ПРОБЛЕМИ ВІДМЕЖУВАННЯ ЗЛОЧИНІВ, ЩО ПОСЯГАЮТЬ НА ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ОХОРОНИ ДІЯЛЬНОСТІ ЗАХИСНИКА ЧИ ПРЕДСТАВНИКА ОСОБИ ПО НАДАННЮ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ, ВІД ІНШИХ ЗЛОЧИНІВ

ВЛАСЮК Владислав Вікторович - здобувач Національної академії прокуратури України, Генеральний директор Директорату з прав людини, доступу до правосуддя та правової обізнаності Міністерства юстиції України

УДК 343.4

В статье рассматриваются основные проблемы отграничения преступлений, посягающих на деятельность защитника и представителя лица, связанную с предоставлением правовой помощи. Автор анализирует содержание соответствующих признаков составов таких преступлений и выясняет их значение для правильной уголовно-правовой оценки содеянного и разграничения. Автором предложен собственный алгоритм отграничения указанных преступлений от других преступлений, связанных с определенным воздействием на деятельность защитника и представителя лица. Формулируются выводы, важные для правильного применения положений ст.ст. 397-400 УК Украины.

Ключевые слова: отграничение преступлений, преступления, состав преступления, защитник, представитель, уголовная ответственность, предоставление правовой помощи.

Процес відмежування злочинів нерозривно пов'язаний з співвідношенням їх складів на підставі виділення відмінних та спільних ознак, що підлягають такому співвідношенню. Загальновизнаним є те, що відмінні ознаки складів злочинів (для їх позначення наводиться формула: а ≠ б) вважаються очевидними (приміром, умисел та необережність) та латентними (або прихованими). "Спільні" ознаки (вони відображаються у формулі: а = б) також можуть бути очевидними (приміром, суспільно небезпечний наслідок у вигляді матеріальної шкоди) і латентними [1, с. 51] (прикладом латентних є окремі "елементи" дезорганізації діяльності захисника чи представника особи по наданню правової допомоги, що текстуально не відтворені у тексті статті Кримінального кодексу України (далі – КК), але все одне "утворюються" внаслідок вчиненого посягання). Схожими ознаками визнаються ті чи інші загальні та латентні відмінні ознаки, у зв'язку з чим суміжними є склади злочинів, які мають схожі ознаки у різних комбінаціях. Критеріями розмежування таких суміжних складів виступають саме відмінні ознаки [1, с. 151]. Відмінні ознаки, залежно від функції, яку вони виконують, називаються "розмежувальними", а їх зміст позначається поняттями, частина яких здатна для порівняння, а інші, навпаки, несумісні за змістом [2, с. 358].

З урахуванням зазначеного пропонуються наступні напрями розв'язання проблем кваліфікації злочинів, передбачених ст.ст. 397-400 КК, та їх відмежування від інших злочинів, що становить основну мету даної статті.

1. КК містить низку складів злочинів, які за *предметом злочину* є суміжними зі складами злочинів, передбачених ст.ст. 397-399 КК, та/або його складові "елементи". Зокрема, предметом передбаченого ч. 1 ст. 398 КК умисного знищення або пошкодження майна захисника чи представника особи, є "*майно*, що належить захиснику чи представнику особи або їх близьким родичам". Відсутня конкретизація

ознак майна, стосовно якого вчиняється знищення чи пошкодження, у ч. 1 ст. 398 КК, у зв'язку з чим незрозуміло, належить таке майно захиснику, представнику особи або їх близьким родичам, чи ні. У ч. 1 ст. 398 та ч. 1 ст. 399 КК вказується також на мотив вчинення посягання: "у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги". Отже, залежно від належності майна, стосовно якого вчиняється погроза знищенням чи пошкодженням (ч. 1 ст. 398 КК) або безпосередньо знищення чи пошкодження (ч. 1 ст. 399 КК), виникають різні варіанти їх співвідношення із іншими злочинами.

Спочатку розберемо особливості співвідношення ст. 398 КК зі ст. 195 КК, а також ст. 399 КК зі ст. 194 КК. Чуже майно є предметом злочинів, передбачених ст.ст. 194, 195 КК, тому за своїм обсягом у цих статтях КК ознаки предмета злочину є більшими, ніж ознаки предмета злочинів, передбачених у ст.ст. 398, 399 КК. У ст.ст. 194, 195 КК вказується на будь-яке чуже майно, щодо якого вчиняються відповідні дії, у той час як у ст.ст. 399 КК – з урахуванням належності майна "захиснику чи представнику особи або їх близьким родичам". Менш детальна конкретизація предмета злочину передбачена у ч. 1 ст. 398 КК та пов'язується з "майном щодо захисника чи представника особи, а також щодо їх близьких родичів". Відтак, незрозуміло, належить передбачене ч. 1 ст. 398 КК майно захиснику чи представнику особи або їх близьким родичам, чи ні. Законодавець вимагає при кваліфікації встановити лише те, що при вчиненні передбаченого ч. 1 ст. 398 КК злочину наявним є майно, яке стосується захисника чи представника особи або їх близьких родичів, без врахування існуючих правових підстав фактичних та/або юридичних правомочностей щодо цього майна. Водночас, у ч. 1 ст. 399 КК такі правомочності мають враховуватись у змісті формулювання "... що належить захиснику чи представнику особи або їх близьким родичам". Тому порівняння змісту диспозицій зазначених вище статей КК дає підстави вказати на відсутність у ч. 1 ст. 398 КК таких ознак предмета злочину, що визначають належність майна "захиснику чи представнику особи або їх близьким родичам". Крім цього, у ч. 1 ст. 398 та ч. 1 ст. 399 КК закріплені більш конкретні ознаки майна, що конкретизують певний його зв'язок із захисником чи представником особи або їх близькими родичами. Проте визначається такий зв'язок у ч. 1 ст. 398 та ч. 1 ст. 399 КК по-різному. У ч. 1 ст. 399 КК законодавець при побудові складу злочину прямо (текстуально) закріпив наявність правових підстав для фактичних та/або юридичних правомочностей щоо майна, а у ч. 1 ст. 398 КК таке закріплення правових підстав прямо (текстуально) не вбачається. Тому фактично, вжиті у ч. 1 ст. 198 КК слова "майна щодо ..." можуть позначати будь-яке майно, що має відношення до діяльності захисника чи представника особи, у тому числі таке майно, щодо якого наявні правові підстави для фактичних та/або юридичних правомочностей (як це має місце при конкретизації ознак предмета злочину, передбаченого ч. 1 ст. 399 КК).

Таким чином, співвідношення ознак предметів зазначених злочинів дозволяє сформулювати наступний висновок. Ознаки предмета злочинів, передбачених ст. 194, 195 КК, є найбільш широкими за своїм обсягом із ознак предметів злочинів, що названі вище. Порівняно із ознаками предметів злочинів, передбачених ст.ст. 194, 195 КК, ознаки предмета злочину, закріпленого у ч. 1 ст. 398 КК, є меншими за обсягом, оскільки потребують встановлення особи захисника чи представника, який має відношення (причетний) до майна завдяки існуючим в нього правомочностям або, навпаки, завдяки їх відсутності. Чіткої наявності таких правомочностей ч. 1 ст. 398 КК не передбачає. Тому ще меншими за своїм обсягом є ознаки предмета злочину, передбаченого ч. 1 ст. 399 КК, які потребують встановлення названих вище правових підстав фактичних та/або юридичних правомочностей щодо майна. У зв'язку з цим доцільно нагадати, що в судовій практиці ще трапляються випадки, коли умисне знищення майна, що належить захиснику особи, у зв'язку з діяльністю, пов'язаною з наданням правової допомоги, помилково

кваліфікуються за ч. 1 ст. 194 КК, а не за ч. 1 ст. 399 КК [3].

Зазначене вище співвідношення має безпосереднє значення для вирішення проблем кваліфікації злочинів різних видів залежно від механізму їх вчинення. Так, у разі, якщо при вчиненні злочину, передбаченого ст. 399 КК, разом із майном, яке належить захиснику чи представнику особи або їх близьким родичам, знищується або пошкоджується також інше майно, щодо якого у потерпілого відсутні правові підстави фактичних та/або юридичних правомочностей, то вчинене потребує додаткової кваліфікації за відповідною частиною ст. 194 КК. Якщо руйнуються чи пошкоджуються об'єкти електроенергетики, то за інших необхідних умов кваліфікація здійснюється додатково за відповідною частиною ст. 194[1] КК. В іншому випадку при вчиненні злочину, передбаченого ст. 398 КК, може порушуватись майно, яке не має жодного відношення до діяльності захисника чи представника особи, що також потребує додаткової кваліфікації за ст. 195 КК. Таким чином, у наведених вище випадках ознаки предмета злочину дають змогу визначити їх зміст, який необхідний для розмежування названих складів злочинів.

2. Відмежування злочинів, передбачених ст.ст. 397-400 КК, від суміжних злочинів слід здійснювати також з урахуванням ознак *потерпілого,* які закріплюються у названих статтях КК, та мають значення критеріїв відмежування.

Ознаки захисника та представника особи мають значення при відмежуванні посягання на їх життя (ст. 400 КК) від злочину, передбаченого п. 8 ч. 2 ст. 115 КК. Співвідношення цих злочинів свого часу визначив Пленум Верховного Суду України (далі – ПВСУ) в постанові № 2 від 7 лютого 2003 року "Про судову практику в справах про злочини проти життя та здоров'я особи" (абз. 5 п. 12): "Умисне вбивство або замах на вбивство державного чи громадського діяча, працівника правоохоронного органу чи його близьких родичів, члена громадського формування з охорони громадського порядку і державного кордону або військовослужбовця, судді, народного засідателя чи присяжного або їх близьких родичів, захисника чи представника особи або їх близьких родичів, начальника військової служби чи іншої особи, яка виконує обов'язки з військової служби, представника іноземної держави або іншої особи, яка має міжнародний захист, за наявності відповідних підстав належить кваліфікувати тільки за статтями 112, 348, 379, 400, ч. 4 ст. 404, ст. 443 КК. Разом з тим, коли умисне вбивство зазначених осіб чи замах на нього вчинені за інших обтяжуючих обставин, передбачених ч. 2 ст. 115 КК, дії винної особи додатково кваліфікуються і за відповідними пунктами цієї статті". Іншими словами, в цьому правозастосовчому орієнтирі ПВСУ визначив, що в ст. 400 КК передбачена спеціальна норма відносно п. 8 ч. 2 ст. 115 КК, оскільки діяльність захисника, пов'язана з наданням правової допомоги, є окремим (спеціальним) різновидом виконуваного особою службового або громадського обов'язку. Тому за необхідних умов застосуванню підлягає саме ст. 400 КК.

Отже, виконувана захисником та представником особи діяльність, пов'язана з наданням правової допомоги, має визнаватись спеціальним різновидом виконуваних службових або громадських обов'язків. Правозастосовчими орієнтирами цього є положення абз. 2 п. 12 названої постанови ПВСУ: "Виконання службового обов'язку – це діяльність особи, яка входить до кола її повноважень, а громадського обов'язку – інших дій в інтересах суспільства або окремих громадян". Щоб визнати діяльність захисника, пов'язану з наданням правової допомоги, спеціальним різновидом виконуваного особою службового або громадського обов'язку, потрібно, щоб названа діяльність відповідала наступним *загальним* вимогам:

1) визнаватись діяльністю, що включається у повноваження захисника та представника особи (для службового обов'язку). Такі повноваження пов'язані з визнанням захисника та представника особи учасником провадження (див., наприклад, п. 25 ч. 1 ст. 3 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) та зумовле-

ні наданням певному (іншому) учаснику провадження правової допомоги, а також існуючими гарантіями діяльності захисника і представника. Повноваження надавати правову допомогу та гарантії діяльності захисника та представника особи прямо пов'язані із "здійсненням захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту" (п. 2 ч. 1 ст. 1 Закону "Про адвокатуру та адвокатську діяльність" від 5 липня 2012 року), у зв'язку з чим захист і представництво прав, свобод та інтересів особи визнаються видами правової допомоги клієнту. Визначене у п. 9 ч. 1 ст. 1 названого Закону поняття представництва включає такі "компоненти", як "забезпечення реалізації прав і обов'язків клієнта в цивільному, господарському, адміністративному та конституційному судочинстві, в інших державних органах, перед фізичними та юридичними особами", "забезпечення прав і обов'язків потерпілого під час розгляду справ про адміністративні правопорушення", "забезпечення прав і обов'язків потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача у кримінальному провадженні";

2) здійснюватись в інтересах суспільства або окремих громадян (для громадського обов'язку), що також пов'язується з існуючими у захисника та представника особи повноваженнями надавати правову допомогу та гарантіями їх діяльності. У п. 6 ч. 1 ст. 1 Закону "Про адвокатуру та адвокатську діяльність" вказується, що окремі види такої правової допомоги захисника і представника (зокрема, надання правової інформації, консультацій і роз'яснень з правових питань, правового супроводу діяльності клієнта, складення заяв, скарг, процесуальних та інших документів правового характеру) прямо спрямовані "на забезпечення реалізації прав, свобод і законних інтересів клієнта, недопущення їх порушень, а також на сприяння їх відновленню в разі порушення".

Таким чином, у зміст правової допомоги, що надається захисниками і представниками, вже на законодавчому рівні включається забезпечення реалізації прав, свобод та інтересів громадян, що дозволяє визнавати діяльність захисників та представників по наданню правової допомоги різновидом виконання службових та громадських обов'язків [4, с. 134-142].

За ознаками предмета злочину та ознаками об'єктивної сторони необхдно розмежовувати склади злочинів, передбачених ст. 397 КК та ст.ст. 163, 232, 328, 329 КК. Підставою для цього слід визнати наявність у ч. 1 ст. 397 КК обов'язкової ознаки "порушення встановлених законом гарантій ... професійної таємниці".

Професійна діяльність захисника чи представника особи може пов'язуватись не лише з їх професійною таємницею, що передбачена у ч. 1 ст. 397 КК, але й з такими видами таємниць, що передбачені у ст.ст. 163, 232, 328, 329 КК. За певних умов такі види таємниць можуть стати відомими особам, що втручаються у діяльність захисника чи представника особи у зв'язку з виконуваними ними обов'язками. Тому ознаки названих видів таємниць, що передбачені у ст.ст. 163, 232, 328, 329 КК, можуть повєязуватись із спеціальними властивостями передбаченої у ч. 1 ст. 397 КК "професійної таємниці". За таких умов втручання в діяльність захисника чи представника особи, що пов'язується з порушенням ним їх професійної таємниці, слід визнавати загальним (загальною ознакою) по відношенню до спеціальних (окремих) видів таємниць, що закріплені у ст.ст. 163, 232, 328, 329 КК. Співвідношення зазначених ознак є першочерговою умовою правильного розмежування названих вище злочинів. Так, у разі, коли вчиняється вплив на діяльність захисника чи представника особи, що пов'язується з розголошенням комерційної чи банківської таємниці та заподіює певну шкоду, то з'ясуванню підлягає ознака істотної шкоди (ст. 232 КК). При цьому у ст. 232 КК поняття істотної шкоди є оціночним. Результат передбаченого у ч. 1 ст. 397 КК втручання зумовлюється іншими видами потерпілих осіб, ніж ті, що названі у ст. 232 КК та визначені як "суб'єкти господарської діяльності". У зв'язку з цим потрібно наголосити, що використане у ст. 232 КК поняття істотної шкоди передбачає заподіяння суб'єкту господарської діяльності: 1)

різних видів збитків у разі порушення його прав на комерційну таємницю: а) втрат, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (реальні збитки) та б) доходів, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (упущена вигода); 2) моральної шкоди. За таких обставин шкода може складатись з: 1) сум будь-яких коштів, які суб'єкт господарської діяльності витратив як компенсацію щодо вжиття заходів, спрямованих на збереження секретності комерційної таємниці (реальні збитки) та/або сум коштів, які даний суб'єкт міг би реально одержати, якби таке право не було порушене (упущена вигода); 2) моральної шкоди, якої фізична особа – суб'єкт господарської діяльності – зазнала у зв'язку з протиправною поведінкою щодо неї самої, приниженням честі, гідності, ділової репутації фізичної чи юридичної особи; 3) шкоди організаційного характеру, якої зазнала юридична особа – суб'єкт господарської діяльності – в результаті розголошення комерційної таємниці; 4) інших проявів нематеріальної шкоди; 5) шкоди комплексного характеру, що включає матеріальну та нематеріальну шкоду [6, с. 325-326, 329-330].

Зміст передбаченої ч. 1 ст. 397 КК порушеної професійної таємниці може пов'язуватись з порушенням охоронюваних законом прав, свобод та інтересів не лише захисників чи представників особи, але й суб'єктів господарської діяльності, а також окремих громадян, державних чи громадських інтересів, інтересів юридичних осіб, що мають відношення до діяльності захисників чи представників особи. Тому в разі заподіяння утвореної таким порушенням шкоди, вчинене за інших необхідних умов має додатково кваліфікуватись за ст. 232 КК.

Оціночними є й закріплені у частинах других ст.ст. 328, 329 КК поняття "тяжкі наслідки", які охоплюють випадки, коли відомості, наприклад, стали відомі іноземній розвідці чи її представникам або коли розголошені відомості за своїм змістом є особливо важливими [5, с. 434]. Тому за інших необхідних обставин порушення професійної таємниці захисника чи представника особи, що пов'язується з розголошенням державної таємниці та/або з втратою документів, що містять таку таємницю та заподіянням тяжких наслідків, слід кваліфікувати за сукупністю злочинів, передбачених відповідною частиною ст. 397 КК та ч. 2 ст. 328 КК та/або ч. 2 ст. 329 КК.

3. При відмежуванні злочинів, передбачених ст.ст. 397-400 КК, від суміжних злочинів слід також враховувати ознаки *об'єктивної сторони* їх складів. Із співвідношенням змісту таких ознак об'єктивної сторони складів злочинів, як спосіб вчинення злочину, пов'язується розмежування злочинів, передбачених ст. 397 та ст. 365 КК. При співвідношенні передбаченої ч. 2 ст. 397 КК ознаки "дії, вчинені службовою особою з використанням свого службового становища" з ознаками перевищення влади або службових повноважень працівником правоохоронного органу, закріпленого у ст. 365 КК, слід враховувати наступне.

По-перше, у ч. 2 ст. 397 КК передбачена така кваліфікуюча 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 ПВСУ "Про судову практику у справах про злочини проти власності" від 6 листопада 2009 року № 10). 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, 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).

По-друге, у ч. 1 ст. 365 КК передбачена відповидальність 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" 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.

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 унеможливлює застосування положень інших законодавчих актів, зокрема й Закону, для встановлення щодо спеціального суб'єкта злочину кваліфікуючої ознаки, передбаченої частиною третьою статті 364 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".

По-третє, втручання в діяльність захисника чи представника особи, вчинене працівником правоохоронного органу, має пов'язуватись з його (працівника) повноваженнями. Тобто втрутитись у діяльність захисника чи представника особи може не будь-який працівник правоохоронного органу, а лише той, що наділений відповідними повноваженнями. При цьому слід враховувати, що такі повноваження пов'язуються з участю працівника правоохоронного органу в кримінальному або іншому провадженні.

По-четверте, 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 ЦК 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 [4, с. 154-157].

У цьому зв'язку слід звернути увагу на те, що в результаті вчинення дій, передбачених ст.ст. 397, 365 КК можуть порушуватись права, свободи і законні інтереси фізичних та юридичних осіб, держави або територіальної громади. За певних умов такі "компоненти" порушеного об'єкта злочину можуть утворювати немайнову шкоду, про що відзначається в літературі [7, с. 76]. Відтак, зміст немайнової шкоди має враховуватись при розмежуванні складів названих злочинів. У цьому зв'язку окремі автори слушно наголошують, що на сьогодні немайнова шкода часто має умовний характер та в ряді випадків може одержати майновий еквівалент (вимір) або грошову оцінку (наприклад, шкода здоров'ю може обчислюватися грошима, потрібними для його відновлення). У примітках статей Особливої частини КК розміщується лише частина гіпотези або диспозиції тієї чи іншої кримінально-правової норми [7, с. 76].

На підставі наведеного слід сформулювати висновок: певні різновиди шкоди матеріального і немайнового характеру, що утворилась в результаті втручання службової особи з використанням її службового становища у правомірну діяльність захисника чи представника особи по наданню правової допомоги, виходять за межі ознак основного і кваліфікованого складів злочинів, передбачених ч. 1 і ч. 2 ст. 397 КК, та потребують додаткової кваліфікації за відповідною частиною ст. 365 КК (залежно від того, чи відповідають вони змісту істотної шкоди або тяжких наслідків, закріплених у ст. 365 КК).

По-четверте, 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 (зміс-

том) 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 правоохорнного 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 конкретизується 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 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. 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 [4, с. 157-159].

4. Функцію "розмежування" при співвідношенні злочинів, передбачених ст.ст. 397-400 КК, із суміжними злочинами виконують також деякі ознаки *суб'єктивної сторони* їх складів. Зокрема, при визначенні прямого умислу як ознаки складів названих злочинів, необхідно враховувати зміст "інтелектуальної складової". Тобто, як вже зазначалося, при кваліфікації потрібно враховувати усвідомлення винним змісту вчинюваного діяння, а також обов'язковості для нього дотримання гарантій правомірної діяльності захисника чи представника особи по наданню правової допомоги. Усвідомлення такого обовєязку має місце насамперед завдяки існуючим у винного так би мовити "процесуальним повноваженням", якими він наділений як службова особа. Тому відповідно втручання в діяльність названих осіб з боку винного є цілеспрямованою ді-

яльністю (її цілями є, як правило, створення в будь-якій формі перешкод для діяльності захисників чи представників особи), а відтак вчинюватись воно може виключно з прямим умислом. Якщо особи, яка здійснює таке втручання, не усвідомлює хоча б одну із названих ознак умислу, то вчинене не містить складу злочину, передбаченого ст. 397 КК. Крім цього, прямий умисел при вчиненні злочину, передбаченого ст. 397 КК, має конкретно-визначений характер, тобто винний має чітко розуміти: а) які саме вимоги висунуті для процесуального статусу захисника чи представника особи, який надає правову допомогу в кримінальному провадженні; б) зміст фактичних і юридичних (процесуальних) підстав такого захисту чи представництва.

Наведене вище має значення для розмежування злочинів, передбачених ст.ст. 397, 365 КК, оскільки при вчиненні останнього злочину цілеспрямованість умислу пов'язується із реалізацією винним влади або службових повноважень, якими він наділений як службова особа. Тобто втручання у діяльність захисника чи представника особи може здійснюватись за рахунок використання такої влади або службових повноважень, що містить ознаки передбаченого ст. 365 КК їх перевищення. Мета і мотив вчинення злочину є допоміжними критеріями відмежування злочинів, передбачених ст.ст. 398-400 КК, від суміжних злочинів, що передбачені у п. 8 ч. 2 ст. 115 та ст. 194 КК.

Формулюючи висновки наведеного вище, слід вказати на наступне.

По-перше, потрібно звернути увагу на: а) відмінність механізму посягання на злочинів, що посягають назабезпечення охорони діяльності захисника чи представника особи, що певним чином відображена у диспозиціях ст.ст. 397-400 КК при побудові складів злочинів конкретних видів, а також б) неоднозначність відображення такого механізму в конструкціях складів названих злочинів. Це зумовлює виникнення доволі складних і дискусійних проблем кваліфікації цих злочинів та їх розмежування із суміжними злочинами, а вирішення таких проблем потребує побудови своєрідного "алгоритму" кваліфікації цих злочинів та їх відмежування від суміжних. При побудові такого "алгоритму" доцільно виходити з наступного: а) суміжними вважаються злочини, склади яких мають схожі ознаки (загальні та латентні відмінні), а при їх співвідношенні "розмежувальну" функцію виконують саме відмінні ознаки складів суміжних злочинів; б) "алгоритм", про який йшлося вище, пов'язується із визначенням змісту та співставлення відмінних ознак складів суміжних злочинів; в) "розмежувальна" функція так би мовити "закладена" у змісті відмінних ознак складів суміжних злочинів, а саме: предмета злочину, потерпілого, суспільно небезпечного діяння, способу та обстановки вчинення діяння, суспільно небезпечних наслідків, мети та мотиву злочинів.

По-друге, виникнення проблем кваліфікації зазначених злочинів та їх відмежування від суміжних зумовлюється в переважній більшості складними випадками конкуренції відповідних кримінально-правових норм та потребує визначення ознак складів злочинів, що виконують "розмежувальну" функцію.

Література

1. Фесенко Є.В. Злочини проти здоров'я населення та системи заходів з його охорони. Монографія. – К.: Атіка, 2004. – 280 с.

2. Брич Л.П. Розмежування складів злочинів: монографія / Л.П. Брич. – Львів: Львівський державний університет внутрішніх справ, 2013. – 712 с.

3. Справа № 521/14745/14-к. Ухвала Малиновського районного суду м. Одеси // Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40373984

4. Берзін П.С. Проблеми визначення ознак складів втручання в діяльність захисника чи представника особи (ст. 397 Кримінального кодексу України) / П.С. Берзін, В.В. Власюк // [Електронний ресурс] // Recht der Osteuropäischen Staaten (ReOS). – 2017. – № 4 [Ausgabe 04 / 2017]. – S. 130-132. – Режим доступу: http://www.

АНОТАЦІЯ

У статті розглядаються основні проблеми відмежування злочинів, що посягають на діяльність захисника і представника особи, пов'язану з наданням правової допомоги. Автор аналізує зміст відповідних ознак складів таких злочинів та з'ясовує їх значення для правильної кримінально-правової оцінки вчиненого та розмежування. Автором запропонований власний алгоритм відмежування зазначених злочинів від інших злочинів, що пов'язані з певним впливом на діяльність захисника та представника особи. Формулюються висновки, важливі для правильного застосування положень ст.ст. 397-400 КК України.

Ключові слова: відмежування злочинів, злочини, склад злочину, захисник, представник, кримінальна відповідальність, надання правової допомоги.

SUMMARY

The article deals with the main problems of distinguishing offenses that encroach upon the activities of a lawyer and a representative of a person involved in the provision of legal aid. The author analyzes the content of the relevant features of the syllables of such crimes and finds out their significance for the correct criminal-legal assessment of the committed and the delineation. The author proposed his own algorithm for delimitation of these crimes from other crimes connected with certain influence on the activities of the lawyer and representative of the person. Conclusions that are important for the correct application of the provisions of Art. 397-400 of the Criminal Code of Ukraine are formulated.

Key words: delineation of crimes, crimes, composition of crime, lawyer, representative, criminal liability, provision of legal aid.

reos.uni-goettingen.de/wp-content/uploads/ReOS-17-04-S130-162.pdf

5. Кримінальне право України: Особлива частина: підручник / Ю.В. Баулін, В.І. Борисов, В.І. Тютюгін та ін.; за ред. проф. В.Я. Тація, В.І. Борисова, В.І. Тютюгіна. – 5-те вид., допов. – Х.: Право, 2015. – 680 с.

6. Берзін П.С. Наслідки у складах злочинів у сфері господарської діяльності: кримінально-правова характерристика: Навчальний посібник. – К.: КНТ, 2007. – 329 с.

7. Дудоров О.О., Зеленов Г.М. Істотна шкода і тяжкі наслідки як ознаки складів злочинів у сфері службової діяльності: проблеми тлумачення кримінального закону // Право України. – 2015. – № 12. – С. 69-82.

8. Проблеми кримінально-правової кваліфікації: навч. посіб. / М.Г. Арманов, О.О. Книженко, Н.М. Ярмиш та ін. – К.: Національна академія прокуратури України, 2017. – 392 с.