

**МЕЖІ ТА ЗМІСТ СТРУКТУРНИХ СКЛАДОВИХ ПОНЯТТЯ
«ПРАВОМІРНА ДІЯЛЬНІСТЬ» ЗАХИСНИКА ЧИ ПРЕДСТАВНИКА
ПО НАДАННЮ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ
РЕАЛІЗАЦІЇ ПОЛОЖЕНЬ СТ. 397 КК УКРАЇНИ**

**LIMITS AND CONTENT OF THE STRUCTURAL COMPONENTS OF THE CONCEPT
OF “LAWFUL ACTIVITY” OF A DEFENDER OR A REPRESENTATIVE
FOR PROVIDING LEGAL ASSISTANCE: THEORETICAL AND LEGAL ASPECTS
OF THE IMPLEMENTATION OF ARTICLE 397 OF THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE**

**Меркулова В.О., д.ю.н., професор,
професор кафедри кримінального права та кримінології
Одеський державний університет внутрішніх справ**

**Гриченко О.А., д.ю.н., професор,
професор кафедри кримінально-правових дисциплін
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ**

Однією із декількох кримінально-правових норм, які забезпечують кримінально-правову охорону нормальній діяльності захисника чи представника особи під час здійснення ними функцій захисту чи представництва у будь-якій галузі судочинства – є стаття 397 КК України, яка містить ознаки відповідного посягання та підстави кримінальної відповідальності за вчинення перешкод до здійснення правомірної діяльності цих суб'єктів, порушення гарантій їх діяльності та професійної таємниці.

Дослідження окремих теоретичних та правових аспектів меж та змісту правомірної адвокатської діяльності тощо надали підстави зазначити наступне. Основне розуміння правового змісту та меж правомірної діяльності захисника та представника особи надають саме положення Законів (у вузькому розумінні цього слова). А саме щодо видів адвокатської діяльності, чіткого переліку прав, обов'язків, заборон (загального та кримінального процесуального характеру), змісту присяги, договору про надання правової допомоги, порядку та умов процедури їх реалізації. Проте особливістю розуміння меж правомірної адвокатської діяльності є те, що під час визначення змістовних та сутнісних ознак правових понять (категорій) не менше значення має їх етичний вимір, який має посилити увагу до конфіденційних стандартів побудови взаємин між адвокатом та клієнтом. Отже, знання закону в організаційній та повсякденній діяльності адвоката має накладатися на певні тактичні та етичні особливості реалізації ним своїх професійних обов'язків. Особливий порядок та умови використання захисних механізмів в адвокатській діяльності свідчать про специфічність її спрямування. Захисник має не просто відстоювати права, свободи, законні інтереси клієнта, а досягати їх дотримання лише з позицій максимального покращення правового стану підзахисного у кримінально-правовому конфлікті на різних стадіях реалізації кримінального судочинства.

Ключові слова: адвокат, адвокатська діяльність, захисник, представник особи, правомірна діяльність, підзахисний, судочинство.

Article 397 of the Criminal Code of Ukraine, which contains the signs of the corresponding offense and the grounds for criminal liability for the commission of obstacles to the implementation of a lawful activities of these subjects, violation of guarantees of their activities and professional secrecy.

Studies of separate theoretical and legal aspects of the boundaries and content of legal advocacy, etc. gave reason to note the following.

The basic understanding of the legal content and limits of the lawful activity of a defender and representative of a person is provided precisely by the provisions of the Laws (in the narrow sense of this word). Namely, regarding the types of lawyer's activity, a clear list of rights, obligations, prohibitions (of a general and criminal procedural nature), the content of the oath, the agreement on the provision of legal assistance, the order and conditions of the procedure for their implementation.

However, the peculiarity of understanding the boundaries of legal advocacy is that when defining substantive and essential features of legal concepts (categories), their moral dimension is of no less importance, which should increase attention to confidential standards of building a relationship between a lawyer and a client. Consequently, the knowledge of the law in the organizational and daily activities of a lawyer should be imposed on certain tactical and moral features of the implementation of his professional duties.

The special procedure and conditions for the use of protective mechanisms in advocacy testify to the specificity of its direction. The defense attorney must not simply defend the client's rights, freedoms, and legitimate interests, but seek their observance only from the standpoint of maximum improvement of the legal position of the client in a criminal-law conflict at different stages of the implementation of criminal proceedings.

Key words: lawyer, advocacy, defender, representative of the individual, lawful activities, client, legal proceedings.

Постановка проблеми. Стан реалізації публічно-правової правозахисної функції в державі є одним із головних чинних факторів, по яким оцінюється результативність побудови в ній громадянського суспільства, а отже потребує *дієвої кримінально-правової охорони*. Стаття 397 КК, в якій визначено підстави кримінальної відповідальності за вчинення перешкод до здійснення правомірної діяльності захисника чи представника особи по наданню правової допомоги або порушення встановлених законом гарантій їх діяльності та професійної таємниці, – є однією із декількох кримінально-правових норм, які забезпечують кримінально-правову

охорону нормальній діяльності захисника чи представника особи під час здійснення ними функцій захисту чи представництва у будь-якій галузі судочинства.

Відповідно до визначеного напрямку дослідження маємо звернутися до окремих теоретичних та правових аспектів аналізу меж та змісту правомірної адвокатської діяльності тощо. Зокрема, правовий аспект дослідження відтворюватиметься у намаганні авторів визначитися на підставі комплексного системно-правового аналізу правових джерел із доцільними межами правомірної адвокатської діяльності.

Актуальність обраного напрямку дослідження посилює також і правозастосовний аспект в частині

реалізації положень ст. 397 КК України. Адже правозастосовна практика суттєво залежить від компетентності та належної теоретичної та правової обізнаності осіб, які здійснюють розслідування відповідних кримінальних правопорушень, а отже знаються на сутнісних ознаках тих понять, які використовуються у кримінальному праві та законодавстві.

Мета дослідження. Метою нашого дослідження є визначення меж та змісту структурних складових поняття «правомірна діяльність» захисника чи представника по наданню правової допомоги.

Виклад основного матеріалу. Враховуючи визначену мету статті, маємо здійснити певний комплексний аналіз тих нормативно-правових положень, спеціальних правил та вимог, які системно утворюють цей етично-правовий інститут. Певним орієнтиром щодо структурних складових, які впливають на формування меж правомірної адвокатської діяльності, є положення ч. 1 ст. 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», де йдеться про те, що під час адвокатської діяльності «адвокат має право вчиняти будь-які дії, не заборонені законом, правилами адвокатської етики та договором про надання правової допомоги...» [7]. Отже при визначенні меж правомірності адвокатської діяльності доцільно виходити із загального дозвільного принципу (дозволено усе, що не заборонено законом). Проте перелік тих положень, які мають впливати на професійний статус адвоката, визначений у даній статті (законодавство, правила адвокатської етики, договір про надання правової допомоги) є неповним. Не менше значення мають положення присяги адвоката (ст. 21 Закону) та спрямування адвокатської діяльності. Пропонуємо зупинитися на змісті та значенні кожної із цих складових більш конкретно.

Дотримуючись загально визначеної тези, що надання правової допомоги громадянам повинно здійснюватися на законних підставах, маємо виходити із її більш широкого розуміння – з дотриманням положень, закріплених як нормами національного, так і міжнародного права (міжнародно-правових стандартів) щодо вимог професійної діяльності захисника та представника особи з надання правової допомоги. Відповідно до міжнародно-правових стандартів моральна і юридична відповідальність адвоката за дотримання вимог закону та професійної етики істотно підвищуються. Він зобов'язаний суворо дотримуватись визнаних світовим співтовариством та Україною положень: Міжнародного пакту про громадянські й політичні права від 16 грудня 1966 р. (ратифікованого Указом Президента Верховної Ради Української РСР 19.10.1973 р.); Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод (ч. 3 ст. 6) (ратифікованої Верховною радою України 17.07.1997 р.); Загального кодексу правил для адвокатів Європейського співтовариства (прийнятого делегацією країн-учасниць у Страсбурзі в жовтні 1988 р.); Основних положень про роль адвокатів (прийнятих VIII Конгресом ООН по запобіганню злочинам у серпні 1990 р.); Генеральних принципів етики адвокатів (прийнятих у 1995 р. Міжнародною асоціацією юристів); Хартії основних принципів європейської адвокатської професії (прийнятої Радою адвокатських асоціацій та правничих товариств Європи 25 листопада 2006 р.) тощо.

На особливу увагу заслуговують ті положення Загального кодексу правил для адвокатів країн Європейського співтовариства, в яких підкреслюється особливе значення інституту адвокатури для правової держави, наголошується на абсолютній незалежності та недопустимості будь-якого впливу на адвокатську діяльність [1]. Більш конкретно про гарантії незалежності адвокатської діяльності йдеться у п. 16 Осно-

вних положень про роль адвокатів, які були прийняті VIII Конгресом ООН по запобіганню злочинам у серпні 1990 р. Здійснення адвокатом професійних обов'язків без залякування, перешкод, завдання турбот, недоречного втручання; вільне пересування і консультування клієнта у своїй країні та за кордоном має стати стандартом в будь-якій країні світу. До того ж, в Основних положеннях надається певне бачення меж правомірності професійної адвокатської діяльності. Йдеться про те, що вона має здійснюватися відповідно до стандартів, в межах закону та етичних норм, що має виключати будь-які можливості піддавати адвоката покаранню, погрозам, обвинуваченню, застосування адміністративних, економічних та інших санкцій [5]. Окремі етичні стандарти визначені у Хартії основних принципів європейської адвокатської професії. Відповідно до сутності цих положень адвокат не може представляти інтереси двох клієнтів з того самого питання в разі наявності або можливості виникнення конфлікту інтересів між цими клієнтами; має утриматися від представництва інтересів нового клієнта, якщо отримав конфіденційну інформацію від іншого наявного чи колишнього клієнта; не може брати справу за наявності конфлікту інтересів між ним і клієнтом; має припинити роботу у разі виникнення конфлікту інтересів у процесі представництва тощо [9]. Зазначене покладене в основу розуміння суперечностей між особистими інтересами адвоката та його професійними правами і обов'язками у вітчизняному законодавстві.

На рівні Законів України основне правове регулювання розглядуваної сфери відтворюється у Конституції України (ст. 131-2); в спеціальних Законах – «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (2012 р., – далі Закон) та «Про безоплатну правову допомогу» (2011 р.); у відповідних положеннях Кримінального кодексу України (ст. ст. 397-400-1 КК) та Кримінального процесуального кодексу України (ст.ст. 44-54 КПК, – далі КПК) [2; 7; 8; 3; 4].

В статті 131-2 Конституції України – основному Законі держави визначаються основоположні тези стосовно того, що професійна правничка допомога здійснюється адвокатурою, незалежність діяльності якої гарантується. А головне те, що засади організації і діяльності адвокатури та здійснення адвокатської діяльності в Україні мають визначатися спеціальним законом [2]. Тож особливе значення мають положення Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», в яких надається безпосередньо перелік видів адвокатської діяльності (ст. 19), прав, обов'язків та заборон щодо діяльності адвоката (ст. ст. 20 та 21), розуміння адвокатської таємниці (ст. 22), гарантій адвокатської діяльності (ст. 23), вимог та підстав для укладення договору про надання правової допомоги (ст. 26-30) тощо [7]. У відповідності до ст. 20 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» під час здійснення адвокатської діяльності адвокат має право вчиняти будь-які дії, не заборонені законом. Зокрема (крім іншого) йдеться про право звертатися з адвокатськими запитами (основна форма реалізації адвокатом своїх повноважень), у тому числі щодо отримання копій документів, до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб, підприємств, установ, організацій, громадських об'єднань, а також до фізичних осіб (за згодою таких фізичних осіб); представляти і захищати права, свободи та інтереси фізичних та юридичних осіб; складати заяви, скарги, клопотання, інші правові документи, подавати їх у встановленому законом порядку, одержувати на них письмові мотивовані відповіді, приймати участь у їх розгляді. На окрему увагу заслуговує перелік повноважень адвоката що має безпосереднє відношення до кримінального судочинства: збирати відомості про факти,

що можуть бути використані як докази; в установленому законом порядку запитувати, отримувати і вилучати речі, документи, їх копії, ознайомлюватися з ними та опитувати осіб за їх згодою; застосовувати технічні засоби, у тому числі для копіювання матеріалів справи, в якій адвокат здійснює захист, представництво або надає інші види правової допомоги, фіксувати процесуальні дії, в яких він бере участь, а також хід судового засідання в порядку, передбаченому законом; одержувати письмові висновки фахівців, експертів з питань, що потребують спеціальних знань тощо.

Межі правомірності професійної діяльності адвоката формуються також з урахуванням переліку обов'язків та заборон, що покладаються на адвоката. В даному випадку наголошуємо на особливому значенні наступних вимог ст. 21 Закону. Адвокат зобов'язаний дотримуватися правил адвокатської етики; невідкладно повідомляти клієнта про виникнення конфлікту інтересів; підвищувати свій професійний рівень тощо. Адвокату забороняється використовувати свої права всупереч правам, свободам та законним інтересам клієнта; без згоди клієнта розголошувати відомості, що становлять адвокатську таємницю, використовувати їх у своїх інтересах або інтересах третіх осіб; займати у справі позицію всупереч волі клієнта, крім випадків, якщо адвокат впевнений у самообмані клієнта тощо.

Окремою складовою правомірної діяльності (на рівні законодавчого регулювання) є присяга адвоката та договір про надання правової допомоги, яких обов'язково має дотримуватися адвокат. Зміст Присяги (відповідно до ст. 11 Закону) в узагальненому вигляді наголошує на дотриманні основних принципів адвокатської діяльності (законності, незалежності, конфіденційності, етичності поведінки, чесності та сумлінності у забезпеченні права на захист та надання правової допомоги).

Положення, які стосуються договору про надання правової допомоги, містяться переважно у ст. ст. 26–29 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», де регламентуються підстави його укладання, вимоги щодо форм та змісту, підстави розірвання. Зокрема адвокату, відповідно до ст. 28 Закону, забороняється укладати договір про надання правової допомоги і він зобов'язаний відмовитися від виконання договору, укладеного адвокатом, адвокатським бюро або адвокатським об'єднанням, у разі, якщо: результат, досягнення якого бажає клієнт, або засоби його досягнення, на яких він наполягає, є протиправними, суперечать моральним засадам суспільства, присязі адвоката України, правилам адвокатської етики; адвокат є членом сім'ї або близьким родичем посадової особи, яка брала або бере участь у господарському, цивільному, адміністративному судочинстві, кримінальному провадженні, розгляді справи про адміністративне правопорушення, щодо яких до адвоката звертаються з пропозицією укладення договору про надання правової допомоги; виконання договору може суперечити інтересам адвоката, членів його сім'ї або близьких родичів, адвокатського бюро або адвокатського об'єднання, засновником (учасником) якого він є, професійним обов'язком адвоката, а також у разі наявності інших обставин, що можуть призвести до конфлікту інтересів тощо.

В правових нормах кримінального процесуального права загальний обсяг прав, обов'язків та заборон в частині функціонування захисника та представника особи з надання правової допомоги набуває специфічного змісту, характерного для кримінального судочинства, доповнюється суттєво особливостями процедурного характеру [4].

Окремим рівнем вимірювання правомірності професійної діяльності захисників та представників з надання правової допомоги є етичний поведінки, дотримання вимог конфіденційності діяльності

та уникнення конфлікту інтересів. Слід зазначити, що почасти принцип конфіденційності та уникнення конфлікту інтересів відтворюється в положеннях статей 1 та 22 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», де надається дефініція поняття конфлікту інтересів та адвокатської таємниці [7]. Проте на тлі правового регулювання, визначення змістовних та сутнісних ознак зазначених понять, не менше значення має етичний вимір цих та пов'язаних із ними положень. Етичний вимір має посилити увагу до стану відповідності вітчизняного законодавства (в широкому розумінні) стандартам побудови взаємин між адвокатом та клієнтом, набуття цих взаємин приватного довірчого характеру, порядку та умов користування конфіденційною інформацією. В даному питанні особливе місце під час визначення меж правомірності професійної діяльності адвоката (в етичному вимірі) посідають положення норм Правил адвокатської етики, затверджені з'їздом адвокатів України 09.06.2017, які доповнюють і конкретизують положення чинного законодавства про адвокатуру та адвокатську діяльність [6].

Це свого роду звід принципів, якими має керуватися адвокат, здійснюючи процесуальне представництво. Адвокатська діяльність, як особливий вид професійного функціонування правознавців, має базуватися не лише на знаннях норм права, але й дотримання правил етики та суспільної моралі. Тож логічним є те, що у ст. ст. 5–13 «Правил адвокатської етики» на тлі таких принципів як незалежність, законність виокремлюються основи діяльності суто етичного (морального) характеру. Йдеться про домінуючі інтереси клієнта, неприпустимість представництва клієнтів із суперечливими інтересами, конфіденційність у збереженні інформації, компетентність, добросовісність, чесність, порядність, культуру поведінки тощо. Тож, зважаючи на важливість даних вимог, маємо визнати доцільність розуміння законності діяльності адвоката, меж правомірності його професійних повноважень, – у більш широкому значенні. Комплексне системно-правове сприйняття змісту спеціального Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та «Правил адвокатської етики» доводять те, що бездоганне знання закону в організаційній та повсякденній діяльності адвоката має накладатися на певні тактичні особливості його відносин із клієнтом, а отже передбачає чітке дотримання адвокатської етики.

Комплексний підхід до тлумачення окремих законодавчих положень надає підстави виокремити ще один рівень визначення меж правомірної діяльності захисника та представника з надання правової допомоги – спрямування їх діяльності. В більшій мірі це стосується професійної діяльності захисника – як сторони захисту у кримінальному провадженні. Певне узагальнене уявлення про порядок, умови, суб'єктивний склад реалізації захисних функцій, специфічність спрямування такої діяльності, надає зміст окремих законодавчих положень. Відповідно до вимог п. 1 ч. 2 ст. 21 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокату забороняється використовувати свої права всупереч правам, свободам та законним інтересам клієнта [7]. Відповідно до положень ч. 1 ст. 47 КПК захисник зобов'язаний використовувати засоби захисту з метою забезпечення дотримання прав, свобод, законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, з'ясування обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підзахисних [4, с. 47]. Отже інтересам підзахисного має відповідати лише та адвокатська діяльність, яка спрямована на абсолютне чи відносне покращення його правового стану у кримінальному судочинстві. На усіх стадіях досудового та судового провадження факт заборони використання адвокатом

своїх прав всупереч правам, свободам та законним інтересам клієнта має гарантувати те, що усі відомості, отримані адвокатом у процесі розгляду конкретного кримінального провадження, повинні використовуватися ним тільки для захисту клієнта. На стадії досудового розслідування особливого значення набуває практика: з'ясування обставин, які спростовують підозри чи обвинувачення; запобігання пред'явлення підозри чи обвинувачення; повного або часткового спростування пред'явлених особі підозри чи обвинувачення; доведення підстав та доцільності звільнення від кримінальної відповідальності. На стадії судового розгляду справи та ухвалення вироку суду діяльність адвоката має бути спрямована на скасування обвинувачення, зміну мотивів вчинення кримінального правопорушення, пом'якшення кримінальної відповідальності та покарання. Якщо навіть підозрюваний, обвинувачуваний чи підсудний визнають свою провину, адвокат, при наявності на те належних підстав, повинен доводити суду, слідчому, прокурору їх невинуватість (за умови погодження своєї позиції з підзахисним). Адвокат не може визнати провину підзахисного, якщо останній її заперечує.

Висновки. Підсумовуючи вищезазначене, слід наголосити на наступному. Межі правомірності діяльності захисника та представника особи з надання правової допомоги піддалися аналізу на декількох рівнях: законодавчому (міжнародно-правовому, вітчизняному законодавчому рівні); етичному (правила адвокатської етики); на рівні стану дотримання спрямування діяльності захисника та представника з надання правової допомоги. Вплив міжнародно-

правових стандартів як складової правомірної діяльності спрацьовує на декількох рівнях: у форматі сталого процесу приведення вітчизняного законодавства до вимог (стандартів) європейського співтовариства та на рівні інтенсивного професійного самовдосконалення, підвищення професійних якостей зазначених осіб (особистісний рівень).

Основне розуміння правового змісту та меж правомірної діяльності захисника та представника особи надають саме положення Законів (у вузькому розумінні цього слова). А саме щодо видів адвокатської діяльності, чіткого переліку прав, обов'язків, заборон (загального та кримінального процесуального характеру), змісту присяги, договору про надання правової допомоги, порядку та умов процедури їх реалізації. Проте особливістю розуміння меж правомірної адвокатської діяльності є те, що під час визначення змістовних та сутнісних ознак правових понять (категорій) не менше значення має їх етичний вимір, який має посилити увагу до конфіденційних стандартів побудови взаємин між адвокатом та клієнтом. Отже знання закону в організаційній та повсякденній діяльності адвоката має накладатися на певні тактичні та етичні особливості реалізації ним своїх професійних обов'язків.

Особливий порядок та умови використання захисних механізмів в адвокатській діяльності свідчать про специфічність її спрямування. Захисник має не просто відстоювати права, свободи, законні інтереси клієнта, а досягати їхнього дотримання лише з позицій максимального покращення правового стану підзахисного у кримінально-правовому конфлікті на різних стадіях реалізації кримінального судочинства.

ЛІТЕРАТУРА

1. Загальний кодекс правил для адвокатів країн Європейського співтовариства: Прийнято делегацією країн-учасниць на пленарному засіданні у Страсбурзі в жовтні 1988 р. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_343 (дата звернення 09.09.2023).
2. Конституція України. Офіційний вісник України від 01.10.2010. 2010 р., № 72/1 Спеціальний випуск. С. 15, ст. 2598.
3. Кримінальний кодекс України: чинне законодавство зі змінами та доповн. Станом на 8 листопада 2022 р. К.: ПАЛИВОДА А.В., 2022. 312 с.
4. Кримінальний процесуальний кодекс України : чинне законодавство зі змінами та допов. станом на 1 лютого 2022 року: (офіц. текст). К.: ПАЛИВОДА А. В., 2022. 476 с.
5. Основні положення про роль адвокатів: Прийняті VIII Конгресом ООН по запобіганню злочинам у серпні 1990 р. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_83 (дата звернення 09.09.2023).
6. Правила адвокатської етики, затверджені з'їздом адвокатів України 09.06.2017. *Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0001891-17#n4> (дата звернення 10.09.2023).
7. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. *Верховна Рада України; офіційний веб-сайт*. Режим доступу до сайту: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17> (дата звернення 10.09.2023).
8. Про безоплатну правову допомогу: Закон України від 2 червня 2011р. *Верховна Рада України; офіційний веб-сайт*. Режим доступу до сайту: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17> (дата звернення 10.09.2023).
9. Хартія основних принципів європейської адвокатської професії, прийнята Радою адвокатських асоціацій та правничих товариств Європи від 25 листопада 2006 р. URL:<http://tomorrowlawver.org/hartia-osnovnih-principiv-evropeys> (дата звернення 11.09.2023).