення поваги до свободи здійснення професійних адвокатських обов'язків, її захисту і сприяння такій свободі, без будь-якої дискримінації і без неналежного втручання державних органів або приватних осіб, з особливим урахуванням відповідних положень Європейської конвенції з прав людини.

Закон України «Про адвокатуру» (ст. 10) встановив, що адвоката не можна притягнути до відповідальності або погрожувати їй застосуванням у зв'язку з наданням юридичної допомоги згідно з законом.

Нерідко є спроби з боку службових осіб різних рівнів, правоохоронних органів, а також злочинних угруповань контролювати діяльність захисника і представника, особливо коли в їх ролі виступає адвокат, вимагати розголошення адвокатської таємниці або відстоювання певної правової позиції. Останнім часом допускалися незаконне вилучення у адвокатів документів, що складають адвокатську таємницю, обшук приміщень адвокатських об'єднань, незаконне прослуховування розмов адвоката із клієнтом тощо. Практика Європейського Суду з прав людини свідчить про караність таких дій...

Порушення встановлених законом гарантій діяльності захисника і представника та професійної таємниці полягає у недотриманні посадовими та

іншими особами гарантій, спеціально передбачених законом для забезпечення належного виконання захисту і представництва..., наприклад, заборонено: допитувати як свідка адвоката його помічника, службових осіб і технічних працівників адвокатських об'єднань з питань, які становлять адвокатську таємницю; інших фахівців у галузі права тощо, що їм довірено або стало відомо при здійсненні професійної діяльності; представника потерпілого про обставини, що стали йому відомі при наданні юридичної допомоги (ст.69 КПК); вносити подання чи виносити окрему ухвалу суду щодо правової позиції адвоката у справі (ст.10 Закону «Про адвокатуру»). До таких дій слід віднести і несвоєчасне надання підозрюваному обвинуваченому, підсудному побачення з захисником, безпідставне обмеження захисника в часі, необхідному для ознайомлення з матеріалами кримінальної справи тощо» [13, с.816-819]. М.І. Мельник, М.І. Хавронюк під порушенням встановлених законом гарантій діяльності захисника чи представника особи розуміють «... будь-які протиправні дії, які зокрема: посягають на встановлений законом порядок запрошення або призначення захисника або допуску представника до участі у справі; пов'язані з безпідставним усуненням їх від участі у справі; позбавляють їх можливості відповідно до закону реалізувати свої повноваження у повному обсязі» [14, с.1143]. Натомість ці автори стверджують, що порушення професійної таємниці при вчиненні цього злочину «...полягає, зокрема, у вчиненні дій, спрямованих на протиправне отримання даних, які стали йому відомі у зв'язку з виконанням його обов'язків. Так, за законом захисник не вправі розголошувати дані, які стали йому відомі у зв'язку з виконанням його обов'язків. Отже, домагання з боку інших осіб отримати дані слід розглядати, як діяння, спрямоване на порушення професійної таємниці захисника. Документи, пов'язані з виконанням захисником його обов'язків при участі у справі не підлягають огляду, розголошенню чи вилученню дізнавачем, слідчим, прокурором чи судом без його згоди. Порушення цих приписів закону також може бути розцінене як порушення професійної таємниці захисника» [14, с.1143].

Аналіз представлених точок зору стосовно зовнішньої сторони вчинення злочину у таких формах його прояву, як порушення встановлених законом гарантій діяльності захисника чи представника особи та їх професійної таємниці свідчить, що: 1) як правило, автори схильні, що в цьому випадку є одна форма прояву цього злочину [14, с.1142; 12, с.909; 8, с.76; 11, с.829]. Лише Є.В. Фесенко та Т.В. Варфоломеєва в цьому випадку виділяють дві форми прояву цього злочину: а) порушення встановлених законом гарантій діяльності захисника чи представника особи; б) порушення встановлених законом гарантій професійної таємниці захисника чи представника особи [16, с.412]; 2) жоден автор існуючих в юридичній літературі точок зору на означені в роботі ці форми прояву злочину, передбаченого ч.1 ст.397 КК України, не вказує, які саме порушення вчиняються шляхом дії, а які — бездіяльністю (за виключенням В.В. Сміха, який зазначає, що об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст.397 КК, характеризується лише дією, але не перераховує таких дій у цій формі) [8, с.76]; 3) В.В. Сміх, М.І. Мельник, М.І. Хавронюк та автори «Науково-практичного коментаря» запропонували визначення «порушення,

встановлених законом гарантій діяльності захисника чи представника особи та їх професійної таємниці [8, с.78; 13, с. 819]. Натомість О.А. Чуваков, Д.І. Крупко та відповідно група авторів: В.І. Тютюгін, В.І. Борисов, Ю.В. Гродецький, В.А. Козак, Р.С. Орловський, О.Е. Радутний, Є.В. Шевченко пропонують визначення адвокатської таємниці [11, с.830; 9, с.42]; 4) усі без виключення автори змішують, хочуть вони чи ні, приклади порушення гарантій діяльності захисника чи представника особи або їх професійної таємниці вчинені як шляхом дії, так і бездіяльності, а іноді і досліджувані ці форми прояву, які є предметом нашого дослідження.

З метою з'ясування зовнішньої сторони виокремлених нами двох форм, які нами досліджуються, у цій роботі потрібно з'ясувати терміни, які законодавцем виокремлюються в диспозиції ч.1 ст.397 КК України: «гарантії», «правові гарантії», «професійна таємниця», «гарантії адвокатської діяльності», «гарантії адвокатської професійної таємниці».

У довідкових джерелах термін «гарантія» тлумачаться таким чином: одні джерела термін «гарантія» пояснюють як «...Порука в чомусь, забезпечення чого-небудь... Умови, що забезпечують успіх чого-небудь... законодавчо закріплені засоби охорони прав...способи реалізації, а також засоби охорони правопорядку...» [17, с.222]; другі — термін «гарантія» тлумачать так: «Ручательство, порука в чем—н., обеспечение...» [18, с.104]; треті — термін «гарантія» пояснюють, що це: (франц. *garantie* — забезпечення, запорука)...як засіб забезпечення виконання...» [19, с.556].

Аналіз тлумачень терміну «гарантія» свідчить, що вона означає «порука в чомусь, забезпечення чого-небудь, як засіб забезпечення виконання».

Термін «гарантії правові» слід розуміти як: «встановлені законом засоби забезпечення використання, дотримання, виконання і застосування норм права...» [20, с.555].

Термін «професійна таємниця», означає «узагальнена назва відомостей (переважно з обмеженим доступом), якими володіє особа у зв'язку з виконанням нею профес. діяльності й розголошення яких заборонено. В Україні такими є відомості, що становлять адвокатську, банківську... таємниці...» [21, с.180].

Аналіз існуючих точок зору на другу і третю форму прояву злочину, передбаченого ч.1 ст.397 КК України, термінологія, яку використовує законодавець для їх описання свідчить, що для того, щоб зрозуміти які гарантії належать захиснику чи представнику особи, а також порушення встановлених законом гарантій адвокатської діяльності, то потрібно звернутися до ст.23 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» тому, що до видів адвокатської діяльності належить здійснення захисту та представництва. Так, ст.23 цього Закону передбачає, що: «1. Професійні права, честь і гідність адвоката гарантується та охороняється Конституцією України, цим Законом та іншими законами, зокрема: 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, що можуть проводитися з дозволу суду, здійснюються на підставі судового рішення, ухваленого за клопотанням Генерального прокурора України, 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 України, 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. Особливості проведення окремих слідчих дій та заходів забезпечення кримінального провадження стосовно адвоката визначаються частиною другою цієї статті.

2. У разі проведення обшуку чи огляду житла, іншого володіння адвоката, приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність, тимчасового доступу до речей і документів адвоката слідчий суддя, суд у своєму рішенні в обов'язковому порядку зазначає перелік речей, документів, що планується відшукати, виявити чи вилучити під час проведення слідчої дії чи застосування заходу забез-

печення кримінального провадження, а також враховує вимоги пунктів 2–4 частини першої цієї статті.

Під час проведення обшуку чи огляду житла, іншого володіння адвоката, приміщень, де він здійснює адвокатську діяльність, тимчасового доступу до речей і документів адвоката має бути присутній представник ради адвокатів регіону, крім випадків, передбачених абзацом четвертим цієї частини. Для забезпечення його участі службова особа, яка буде проводити відповідну слідчу дію чи застосовувати захід забезпечення кримінального провадження, завчасно повідомляє про це раду адвокатів регіону за місцем проведення такої процесуальної дії.

З метою забезпечення дотримання вимог цього Закону щодо адвокатської таємниці під час проведення зазначених процесуальних дій представнику ради адвокатів регіону надається право ставити запитання, подавати свої зауваження та заперечення щодо порядку проведення процесуальних дій, що зазначаються у протоколі.

Неявка представника ради адвокатів регіону за умови завчасного повідомлення ради адвокатів регіону не перешкоджає проведенню відповідної процесуальної дії.

3. 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» [22].

Виходячи із гарантій, передбачених ст.23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», де перераховані гарантії адвокатської діяльності, а також у тому випадку, коли діяльність захисника чи представника особи здійснюється адвокатом, то можна визначитися з порушенням встановлених законом гарантій захисника чи представника особи, зокрема вчинених шляхом дій: 1) надання переваг уповноваженою на те особою по відношенню адвоката (захисника чи представника особи) іншим учасникам провадження; 2) втручання у приватне спілкування адвоката (захисника) з клієнтом; 3) внесення подання слідчим, прокурором, а також винесення окремої ухвали (постанови) суду щодо правової позиції адвоката (захисника чи представника особи) щодо його правової позиції у справі; 4) втручання у правову позицію адвоката (захисника чи представника особи); 5) притягнення до кримінальної відповідальності адвоката (захисника чи представника особи), а також особу, стосовно якої припинено або зупинено право на заняття адвокатською діяльністю, або погроза застосування відповідальності, у зв'язку із здійсненням ним адвокатської діяльності згідно з законом; 6) притягнення до відповідальності адвоката (захисника чи представника особи) за 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; 7) безпідставне усунення адвоката (захисника чи представника особи) від участі у справі, позбавленні їх можливості відповідно до закону реалізувати

свої повноваження у повному обсязі; 9) безпідставна відмова в допуску до участі адвоката (захисника чи представника особи) до участі у провадженні тощо.

Порушення встановлених законом гарантій діяльності захисника чи представника особи, вчинених шляхом бездіяльності мають місце, зокрема: 1) не забезпечення адвокату, захиснику чи представнику можливості в наданні доказів та доведення їх переконливості; 2) незабезпечення права адвокату (захисникові) під час участі у кримінальному провадженні тощо.

Перераховувати весь перелік вчинення цього злочину у формі його прояву — порушення встановлених законом гарантій діяльності захисника чи представника особи немає сенсу. Основне розуміти, що дія — це активна поведінка людини, а бездіяльність — пасивна. Проте, такої характеристики недостатньо для їх розмежування. Ясно, що вона як активна поведінка завжди являє собою певний рух тіла, яким вважається навіть неістотний рух м'язів, міміка, жестикуляція і оскільки слова вимовляються через посередність певних рухів м'язів — це також рух тіла [23, с.67].

Разом з тим слід визнати, що будь-які тілорухи допустимо визнати пошуковою дією, а лише такі, що: по-перше, оскільки мова йде про ознаку об'єктивної сторони злочину, дія — тілорухи, які відбуваються в ситуації, коли особа має поводити себе пасивно; по-друге, оскільки мова йде про форму (вид) суспільно-небезпечної поведінки, дія — тіло рухи, які направлені на завдання відповідної шкоди [23, с.67].

Стосовно бездіяльності, то зрозуміло, що вона як пасивна вольова протиправна поведінка, являє собою насамперед відсутність тіло рухів, але бездіяльність це далеко не будь яка відсутність тіло рухів [23, с.69]. Цю позицію слід підтримати, виходячи з того, що: по-перше, оскільки мова йде про форму суспільно небезпечної поведінки, бездіяльність — це те, що проявляється в утриманні від необхідних для недопущенні шкоди тіло рухів; по-друге, оскільки мова йде про ознаку об'єктивної сторони злочину, бездіяльність — відсутність тих тілорухів, які відбуваються в ситуації, коли особа повинна обов'язково вести себе активно (для іншого заборон не встановлено) [23, с.69].

На підставі викладених вище теоретичних положень, понятійного апарату та законодавчого підґрунтя можна запропонувати визначення порушення встановлених законом гарантій діяльності захисника чи представника особи — це вчинення будь-яких протиправних дій або бездіяльності посадовими та іншими особами, які полягають у недотриманні гарантій, спеціально передбачених чинним законодавством, що є запорукою, надійною для забезпечення належного захисту чи представництва.

Стосовно третьої форми прояву цього злочину — порушення встановлених захисником гарантій професійної таємниці захисника чи представника особи, то слід зазначити, що така форма прояву цього злочину може також вчинятися як активними, так і пасивними діями.

Визначення порушення встановлених законом гарантій професійної таємниці захисника чи представника особи пропонують М.І. Мельник та М.І. Хавронюк, а саме, що вона полягає, зокрема у вчиненні дій, спрямованих

на протиправне отримання даних, які стали відомі захиснику у зв'язку з виконанням ним своїх обов'язків чи примушування його до розголошення таких даних [14, с.1143]. Проте з метою більш поглибленого розуміння поняття «професійна таємниця» звернемося до «Юридичної енциклопедії», яка дає трактування цього поняття — це «...узагальнена назва відомостей (переважно з обмеженим доступом), яким володіє особа у зв'язку з виконанням нею професійної діяльності й розголошення яких заборонено. В Україні такими є відомості, що становлять адвокатську, банківську, лікарську, комерційну, нотаріальну, службову таємницю, таємницю листування, телеф. розмов, пошт. відправлень та ін. повідомлень, таємницю усиновлення (удочеріння) тощо...» [21, с.180].

Враховуючи те, що у відповідності зі ст.21 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокат має право виконувати професійні обов'язки, а також, що згідно ст. 19 цього ж Закону видом адвокатської діяльності є захист прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого тощо і те, що у відповідності зі ст.1 цього ж Закону адвокатська діяльність - незалежна професійна діяльність адвоката щодо здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту, то нам ще потрібно звернутися до чинного законодавства, яке передбачає адвокатську таємницю [22].

Так, ст.22 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» формулює таким чином адвокатську таємницю: «1. Адвокатською таємницею є будь-яка інформація, що стала відома адвокату, помічнику адвоката, стажисту адвоката, особі, яка перебуває у трудових відносинах з адвокатом, про клієнта, а також питання, з яких клієнт (особа, якій відмовлено в укладенні договору про надання правової допомоги з передбачених цим Законом підстав) звертався до адвоката, адвокатського бюро, адвокатського об'єднання, зміст порад, консультацій, роз'яснень адвоката, складені ним документи, інформація, що зберігається на електронних носіях, та інші документи і відомості, одержані адвокатом під час здійснення адвокатської діяльності.

2. Інформація або документи можуть втратити статус адвокатської таємниці за письмовою заявою клієнта (особи, якій відмовлено в укладенні договору про надання правової допомоги з передбачених цим Законом підстав). При цьому інформація або документи, що отримані від третіх осіб і містять відомості про них, можуть поширюватися з урахуванням вимог законодавства з питань захисту персональних даних.

3. Обов'язок зберігати адвокатську таємницю поширюється на адвоката, його помічника, стажиста та осіб, які перебувають у трудових відносинах з адвокатом, адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням, а також на особу, стосовно якої припинено або зупинено право на заняття адвокатською діяльністю. Адвокат, адвокатське бюро, адвокатське об'єднання зобов'язані забезпечити умови, що унеможливають доступ сторонніх осіб до адвокатської таємниці або її розголошення.

4. У разі пред'явлення клієнтом вимог до адвоката у зв'язку з адвокатською діяльністю адвокат звільняється від обов'язку збереження адвокатської таємниці в межах, необхідних для захисту його прав та інтересів. У такому

випадку суд, орган, що здійснює дисциплінарне провадження стосовно адвоката, інші органи чи посадові особи, які розглядають вимоги клієнта до адвоката або яким стало відомо про пред'явлення таких вимог, зобов'язані вжити заходів для унеможливлення доступу сторонніх осіб до адвокатської таємниці та її розголошення.

5. Особи, винні в доступі сторонніх осіб до адвокатської таємниці або її розголошенні, несуть відповідальність згідно із законом» [22].

Маючи таке теоретичне та законодавче підґрунтя, можна навести приклади порушення встановлених законом гарантій професійної таємниці адвоката (захисника чи представника особи), вчинені шляхом дії, зокрема: 1) домагання з боку інших осіб отримати дані, які адвокату (захиснику чи представнику особи) стали відомі у зв'язку з діяльністю з надання правової допомоги; 2) допити адвоката (захисника чи представника особи) як свідка з питань, що становлять адвокатську (професійну) таємницю; 3) вилучення чи розголошення будь-якою особою документів, пов'язаних з виконанням адвокатом доручення, без згоди останнього; 4) допит помічника адвоката, службових осіб і технічних працівників адвокатського бюро, технічних працівників адвокатського об'єднання з питань, які становлять адвокатську таємницю тощо.

Прикладом порушення встановлених законом гарантій професійної таємниці захисника чи представника особи, вчинені шляхом бездіяльності, можуть бути: невжиття судом, органом, що здійснює дисциплінарне провадження стосовно адвоката іншими органами чи посадовими особами, які розглядають вимоги клієнта до адвоката або яким стало відомо про пред'явлення таких вимог, заходів для унеможливлення доступу сторонніх осіб до адвокатської таємниці та її розголошення тощо.

На підставі викладеного, під порушенням встановлених законом гарантій професійної таємниці захисника чи представника особи слід розуміти вчинення будь-якими особами протиправних дій або бездіяльності, спрямованих на отримання або поширення будь-якої інформації, що стала відома адвокату (захиснику чи представнику особи), помічнику адвоката, стажисту адвоката, особі, яка перебуває у трудових відносинах з адвокатом, про клієнта, а також питання, з яких клієнт (особа, якій відмовлено в укладенні договору про надання правової допомоги з передбачених цим Законом підстав) звертався до адвоката, адвокатського бюро, адвокатського об'єднання, зміст порад, консультацій, роз'яснень адвоката (захисника чи представника особи), складені ним документи, інформація, що зберігається на електронних носіях, та інші документи і відомості, одержані адвокатом під час здійснення адвокатської діяльності (захисту чи представництва).

**Висновки.** На підставі викладеного можна дійти до наступного, що:

1) порушення встановлених законом гарантій діяльності захисника чи представника особи — це вчинення будь-яких протиправних дій або бездіяльності посадовими та іншими особами, які полягають у недотриманні гарантій, спеціально передбачених чинним законодавством, що є запорукою, надійною для забезпечення належного захисту чи представництва;

2) порушення встановлених законом гарантій професійної таємниці захисника чи представника особи — це вчинення будь-якими особами протиправних дій або бездіяльності, спрямованих на отримання або поширення будь-якої інформації, що стала відома адвокату (захиснику чи представнику особи), помічнику адвоката, стажисту адвоката, особі, яка перебуває у трудових відносинах з адвокатом, про клієнта, а також питання, з яких клієнт (особа, якій відмовлено в укладенні договору про надання правової допомоги з передбачених цим Законом підстав) звертався до адвоката, адвокатського бюро, адвокатського об'єднання, зміст порад, консультацій, роз'яснень адвоката (захисника чи представника особи), складені ним документи, інформація, що зберігається на електронних носіях, та інші документи і відомості, одержані адвокатом під час здійснення адвокатської діяльності (захисту чи представництва). Крім того, необхідно зазначити, що певною мірою дана проблема вирішена на законодавчому рівні в КК деяких зарубіжних держав [24, с.1-226; 25, с.1-366; 26, с.1-375; 27, с.1-313; 28, с.1-298].

### СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. // Відомості Верховної ради України. — 2001. — №25–26. — Ст. 131.

2. Конституція України 1966 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1966. — №30. — Ст.141.

3. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4657-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2013. — №9-10. — №11-12, №13. — Ст.88.

4. Європейська Конвенція по захисту прав людини і основних свобод: Прийнята Радою Європи 4 листопада 1950 р./ Права людини: зб.док./ Укл. В.С. Семенов, О.Н. Ярмши та ін. — Х. : Ун-т внутр. справ, 1977. — С. 58–76.

5. Загальний кодекс правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства, прийнятий делегацією дванадцяти країн-учасниць на пленарному засіданні у Страсбурзі в жовтні 1988 року / Т.Г. Захарченко, А.О. Поляченко, О.Д. Святоцький, С.Ф. Сафулька // Адвокатура України: правове регулювання і судова практика: [практ. посібник для адвоката]; за ред. С.Ф. Сафулька, О.Д. Святоцького. — К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. С. 615-629.

6. Основні положення про роль адвокатів, прийняті VIII Конгресом ООН по запобіганню злочинам у серпні 1990 р. // Адвокатура України: правове регулювання і судова практика: [практ. посібник для адвоката]; за ред. С.Ф. Сафулька, О.Д. Святоцького / Упоряд. Т.Г. Захарченко та ін. — К.: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. С. 624–627.

7. Конвенція про захист прав і основних свобод людини (Рим, 4 листопада 1950) // Адвокатура України: правове регулювання і судова практика: [практ. посібник для адвоката]; за ред. С.Ф. Сафулька, О.Д. Святоцького / Упоряд. Т.Г. Захарченко та ін. — К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. С. 653-654.

8. *Сміх В.В.* Кримінальна відповідальність за порушення права особи на правову допомогу: [монографія]; за заг. ред. М.І. Мельника, В.В. Сміх. — К. : Атіка — Н, 2012. — 200 с.

9. Злочини проти правосуддя: [навч. посібник] / В.І. Тютюгін, В.І. Борисов, Ю.В. Гродецький, В.А. Козак, Р.С. Орловський, О.Є. Радутний, Є.В. Шевченко; за

заг. ред. проф. В.І. Борисова, проф. В.І. Тютюгіна. — Х. : Нац. ун-т «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», 2011. — 160 с.

10. *Александров Ю.В.* Злочини проти правосуддя / Ю.В. Александров // Кримінальне право України. Особлива частина: [підручник] (Ю.В. Александров, О.О. Дудоров, В.А. Клименко та ін.) / За ред. М.І. Мельника, В.А. Клименка. — К. : Юридична думка, 2004. — С.514—541.

11. *Чуваков О.А., Крупко Д.И.* Преступление против правосудия / О.А. Чуваков, Д.И. Крупко // Уголовный кодекс Украины. Комментарий: Под ред. Ю.А. Кармазина и Е.Л. Стрельцова. — Харьков, ООО «Одиссей», 2001. — С.774—836.

12. *Тютюгін В.І.* Коментар до ст. 397 КК України / В.І. Тютюгін // Кримінальний кодекс України. Науково-практичний: у 2 т.: Т.2. Особлива частина / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін.; за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна та ін. — 5-те вид. допов. — Х. : Право, 2013. — С. 908—911.

13. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / Під заг. ред. Потебенька М.О., Гончаренка В.Г. — К. : Форум, 2001, у 2-х ч. — Ч.2. — 944 с.

14. *Мельник М.І., Хавронюк М.І.* Коментар до ст. 397 КК / М.І. Мельник, М.І. Хавронюк // Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України: за ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка. — 9-те вид. переробл. та допов. — К. : Юридична думка, 2012. — С.1142—1144.

15. *Александров Ю.В.* Злочини проти правосуддя / Ю.В. Александров // Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України. — 4-те вид. переробл. та доповн.; відп. ред. С.С. Яценко. — К. : А.С.К., 2006. — С.734—768.

16. *Фесенко Є.В., Варфоломеева Т.В.* Коментар до ст. 397 КК України / Є.В. Фесенко, Т.В. Варфоломеева // Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: у 2 т. — Т.2: За заг. ред. П.П. Андрушка, В.Г. Гончаренка, Є.В. Фесенка. — 3-те вид. перероб. та допов. — К. : Алерта; КНТ, Центр учбової літератури, 2009. — С. 491—492.

17. Великий тлумачний словник сучасної української мови; [з дод. і доп.] // Уклад. голов. ред. В.Т. Бусел. — К. : Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. — 172 с.

18. *Ожегов С.И.* Словарь русского языка: Ок. 57000 слов / Под ред. чл.-корр. АН СССР Н.Ю. Шведовой. — 19 изд. испр. — М. : Рус. яз., 1987. — 750 с.

19. *Кучеренко І.М.* Гарантія / І.М. Кучеренко // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відпов. ред.) та ін. — К. : «Укр. енциклопедія», 1988. — Т.1: А-С. — С. 556 (672 с.).

20. *Погорілко В.Ф.* Гарантії правові / В.Ф. Погорілко // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відпов. ред.) та ін. — К. : «Укр. енцикл.», 1988. — Т.1: А-С. — С. 555 (672 с.).

21. *Костецька Т.А.* Професійна таємниця / Т.А. Костецька // Юридична енциклопедія: В 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відпов. ред.) та ін. — К. : «Укр. енциклопедія», 1988. — Т.1: А-С. — С. 180 (672 с.).

22. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI // Відомості Верховної Ради України — 2013. — №27. — Ст. 282.

23. *Благов Е.В.* Общая часть уголовного права в 20 лекциях: [курс лекций] / Е.В. Благов. — М. : Юрлитинформ, 2012. — 344 с.

24. THE JAPANESE PENAL CODE / Edited and introduction by Doctor of Law, prof. A.I. Korobeev. — St Petersburg: «Yuridichesky Center – Press», 2002. — 226p.

25. The Swiss Penal Code / Preface by a member of the Council of Federation the Federal Assembly of the RF. N. Volkov; edited, translated from German, and introduction

by Candidate of Law A.V. Serebrennikova; – St Petersburg: «Yuridichesky Center – Press», 2002. – 366p.

26. Criminal Legislation of Norway / Edited and introductory article by Doctor of Law, professor Yn. V. Golik; translated from Norwegian A.V. Zhmenya. – St. Petersburg: «Yuridichesky Center – Press», 2002. – 366p.

27. The Latvian Penal / edited and introduction by candidate of law A. I. Lukashov and candidate of law E.A. Sarkisova, translated from Latvian by candidate of Law A.I. Lukashov. – St. Petersburg: «Yuridichesky Center – Press», 2001. – 313p.

28. The Bulgarian Penal Code / edited by candidate of Law, assistant professor A.I. Lukashov; introduction by Y.I. Aidarov. – St. Petersburg: «Yuridichesky Center – Press», 2001. – 298p.

**Мороз А.О. Порухення встановлених законом гарантій діяльності захисника чи представника особи та їх професійної таємниці**

*У статті розкриваються питання, що стосуються з'ясування другої та третьої форми прояву злочину, передбаченого ст. 397 КК України. Вони мають важливе значення у дослідженні об'єктивної сторони злочину, що розглядається у статті, а також займає значну нішу в боротьбі з втручанням та створенням перешкод у діяльності захисника чи представника особи.*

**Ключові слова:** гарантії, правові гарантії, професійна таємниця, гарантії адвокатської діяльності, гарантії адвокатської професійної таємниці.

**Moroz A.A. Нарушение установленных законом гарантий деятельности защитника или представителя лица и их профессиональной тайны**

*В статье раскрываются вопросы, касающиеся выяснения второй и третьей формы проявления преступления, предусмотренного ст. 397 УК Украины. Они имеют важное значение в исследовании объективной стороны преступления, которая рассматривается в статье, а также занимает значительную нишу в борьбе с вмешательством и созданием препятствий в деятельности защитника или представителя лица.*

**Ключевые слова:** гарантии, правовые гарантии, профессиональная тайна, гарантии адвокатской деятельности, гарантии адвокатской профессиональной тайны.

**Moroz A. Violation of statutory guarantees of a defense attorney or a person and their professional secrecy**

*The article deals with issues relating to ascertain the second and third forms of crime under Art. 397 of the Criminal Code of Ukraine. They are important in the study of the objective of the crime at issue in the article, and also have the advantage in combat interference and obstacles to the creation of a defense attorney or person.*

**Keywords:** guarantees legal guarantees of professional secrecy guarantees advocacy, advocacy guarantees of professional secrecy.

Стаття надійшла до редакції 10.09.2015.