

Поляк У. Ю.,
співробітник Головного управління
Служби безпеки України у м. Києві та Київській області

ЗВІЛЬНЕННЯ ДЕЯКИХ ОСІБ ВІД СВИДОЦЬКОГО ІМУНІТЕТУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

EXEMPTION OF SOME PERSONS FROM WITHDRAWAL IMMUNITY IN THE CRIMINAL PROCESS

Метою статті є дослідження частини 3 статті 65 Кримінального процесуального кодексу України, відповідно до якої особи, передбачені пунктом 1-5 частини 2 цієї статті з приводу довірених відомостей можуть бути звільнені від обов'язку зберігати професійну таємницю особою, яка довірила їм ці відомості, у визначеному нею обсязі.

Згідно окремих статей кримінального процесуального законодавства свідок зобов'язаний давати правдиві свідчення під час досудового розслідування та судового розгляду, однак із цього правила законодавець зробив виключення для окремих осіб. Так, у частинах 2, 4 статті 65 Кримінального процесуального кодексу України визначено, які категорії осіб наділені свідочьким імунітетом, тобто звільняються в силу закону від обов'язку свідчити. В науці кримінального процесу цей імунітет прийнято поділяти на обов'язковий (абсолютний) і факультативний (відносний). При обов'язковому імунітеті взагалі забороняється допит певних осіб як свідків. При факультативному імунітеті в особи є право відмовитися від давання свідчень, але за власним бажанням вона може їх давати.

Авторка поділяє висловлену в юридичній літературі думку, що адвоката, який виконує у кримінальному провадженні функції захисту та представництва, не можна звільняти від обов'язку зберігати адвокатську таємницю, тому пропонується з частини 3 статті 65 Кримінального процесуального кодексу України виключити посилання на пункт 1 частини 2 цієї статті.

Обґрунтовано, коли відповідно до частини 3 статті 65 Кримінального процесуального кодексу України адвокат звільнений від обов'язку зберігати адвокатську таємницю, він позбавляється свідочького імунітету та повинен давати у кримінальному провадженні свідчення як свідок стосовно довірених відомостей. Показана доцільність доповнити її положенням, що нотаріус зобов'язаний давати свідчення як свідок у кримінальному та цивільному провадженнях у випадку письмової вимоги до нього осіб, за дорученням або щодо яких вчинялися нотаріальні дії.

Авторка не погоджується з положенням частини 3 статті 65 Кримінального процесуального кодексу України, відповідно до якого священнослужителя можна звільнити від обов'язку зберігати таємницю сповіді особою, яка довірила йому ці відомості. Така таємниця є абсолютною, а тому з цієї норми запропоновано виключити посилання на пункт 5 частини 2 цієї статті.

Ключові слова: свідок, адвокат, правдиві свідчення, обов'язковий (абсолютний) імунітет, факультативний (відносний) імунітет, право відмовитися від давання свідчень, захисник, представник потерпілого, цивільний позивач, цивільний відповідач, професійна таємниця, адвокатська таємниця.

The purpose of the article is to investigate Article 65 paragraph 3 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, according to which persons, provided for in items 1-5 of part 2 of this article, may be exempted from the obligation of confidentiality by the person who entrusted them with information, in the amount she defined.

According to certain articles of criminal procedural law, a witness is obliged to give truthful testimony during pre-trial investigation and trial, but the legislator made an exception for the individual. Thus, in Article 65 (2) (4) of the Criminal Procedure Code of Ukraine it is determined which categories of persons are granted immunity from immunity, ie they are exempt from the obligation to testify by virtue of the law. In the science of criminal proceedings, this immunity is accepted to be divided into compulsory (absolute) and optional (relative). Under mandatory immunity, interrogation of certain persons as witnesses is generally prohibited. In the case of optional immunity, a person has the right to refuse to give evidence, but he can give it at his own request.

The author shares the opinion expressed in the legal literature that a lawyer who performs the functions of defense and representation in criminal proceedings cannot be exempted from the obligation to keep a lawyer's secret, so it is proposed to exclude from paragraph 1 of Article 65 of the Criminal Procedure Code of Ukraine the reference to paragraph 1 of part 2 of this Code articles. It is justified that when, pursuant to Article 65 (3) of the Criminal Procedure Code of Ukraine, a lawyer is released from the obligation to keep a lawyer's secret, he / she shall be deprived of his / her immunity and shall testify as a witness in respect of confidential information.

It has been shown that it is necessary to supplement the provisions that the notary is obliged to testify as a witness in criminal and civil proceedings in the event of a written request to him by the person on behalf of or for whom notarial acts have been committed.

The author does not agree with the provisions of Article 65, paragraph 3 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, according to which a clergyman can be released from the obligation to keep confidential the confession of the person who entrusted him with this information. Such secrecy is absolute, and it is therefore proposed that the reference to paragraph 5 paragraph 2 of this article be excluded from this provision.

Key words: witness, lawyer, truthful testimony, mandatory (absolute) immunity, optional (relative) immunity, right to refuse to testify, defense counsel, representative of the victim, civil plaintiff, civil defendant, professional secrecy, lawyer's secret.

Відповідно до частини 1 статті 65 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) свідком є фізична особа, якій відомі або можуть бути відомі обставини, що підлягають доказуванню під час кримінального провадження і яка викликана для давання свідчень.

Свідок зобов'язаний давати правдиві свідчення під час досудового розслідування та судового розгляду (пункт 2 частини 2 статті 66 КПК України). Із цього правила законодавець зробив виключення для окремих осіб. Так, у частинах 2, 4 ст. 65 КПК України визначено, які категорії осіб наділені свідочьким

імунітетом, тобто звільняються в силу закону від обов'язку свідчити. В науці цей імунітет прийнято поділяти на обов'язковий (абсолютний) і факультативний (відносний). При обов'язковому імунітеті взагалі забороняється допит певних осіб як свідків. При факультативному імунітеті в особи є право відмовитися від давання свідчень, але за власним бажанням вона може їх давати [1, с. 157].

Проблемні аспекти інституту свідоцького імунітету у кримінальному процесі розглядали Р.П. Бараннік, С.Г. Волкотруб, Г.В. Денисенко, В.О. Доманська, В.В. Заборовський, Н.С. Карпов, Н.М. Когут, В.В. Король, Є.Д. Лук'янчиков, О.Є. Остапенко, М.М. Погорецький, Н.З. Рогатинська, С.Л. Савицька, Г.П. Середа, Є.Д. Скулаш, С.М. Стахівський, О.В. Супрунова, П.Ю. Тимошенко, Л.Д. Удалова, О.М. Ярмак та інші науковці.

Метою цієї статті є дослідження частини 3 статті 65 КПК України, відповідно до якої особи, передбачені пунктами 1-5 частини 2 цієї статті, з приводу довірених відомостей можуть бути звільнені від обов'язку зберігати професійну таємницю особою, що довірила їм ці відомості, у визначеному нею обсязі.

1. Згідно з пунктом 1 частини 2 статті 65 КПК України не можуть бути допитані як свідки захисник, представник потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача, юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, законний представник потерпілого, цивільного позивача у кримінальному провадженні про обставини, які стали їм відомі у зв'язку з виконанням функцій представника чи захисника.

У частині 3 статті 65 КПК України вказано, що особи, передбачені пунктом 1 частини 2 цієї статті, з приводу зазначених довірених відомостей можуть бути звільнені від обов'язку зберігати професійну таємницю особою, що довірила їм ці відомості. Зі змісту цієї норми випливає, що від такого обов'язку можуть звільнитися адвокати, які у кримінальному процесі беруть участь у статусі захисника, представника потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача, юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження.

Необхідно акцентувати увагу на тому, що під час дії КПК України 1960 року захисники та представники потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача не могли бути звільнені від обов'язку зберігати у таємниці відомості, які стали їм відомі під час здійснення професійної діяльності. Від обов'язку зберігати професійну таємницю міг звільнитися тільки адвокат, який надавав тим чи іншим особам правову допомогу, що не пов'язана зі здійсненням функцій захисту та представництва у кримінальному процесі.

До такого висновку можна дійти, аналізуючи зміст пунктів 1, 2 частини 1 статті 69 КПК України 1960 року. Так, у пункті 1 цієї норми було вказано, що не можуть бути допитані як свідки адвокати та інші фахівці у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи, нотаріуси, лікарі, психологи, священнослужителі з приводу того, що їм довірено

або стало відомо при здійсненні професійної діяльності, якщо вони не звільнені від обов'язку зберігати професійну таємницю особою, яка довірила їм ці відомості. У пункті 2 цієї норми зазначалося, що не можуть бути допитані як свідки захисник підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, представник потерпілого, позивача, відповідача про обставини, які стали їм відомі при наданні юридичної допомоги підзахисним або довірителям.

Чинний КПК України також не повинен визначати, що захисник підозрюваного, обвинуваченого, представник потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача, а також юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, з приводу довірених відомостей можуть звільнитися від обов'язку зберігати професійну таємницю особою, яка довірила їм ці відомості.

Автор поділяє висловлену в юридичній літературі думку, що адвоката, який виконує у кримінальному провадженні функції захисту та представництва, не можна звільняти від обов'язку зберігати адвокатську таємницю. З частини 3 статті 65 КПК України слід виключити посилання на пункт 1 частини 2 цієї статті [2, с. 120].

2. У пункті 2 частини 2 статті 65 КПК України передбачено, що не можуть бути допитані як свідки адвокати про відомості, які становлять адвокатську таємницю. Йдеться про тих адвокатів, які не беруть участь у кримінальному провадженні як захисники та представники.

Відповідно до частини 3 статті 65 КПК України з приводу довірених відомостей адвокат може бути звільнений від обов'язку зберігати професійну таємницю особою, яка довірила йому ці відомості. Це положення кореспондується з другим реченням пункту 2 частини 1 статті 23 Закону України від 5 липня 2012 року «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», у якому зазначено, що особа, яка довірила адвокату відповідні відомості, може звільнити його від обов'язку зберігати таємницю в порядку, передбаченому законом [3].

Без звільнення від обов'язку зберігати адвокатську таємницю також не можуть бути допитані як свідки особи, визначені в першому реченні пункту 2 частини 1 статті 23 цього Закону. У ньому вказано, що забороняється вимагати від помічника адвоката, стажиста, особи, яка перебуває у трудових відносинах із адвокатом, адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням, а також від особи, стосовно якої припинено або зупинено право на заняття адвокатською діяльністю, надання відомостей, які 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.

На думку А.Б. Войнарович, у разі звільнення адвоката у встановленому законом порядку від обов'язку зберігати цю таємницю він не може без власної згоди бути допитаний як свідок у кримінальному провадженні. «У такому випадку адвокат може

дати свідчення щодо відомостей, які становлять адвокатську таємницю, але не зобов'язаний їх давати» [4, с. 139]. Таке твердження викликає заперечення. Коли відповідно до частини 3 статті 65 КПК України адвокат звільнений від обов'язку зберігати адвокатську таємницю, він позбавляється свідочького імунітету та повинен давати у кримінальному провадженні свідчення як свідок стосовно довірених відомостей. Саме так регламентоване це питання у кримінальному процесуальному законодавстві деяких країн Європи. Наприклад, згідно з параграфом 53 КПК Федеративної Республіки Німеччини адвокати не мають права відмовитися від дачі свідочьких свідчень, якщо їх звільнено від обов'язку не розголошувати інформацію, яка їм довірена або стала відомою [5, с. 110].

3. У пункті 3 частини 2 статті 65 КПК України визначено, що не можуть бути допитані як свідки нотаріуси про відомості, які становлять нотаріальну таємницю. Це положення корелює з частиною 11 статті 8 Закону України від 2 вересня 1993 року «Про нотаріат», в якій передбачено, що нотаріус не має права давати свідчення в якості свідка щодо відомостей, які становлять нотаріальну таємницю, крім випадків, коли цього вимагають особи, за дорученням яких або щодо яких вчинялися нотаріальні дії [6]. Відповідно до частини 3 статті 65 КПК нотаріуси з приводу зазначених довірених відомостей можуть бути звільнені від обов'язку зберігати професійну таємницю особою, яка довірила їм ці відомості.

Без звільнення від такого обов'язку не можуть бути допитані як свідки й інші особи, на яких Законом України «Про нотаріат» покладено обов'язок зберігати нотаріальну таємницю. Зі змісту частин 2, 3 статті 8 цього Закону можна дійти висновку, що, крім нотаріуса, зберігати таку професійну таємницю також зобов'язані інші особи, які вчиняють нотаріальні дії; помічник нотаріуса; особи, яким про вчиненні нотаріальні дії стало відомо у зв'язку з виконанням ними службових обов'язків чи іншої роботи; особи, залучені для вчинення нотаріальних дій у якості свідків; інші особи, яким стала відома інформація, яка становить предмет нотаріальної таємниці.

Процедура звільнення нотаріуса від обов'язку зберігати нотаріальну таємницю у частині 3 статті 65 КПК України не регламентована. У другому реченні цієї норми лише вказано, що таке звільнення здійснюється у письмовій формі за підписом особи, яка довірила зазначені відомості.

Про особливості застосування частини 3 статті 65 КПК України щодо нотаріуса йдеться у методичному посібнику «Доступ до нотаріальних документів, проведення обшуку приміщення нотаріальної контори або робочого місця приватного нотаріуса. Допит нотаріуса (аналіз законодавства)» [7]. Так, нотаріальна таємниця поширюється щодо всіх осіб, які брали участь при вчиненні нотаріальної дії. У випадку з одностороннім правочином це є лише особа, яка його вчиняла (довіритель, заповідач), у випадку з дво- чи багатосторонніми правочинами –

всі сторони договору. «Таким чином нотаріус може бути допитаний як свідок щодо його професійної діяльності, якщо всі особи, які довірили нотаріальну таємницю у письмовій формі, звільняють нотаріуса від обов'язку зберігати нотаріальну таємницю із зазначенням обсягу інформації, яку нотаріус має право повідомити» [7, с. 32].

У пункті 1 частини 1 статті 69 КПК України 1960 року також зазначалося, що нотаріус може бути звільнений від обов'язку зберігати професійну таємницю особою, яка довірила йому ці відомості. В юридичній літературі зверталася увага на те, як має відбуватися таке звільнення: «По-перше, такий акт волевиявлення має бути отриманий від усіх учасників правовідносин, які виникали при здійсненні нотаріальних дій (покупець і продавець при посвідченні договору купівлі-продажу і так далі). По-друге, такий акт волевиявлення має бути належним чином зафіксований у письмових юридичних документах. По-третє, закон не визначає якоїсь однієї форми таких документів, виходячи з багатогранності різних фактичних обставин, за яких може виникнути необхідність допиту нотаріуса і отримання згоди на дачу свідчень від клієнта. Тому закон надає можливість вільного вибору форми фіксації волевиявлення клієнта з відповідних обставин. Нарешті, що мабуть найбільш принципово, фіксація дозволює учасників правовідносин, які виникали при здійсненні нотаріальних дій, на розголошення нотаріусом даних, що стали йому відомі при їх вчиненні, має бути здійснена так, щоб будь-які інші учасники правосуддя могли впевнитися в законності допиту нотаріуса з відповідних обставин» [8, с. 7].

Науковці зазначають, що «згода особи на допит нотаріуса повинна надаватися у присутності цього нотаріуса, щоб він особисто встановив цю особу за паспортом і пересвідчився у добровільності волевиявлення. Кращий варіант, коли особа власноручно викладе прохання на дачу свідчень нотаріусом, який посвідчував нотаріальну дію за її участю. Копія цього документа повинна надаватися і нотаріусу. Якщо допит здійснюється в офісі нотаріуса, то згода на допит нотаріуса може бути оформлена у вигляді заяви на ім'я нотаріуса і зареєстрована як його вхідна кореспонденція» [9, с. 102].

Досліджуючи частину 3 статті 65 КПК України, О.Є. Остапенко висловив пропозицію доповнити її положенням, яке б регулювало порядок звільнення нотаріуса від обов'язку зберігати нотаріальну таємницю [10, с. 7]. Процедура звільнення нотаріуса від такого обов'язку має визначитися не частиною 3 статті 65 КПК України, а частиною 11 статті 8 Закону України «Про нотаріат». Цю норму доцільно доповнити положенням, що нотаріус зобов'язаний давати свідчення як свідок у кримінальному та цивільному провадженнях у випадку письмової вимоги до нього осіб, за дорученням або щодо яких вчинялися нотаріальні дії.

4. У пункті 4 частини 2 статті 65 КПК України вказано, що не можуть бути допитані як свідки медичні працівники та інші особи, яким у зв'язку з виконан-

ням професійних або службових обов'язків стало відомо про хворобу, медичне обстеження, огляд і їх результати, інтимну і сімейну сторони життя особи – про відомості, які становлять лікарську таємницю.

Згідно з частиною 3 статті 65 КПК України медичні працівники та вказані особи з приводу зазначених довірених відомостей можуть бути звільнені від обов'язку зберігати професійну таємницю особою, яка довірила їм ці відомості. Автор вважає, що нормою, яка б визначала порядок такого звільнення, слід доповнити статтю 40 Основ законодавства України про охорону здоров'я від 19 листопада 1992 року [11]. Розглядаючи це питання, слід звернути увагу на те, що в радянській юридичній літературі деякі науковці пропонували ввести у кримінально-процесуальне законодавство правило, відповідно до якого допити лікарів та інших медичних працівників повинні проводитися лише з дозволу керівника медичної установи й у визначених ним межах [12, с. 87].

Інші не погоджувалися з цією точкою зору. Наголошувалося на тому, що право слідчого й суду допитати особу як свідка не повинно обмежуватися розсудом керівника медичної установи. Така новела спричинила б тяганину, витрату часу і коштів, що не відповідає інтересам ні медицини, ні правосуддя [13, с. 75]. З метою посилення гарантій охорони особистого життя слухно пропонувалося доповнити кримінально-процесуальне законодавство таким положенням: якщо виникає потреба в отриманні відомостей, які містять лікарську таємницю, при провадженні у кримінальній справі слідчий повинен винести постанову, а суд – ухвалу про звільнення медичного працівника від обов'язку зберігати лікарську таємницю [14, с. 10].

На думку автора, статтю 65 КПК України доцільно доповнити положенням про право слідчого, прокурора, слідчого судді, суду звільняти медичних працівників та осіб, яким у зв'язку з виконанням професійних або службових обов'язків стало відомо про хворобу, медичне обстеження, огляд і їх результати, інтимну і сімейну сторони життя особи, від обов'язку зберігати лікарську таємницю, якщо відповідно до частини 3 цієї статті цього не зробила особа, яка довірила їм відомості, що становлять

таку професійну таємницю. Це право має реалізуватися у чітко визначених законодавцем випадках, коли неотримання від них свідчень може мати негативні наслідки.

5. У частині 5 статті 3 Закону України від 23 квітня 1991 року «Про свободу совісті та релігійні організації» передбачено, що ніхто не має права вимагати від священнослужителів відомостей, одержаних ними при сповіді віруючих [15].

Гарантією охорони таємниці сповіді у кримінальному процесі є положення пункту 5 частини 1 статті 65 КПК України, згідно якого не можуть бути допитані як свідки священнослужителі про відомості, одержані ними на сповіді віруючих. Разом із тим частина 3 цієї статті визначає, що з приводу довірених відомостей священнослужитель може бути звільнений від обов'язку зберігати професійну таємницю особою, яка довірила йому ці відомості.

У пункті 1 частини 1 статті 69 КПК України 1960 року також йшлося про звільнення священнослужителя від такого обов'язку. Науковці критично оцінювали цю норму, адже «вказівка на можливість звільнення священнослужителів від обов'язку зберігати «професійну таємницю особою, яка довірила їм ці відомості», грубо порушує основи християнської релігії і є прямим втручанням держави у справи церкви» [16, с. 124]; канонічне право забороняє священнослужителям під страхом суворого покарання відкривати те, що вони почули на сповіді. Ні за яких обставин вони не можуть бути звільнені від обов'язку зберігати таємницю сповіді [17, с. 87].

Л.Д. Удалова зазначає [18, с. 287], що не можна погодитися з положенням частини 3 статті 65 КПК України, відповідно до якого священнослужителя можна звільнити від обов'язку зберігати таємницю сповіді особою, яка довірила йому ці відомості. Така таємниця є абсолютною, а тому з цієї норми необхідно виключити посилання на пункт 5 частини 2 цієї статті.

Отже, внесення запропонованих та обґрунтованих авторкою змін і доповнень до чинного кримінального процесуального законодавства України дасть змогу належним чином урегулювати питання звільнення деяких осіб від свідоцького імунітету.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Кримінальний процес : підручник / Ю.М. Грошевий, В.Я. Тацій, А.Р. Туманянц та інші; за ред. В.Я. Тація, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної, О.Г. Шило. Харків : Право, 2013. 824 с.
2. Удалова Л.Д., Савицька С.Л. Кримінально-процесуальні гарантії діяльності адвоката : монографія. Київ : КНТ, 2014. 170 с.
3. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 5 липня 2012 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>.
4. Войнарович А.Б. Особливості допиту адвоката як свідка у кримінальному провадженні. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Серія: Юриспруденція. 2015. № 18. Т. 2. С. 137–140.
5. Головенков П., Спица Н. Уголовно-процесуальный кодекс Федеративной Республики Германия. Научно-практический комментарий и перевод текста закона. Потсдам : Германский фонд международного правового сотрудничества, 2012. 404 с.
6. Про нотаріат : Закон України від 2 вересня 1993 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12>.
7. Доступ до нотаріальних документів, проведення обшуку приміщення нотаріальної контори або робочого місця приватного нотаріуса. Допит нотаріуса (аналіз законодавства) : методичний посібник / В.І. Бірюков. Київ : Нотаріальна палата України, 2017. 47 с.
8. Тертишник В. Захист нотаріуса у сфері кримінального судочинства. *Мала енциклопедія нотаріуса*. 2005. № 5. С. 5–8.
9. Баулін О.В., Поповченко О.І. Нотаріус у кримінальному процесі України : навч. посіб. Луганськ : СПД Резніков В.С., 2011. 180 с.

10. Остапенко О.Є. Охорона нотаріальної таємниці у кримінальному судочинстві : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 «Кримінальний процес та криміналістика; судова експертиза; оперативно-розшукова діяльність». Київ, 2014. 16 с.
11. Основи законодавства України про охорону здоров'я від 19 листопада 1992 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12>.
12. Михеенко М.М. Доказывание в советском уголовном судопроизводстве. Київ : Вища школа, 1984. 133 с.
13. Мепаришвили Г.Д. Врачебная тайна и уголовное судопроизводство. *Советское государство и право*. 1989. № 11. С. 74–77.
14. Мепаришвили Г.Д. Охрана врачебной тайны в советском уголовном процессе. *Советская юстиция*. 1987. № 19. С. 10–12.
15. Про свободу совісті та релігійні організації : Закон України від 23 квітня 1991 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/987-12>.
16. Король В.В. Засада гласності кримінального судочинства України: поняття, зміст, підстави, обмеження. Івано-Франківськ : Плай, 2003. 221 с.
17. Баштега Р. Охорона таємниці сповіді у кримінальному судочинстві. *Право України*. 2004. № 6. С. 86–87.
18. Удалова Л.Д. Свідочий імунітет за новим КПК України. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2013. № 1. С. 284–288.