

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ
НАЦІОНАЛЬНИЙ ЮРИДИЧНИЙ УНІВЕРСИТЕТ імені ЯРОСЛАВА
МУДРОГО
КАФЕДРА ЦИВІЛЬНОЇ ЮСТИЦІЇ ТА АДВОКАТУРИ

АДВОКАТУРА УКРАЇНИ: СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ

Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції

(м. Харків, 16 грудня 2022 р.)

УДК 347.97/99(042.5) А43

Редакційна колегія:

доктор юридичних наук, професор Т. Б. Вільчик (голова),
кандидат юридичних наук, доцент Я.О. Ковальова

У збірнику містяться матеріали доповідей учасників Міжнародної науково-практичної конференції «Адвокатура України: сучасний стан та перспективи розвитку», яка відбулася 16 грудня 2022 року у Національному юридичному університеті імені Ярослава Мудрого за участю відомих українських та зарубіжних науковців та практиків. Доповіді учасників присвячені реформі інститутів судової влади та адвокатури, проблемам адвокатського самоврядування, кримінально-правовим та кримінальним процесуальним питанням здійснення адвокатської діяльності, наданню адвокатами правничої допомоги у різних видах судочинства, проблемам професійної етики та дисциплінарної відповідальності адвокатів, захисту професійних прав адвокатів та дотриманню гарантій адвокатської діяльності.

ЗМІСТ

СЕКЦІЯ І. АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ ІНСТИТУТУ АДВОКАТУРИ

Бакаянова Н.

ДИСЦИПЛІНАРНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ АДВОКАТА: ПИТАННЯ ТЕРМІНОЛОГІЇ 5

Баранкова В.

ОСОБЛИВОСТІ НОТАРІАЛЬНОЇ ТА АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ... 9

Баулін Ю.

НОВІ ОБСТАВИНИ, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ОСОБИ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ 13

Безега Т.

ОСОБЛИВОСТІ ПУБЛІЧНОГО АДМІНІСТРУВАННЯ В АДВОКАТУРИ УКРАЇНИ..... 17

Білецька Г.

СУДОВО-ПСИХІАТРИЧНА ОЦІНКА ПСИХОПАТІЙ В АДВОКАТСЬКІЙ ПРАКТИЦІ 21

Василик І.

ПАЕ ПОЛЬЩІ ТА УГОРЩИНИ: КЛЮЧОВІ АСПЕКТИ..... 24

Вільчик Т.Б.

ОПТИМІЗАЦІЯ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ ІНСТИТУТУ АДВОКАТУРИ ЯК ПЕРСПЕКТИВА ЙОГО РОЗВИТКУ 28

Wölk С.

DER ANWALTSPROZESS NACH DER ZIVILPROZESSORDNUNG IN DEUTSCHLAND..... 36

Gasteyer T.

A LAWYER'S CONFLIKY OF INTEREST - ITS REGULATION IN GERMAN LAW (КОНФЛІКТ ІНТЕРЕСІВ У ДІЯЛЬНОСТІ АДВОКАТА ТА ЙОГО РЕГУЛЮВАННЯ В ПРАВІ НІМЕЧЧИНИ)..... 39

Заборовський В.

ЗНАЧЕННЯ ПРАВОЗАСТОСОВНОЇ ПРАКТИКИ ВКДКА ЩОДО З'ЯСУВАННЯ СУТНОСТІ КОНФЛІКТУ ІНТЕРЕСІВ В АДВОКАТСЬКІЙ ДІЯЛЬНОСТІ 42

Завадський А.

АДВОКАТУРА МАЙБУТНЬОГО: ПІДХОДИ ЄС ДО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ДЛЯ СИСТЕМ ШТУЧНОГО ІНТЕЛЕКТУ 46

Загорняк Н.

ДО ПИТАННЯ ВДОСКОНАЛЕННЯ МЕХАНІЗМУ ОБЧИСЛЕННЯ ВИНАГОРОДИ АДВОКАТІВ, ЯКІ НАДАЮТЬ БЕЗОПЛАТНУ ПРАВОВУ ДОПОМОГУ 49

Єфремова І.

ОСОБЛИВОСТІ ПРЕДСТАВНИЦТВА АДВОКАТОМ ІНТЕРЕСІВ КЛІЄНТА В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ	53
Коваленко В.	
«ГОНОРАР УСПІХУ» АДВОКАТА: ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ТА СУДОВА ПРАКТИКА.....	56
Остафійчук Л.	
ПРОБЛЕМА МОРАЛЬНОЇ ОЦІНКИ СПРАВ АДВОКАТОМ У ПЕРІОД ВОЄННОГО СТАНУ В УКРАЇНІ.....	59
Павлуненко К.	
ДЕЯКІ АСПЕКТИ ПОДАТКОВОГО АДМІНІСТРУВАННЯ ПІД ЧАС ВОЄННОГО СТАНУ	62
Попов О.	
ПРОБЛЕМАТИКА НАДАННЯ АДВОКАТОМ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ: ПРОЦЕСУАЛЬНІ ТА ЕТИЧНІ АСПЕКТИ	65
Радутний О.	
АДВОКАТУРА СУЧАСНОГО ТА МАЙБУТНЬОГО (LEGAL TECH ТА МЕТАВСЕСВІТ).....	69
Савчин М.	
КОНСТИТУЦІЙНІ ЗАСАДИ АДВОКАТУРИ ЯК САМОВРЯДНОГО ІНСТИТУТУ СПРИЯННЯ ПРАВОСУДДЮ	73
Сущенко В.	
АДВОКАТ – БАЗОВА ПРАВНИЧА СПЕЦІАЛЬНІСТЬ	77
Сьомак Т.	
ВИНИКНЕННЯ ТА РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ ВИНАГОРОДИ ЗА ПРОФЕСІЙНУ ДІЯЛЬНІСТЬ (ГОНОРАРУ) АДВОКАТА В УКРАЇНІ	80
Топчанюк О.	
ПРАВОВИЙ СТАТУС ПОМІЧНИКА ТА СТАЖИСТА АДВОКАТА В УКРАЇНІ ТА У ФРАНЦІЇ	84
Щербанюк О.	
СПЕЦІАЛІЗАЦІЯ АДВОКАТУРИ ЯК ВИМОГА РИНКУ ПРАЦІ.....	88

СЕКЦІЯ II. АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ СУДОВОЇ ВЛАДИ

Гусаров К.

НАБРАННЯ ЗАКОННОЇ СИЛИ СУДОВОЮ УХВАЛОЮ ЗА РЕЗУЛЬТАТАМИ РОЗГЛЯДУ СКАРГИ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ СУДОВОГО КОНТРОЛЮ ЗА ВИКОНАННЯМ СУДОВИХ РІШЕНЬ.....

93

Дроздов О.

НЕЯВКА СВІДКІВ ТА ІНШІ ОБМЕЖЕННЯ ПРАВА НА ДОПИТ

СВІДКІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЗА ПРАКТИКОЮ ЄСПЛ.....	96
<i>Казанцев С.</i>	
АНАЛІЗ СУЧАСНИХ ПОЗИЦІЙ ВЕРХОВНОГО СУДУ ЩОДО ПРАВ НА ЧАСТКУ У КАПІТАЛІ ГОСПОДАРСЬКОГО ТОВАРИСТВА.....	105
<i>Крат В.</i>	
КОНСТРУКЦІЇ РЕТРОСПЕКТИВНОГО ТА ПЕРСПЕКТИВНОГО ЗАСТОСУВАННЯ ВИСНОВКІВ КАСАЦІЙНОГО СУДУ: ОКРЕМІ РЕМАРКИ В КОНТЕКСТІ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ.....	109
<i>Moskvych L.</i>	
SHORTCOMINGS OF THE DISCIPLINARY PROCEDURE IN THE ASPECT OF INFRINGEMENT ON THE INDEPENDENCE OF JUDGES.....	114
<i>Панаїд Я.</i>	
ЗЛОВЖИВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИМИ ПРАВАМИ З МЕТОЮ ЗАТЯГУВАННЯ РОЗГЛЯДУ СПРАВИ: ПРАКТИКА ЄСПЛ.....	118
<i>Rudelka J.,</i> СУЧАСНЕ АДМІНІСТРАТИВНЕ - ПРОЦЕДУРНЕ ПРАВО УКРАЇНИ ТА ЙОГО ЗАСТОСУВАННЯ В СФЕРІ ПОДАТКОВОГО ПРАВА.....	121
<i>Савчин Н.</i>	
ПОРУШЕННЯ СТРОКІВ РОЗГЛЯДУ СПРАВИ: ОЧИМА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ.....	127
<i>Стефанчук М.</i> ПРІОРИТЕТНІ ЦІЛІ СУДОВОЇ РЕФОРМИ: РИЗИКИ ДОСЯГНЕННЯ.....	130

СЕКЦІЯ ІІІ. ПЕРШІ КРОКИ В НАУЦІ

<i>Бурдюкова В.</i> ДОСТУП АДВОКАТА ДО НАДАННЯ БЕЗОПЛАТНОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ.....	134
<i>Вергелес О.</i> АДВОКАТСЬКА ТАЄМНИЦЯ ЯК ГАРАНТІЯ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ.....	138
<i>Діденко В.</i> АДВОКАТ ЯК ESCROW AGENT: ПЕРСПЕКТИВИ ЗАКОНОДАВЧОГО ЗАКРІПЛЕННЯ В УКРАЇНІ.....	140
<i>Завада А.</i> ОСОБЛИВОСТІ ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ АДВОКАТА В РЕСПУБЛІЦІ ПОЛЬЩА.....	146
<i>Кіянська Н.</i> РОЗДУМИ ЩОДО КОНСТИТУЦІЙНОСТІ ЗАКРІПЛЕННЯ ОБОВ'ЯЗКОВОГО ЧЛЕНСТВА АДВОКАТІВ У НААУ.....	149
<i>Кондратьєва В.</i> ПРАВО АДВОКАТА НА ДОСТУП ДО ІНФОРМАЦІЇ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ.....	153
<i>Курільчук Д.</i> ПРОФЕСІЙНА ЕТИКА ТА ЮРИДИЧНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ АДВОКАТІВ.....	156

<i>Липтєва І.</i> ВІЙСЬКОВА АДВОКАТУРА: НЕОБХІДНІСТЬ ТА ПРОБЛЕМАТИКА ЗАПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ.....	159
<i>Оханкіна А.</i> ПРАВОВІ ПІДСТАВИ ПРЕДСТАВНИЦТВА АДВОКАТОМ КЛІЄНТА В СУДІ.....	162
<i>Пірмагомедова Е.</i> АДВОКАТ ЯК СУБ'ЄКТ НАДАННЯ БЕЗОПЛАТНОЇ ВТОРИННОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ В УКРАЇНІ: ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ.....	165
<i>Рубан М.</i> АДВОКАТСЬКА ТАЄМНИЦЯ: НЕДОЛІКИ ЗАКОНОДАВЧОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ.....	170
<i>Тверитінов Я.</i> ГАРАНТІЇ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ЇХ ПОРУШЕННЯ.....	174
<i>Ткаченко А.</i> ДО ВИРІШЕННЯ ДИСКУСІЇ ЩОДО ДОЦІЛЬНОСТІ ДОПУСКУ ІНОЗЕМЦІВ ДО АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ.....	177
<i>Челяда А.</i> ОСОБЛИВОСТІ НАДАННЯ БЕЗОПЛАТНОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ НАСЕЛЕННЮ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ.....	181
<i>Чуєнко О.</i> ОКРЕМІ АСПЕКТИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОСТУПУ ДО ПРАВА НА БЕЗОПЛАТНУ ПРАВОВУ ДОПОМОГУ В ПРАКТИЦІ ЄСПЛ.....	184

СЕКЦІЯ І.

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ

ІНСТИТУТУ АДВОКАТУРИ

Бакаєнова Н.,

*докторка юридичних наук, професорка,
в.о. завідувача кафедри організації судових,
правоохоронних органів та адвокатури,
адвокатка, секретар дисциплінарної
палати КДКА Одеської області,
заслужений юрист України,
Національний університет
«Одеська юридична академія»*

ДИСЦИПЛІНАРНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ АДВОКАТА: ПИТАННЯ ТЕРМІНОЛОГІЇ

У наукових дослідженнях різних напрямків нескладно прослідкувати загальну тенденцію інерційного використання загальноприйнятої термінології. Вживання звичних для нас термінів, без перевірки їхнього смислового навантаження, непомітно спрямовують у напрямку вже відомих рішень, а пам'ять послужливо підказує шляхи, які до нас раніше використовували інші дослідники.

До таких роздумів призвели результати обговорення питань професійної етики та юридичної відповідальності адвокатів під час XII Міжнародної науково-практичної конференції «Адвокатура: минуле, сучасність та майбутнє» (Одеса, 11 листопада 2022 р.), коли один з колег, адвокат з багаторічним досвідом практики, запитав, а чи можемо ми взагалі вживати термін «дисциплінарна відповідальність» стосовно адвокатів? Йшлося про те, чи існує взагалі «дисципліна» в адвокатурі, враховуючи специфіку здійснення адвокатської діяльності? Під час обговорення виникли й інші запитання: наприклад, чи не правильніше було б назвати дисциплінарний орган в адвокатурі «судом честі», відмовившись від звичної для нас «дисциплінарної палати кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури»?

Слід лише привітати, що при використанні самих, здавалося б, повсякденних, усталених термінів, коли всім нібито зрозуміло, про що йдеться, адвокати замислюються над питаннями, чи відповідає дана термінологія сучасному стану законодавства про адвокатуру та адвокатську діяльність і чи не вимагають ретельного коригування, а то й заміни, певні терміни?

Кожен з юридичних термінів має свою історію: від моменту виникнення терміну, його еволюції і до сучасного використання. Важливо, щоби з еволюцією суспільних правовідносин, правових інститутів тощо, терміни не втрачали свій первісний зміст. Наприклад, термін «клопотання» залишається актуальним в адвокатській діяльності так само, як і два століття тому. Водночас зберігати в законодавстві та використовувати у практичній діяльності терміни, якщо вони змінили своє значення або не відповідають реаліям сьогодення, є

недоцільним. Механічне перенесення терміну в іншу систему координат може призвести до неочікуваних результатів і проблем, які правозастосовній практиці не потрібні.

Відповіді на запитання, які лунають в адвокатському середовищі, можна знайти, звернувшись до правової науки, з'ясувавши зміст більш загальних термінів відносно терміну «дисциплінарна відповідальність» та визначивши функції дисциплінарної відповідальності адвоката. Вбачається не менш важливим пояснити й логіку впровадження терміну в законодавство, довести відсутність протиріччя між усталеним словом-терміном і сутністю зазначеного виду відповідальності, що застосовується до адвокатів.

Етіологія слова «дисципліна» широко відома: термін походить від *лат. disciplina* та має кілька значень «1) навчання, виховання; 2) строгий порядок». Варіативність застосування поняття спостерігається у різних сферах життєдіяльності. Так, у навчальному процесі під дисципліною розуміють навчальний предмет; у практичній діяльності - обов'язкове для всіх членів якогось колективу підпорядкування встановленим правилам; у психологічному аспекті - витриманість, звичку до суворого порядку.

Дисципліна за своєю природою неоднорідна: виокремлюють державну, трудову, навчальну, партійну та інші види дисципліни. Метою будь-якого виду дисципліни є стан упорядкованості соціальних зв'язків, а її результатом є суспільний порядок. При цьому кожен вид дисципліни має свою специфіку, залежно від природи приписів і розпоряджень, суб'єкта і т.і.

У загальнотеоретичному контексті в аспекті функціонування адвокатури дисципліна є підпорядкуванням адвокатів обов'язкам, які містяться у правових актах, корпоративних нормах, інших соціальних (наприклад, моральних) приписах. Сутність дисципліни адвоката полягає у його свідомому самообмеженні, відповідно до встановлених для адвокатів правил.

Дисципліна в адвокатурі є безумовним благом, цінністю, адже забезпечує впорядкування відносин, які виникають у ході здійснення адвокатської

діяльності та організації адвокатури. Дотримання строгого порядку захищає адвокатів та всіх, з ким адвокати взаємодіють (клієнти, суди, правоохоронні органи, органи адвокатського самоврядування і т.д.), від хаотичності, неузгодженості, порушення гарантій доступу до правосуддя, реалізації права кожного на професійну правничу допомогу. Отже, немає протиріччя при використанні поняття «дисципліна» щодо адвокатів.

Щодо заміни назви дисциплінарного органу адвокатури в Україні з «кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури» на «суд честі», то варто згадати, що суди честі в історії світової адвокатури традиційно розглядали професійні проступки адвокатів, зазвичай порушення ними адвокатської етики. Такі суди виносили різні стягнення - від морального осуду до виключення із адвокатури.

Зарубіжний досвід свідчить про застосування різних підходів до термінології щодо дисциплінарних органів адвокатури. Наприклад, притягнення адвокатів до дисциплінарної відповідальності за непрофесійну поведінку у ФРН й сьогодні належить до компетенції судів честі. Водночас Федеральний закон Австрії «Про дисциплінарний закон адвокатів та стажистів адвокатів» (Дисциплінарний статут для адвокатів і майбутніх адвокатів) передбачає функціонування дисциплінарного суду.

Чесць як соціально-психологічна риса особистості передбачає відповідність поведінки адвоката соціальним нормам, які визначають суспільні уявлення про порядність, чесність, бездоганну репутацію. Характерна ознака честі – наявність у людини доброго імені, позитивної репутації, яку вона має постійно підтримувати та захищати. При цьому честь адвоката розглядається не лише крізь призму загальних культурних, соціальних традицій, але й професійних вимог, корпоративних етичних правил. Таким чином, суд честі так чи інакше стосується питань репутації та доброго імені адвоката, визнання адвокатською спільнотою, що поведінка колеги є гідною, відповідає стандартам адвокатської професії в цілому.

Очевидно, не слід побоюватись самої можливості змін назви, форми дисциплінарного органу адвокатури в Україні і навіть зміни функціонального навантаження, якщо це призведе до удосконалення діяльності адвокатури. Зміни термінології, навіть у межах національної доктрини, відбувалися неодноразово протягом історії адвокатури (різні терміни щодо особи, яка надає правову допомогу, назви органів адвокатського самоврядування, і т.д.). Стійкість термінів неоднакова і залежить, мабуть, від ступеня стабільності системи, яка їх породила.

Термінологічні зміни, як правило, відбувались під час кризових явищ. Мабуть, і сьогодні така криза, яка викликана війною, призведе до переосмислення термінології. Водночас заміна термінів потребує визначення переваг нововведень над усталеною термінологією, враховуючи, що термін «кваліфікаційно-дисциплінарна комісія» відповідає завданням, які покладаються законодавцем на дисциплінарний орган адвокатури.

*Баранкова В.,
кандидатка юридичних наук,
доцентка кафедри цивільної юстиції
та адвокатури
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого*

ОСОБЛИВОСТІ НОТАРІАЛЬНОЇ ТА АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Юридичні інститути нотаріату та адвокатури покликані забезпечувати охорону та захист цивільних прав та інтересів, взаємодіючи із судовою системою та утворюючи низку стійких, стабільних та прозорих правових гарантій досягнення певного правового результату для фізичних та юридичних осіб як суб'єктів цивільно-правового обороту. При цьому навряд чи можна погодитися з ототожненнями функцій суду, наприклад, та адвокатури [1, с. 1001]

У системі форм захисту цивільних прав кожен з цих інститутів характеризують певні специфічні функції та завдання, також суттєво відрізняється правовий статус нотаріуса та адвоката як правників, що покликані надавати правову допомогу [2, с. 50].

Так, діяльність нотаріуса внаслідок її публічно-правового характеру відбувається в межах нотаріального провадження та детальної правової регламентації, тобто підкорюється вимогам нотаріальної процесуальної форми. Згідно ст. 39 Закону «Про нотаріат» порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами та посадовими особами органів місцевого самоврядування встановлюється Законом «Про нотаріат» та іншими актами законодавства України.

Адвокати ж самостійно обирають форми, методи та порядок діяльності, взаємодії з особами, інтереси яких вони представляють. Відповідно до ч. 1 ст. 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» під час здійснення адвокатської діяльності адвокат має право вчиняти будь-які дії, не заборонені законом, [правилами адвокатської етики](#) та договором про надання правової допомоги, необхідні для належного виконання договору про надання правової допомоги. Про дотримання вимог процесуальної форми йдеться лише у випадку, коли необхідно представляти інтереси фізичної та юридичної особи в суді, у зв'язку із цим виникають правові відносини інституту судового представництва і адвокат стає суб'єктом судового провадження [3, с. 13].

Діяльність нотаріусів носить публічно-правовий характер і є різновидом специфічної правозастосовної діяльності. На вчинення нотаріальних дій нотаріуси уповноважуються державою (ч. 1 ст. 3 Закону «Про нотаріат»), що впливає на специфічність порядку набуття нотаріальних повноважень. Нотаріальні дії вчинюються на підставі закону (ст.ст. 2 та 7 Закону «Про нотаріат») та в порядку, визначеному законом (ст. 39 Закону «Про нотаріат»), і тягнуть настання певних юридичних наслідків. Нотаріальні процесуальні акти мають те саме правовстановлювальне значення, що і судові рішення, з тією

відмінністю, що до нотаріуса звертаються у випадках відсутності цивільно-правового спору про право або факт. Адвокатська діяльність - незалежна професійна діяльність адвоката щодо здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги клієнту (п. 2 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»). Самостійними повноваженнями щодо постановлення правозастосовних актів адвокати не наділені, відповідно, адвокатська діяльність сама по собі не тягне такого юридичного наслідку як зміна статусу заінтересованої особи.

Суттєвими відмінностями за своїми правовими характеристиками володіють і оплата за вчинену нотаріальну дію та гонорар адвоката.

Далі, нотаріус не може довільно, на свій розсуд відмовити у вчиненні нотаріальної дії, не маючи для цього законних підстав, вичерпно передбачених у ст. 49 Закону «Про нотаріат». Нотаріусу або посадовій особі, яка вчиняє нотаріальні дії, забороняється безпідставно відмовляти у вчиненні нотаріальної дії. Більш того, незаконна відмова нотаріуса може бути оскаржена до суду. З метою утворення правових гарантій дотримання прав заінтересованих осіб та забезпечення законності відмови у вчиненні нотаріальної дії, закон передбачає її відповідне процесуальне оформлення. На вимогу особи, якій відмовлено у вчиненні нотаріальної дії, нотаріус або посадова особа, яка вчиняє нотаріальні дії, зобов'язані викласти причини відмови у письмовій формі і роз'яснити порядок її оскарження. Про відмову у вчиненні нотаріальної дії нотаріус протягом трьох робочих днів виносить відповідну постанову.

Виникнення правових відносин між адвокатом та особою, яка потребує правового захисту, значно більшою мірою залежить від розсуду адвоката. Звісно, правила п. 4 ч. 2 ст. 21 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» забороняють адвокату відмовлятися від надання правової допомоги, крім випадків, встановлених законом (ст. 28 цього Закону). Але жодних правових гарантій або чіткого правового механізму забезпечення виконання цього правила Законом не встановлено. Поряд із цим, відповідно до

ч. 3 ст. 27 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» до договору про надання правової допомоги застосовуються загальні вимоги договірної права, а, отже, й правила ст. 627 Цивільного кодексу щодо свободи договору, відповідно до яких сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента, також.

Відповідно, правовідносини між адвокатом та клієнтом базуються на підставі договору та мають приватно-правовий характер, хоча у науковій літературі справедливо зазначалося про необхідність закріплення правових норм, що забезпечили б підвищену кримінально-правову охорону адвоката як особи, що виконує публічно-правову функцію і бере участь у процесі відправлення правосуддя [4, с. 146; 5] . Правові відносини між нотаріусами та заінтересованими особами характеризуються публічно-правовим характером, внаслідок якого нотаріус забезпечує рівні правові умови та дотримання закону для всіх учасників нотаріальної дії, навіть і тих, що до нього не зверталися і про бажання інших осіб щодо вчинення нотаріальної дії, результати якої можуть вплинути на їх права, попередньо були не обізнані. Таким чином, адвокат зобов'язаний діяти в інтересах свого клієнта, а діяльність нотаріуса гарантує дотримання прав та недопущення порушень закону стосовно всіх заінтересованих осіб.

Внаслідок публічності інституту нотаріату кількість посад нотаріусів у всіх країнах системи класичного (латинського) нотаріату обмежується державою, і саме таким чином мало б бути вирішене це питання і у вітчизняному законодавстві з метою запобігання конкуренції, що не є припустимою у нотаріальній діяльності. Саме потреби ефективності нотаріальної та судової практики вимагають, нарешті, припинення наукової дискусії у цій царині та належного унормування обмеження кількості посад нотаріусів у певному нотаріальному окрузі. Адвокати ж цілком виправдано регулюють свою чисельність самостійно, виходячи зі змісту ч. 1 ст. 2 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», відповідно до якої адвокатура України є недержавним самоврядним інститутом, що самостійно

вирішує питання організації і діяльності адвокатури в порядку, встановленому цим Законом.

Нотаріальні повноваження отримуються від держави, тому реалізуються винятково за правилами цивільної процесуальної форми і не можуть бути обмежені, процесуальний порядок вчинення конкретної нотаріальної дії залишається одним і тим самим у випадку звернення до будь-якого нотаріуса України. Повноваження адвоката визначаються особою, права та інтереси якої він представляє, тому відповідно до ч. 4 ст. 26 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокат зобов'язаний діяти в межах повноважень, наданих йому клієнтом, у тому числі з урахуванням обмежень щодо вчинення окремих процесуальних дій.

Література:

1. Святослав Антонюк. Суд і адвокат в Україні: реалії сьогодення та проблеми етики взаємовідносин. *Traektoriâ Nauki = Path of Science*. 2019. Vol. 5. No 7 с. 1001 – 1014
2. Максим Шпак. Окремі проблеми надання правової допомоги у судах України у цивільному процесі в сучасних умовах, *Проблеми законності*. 2021, №7. С. 49 -55
3. Шпак м. Професійне представництво адвоката у цивільному процесі. 2020. Харків. Право. 224 с.
4. Вільчик Т.Б. Професійні права адвоката і гарантії адвокатської діяльності у країнах Європейського союзу. *Науковий вісник Ужгородського національного університету, Серія Право*, вип. 50, том 2, 2018, с. 143 – 147
5. Вільчик, Т. Б. (2022). Адвокатура та судова влада: історичні аспекти взаємодії. *Форум Права*, 72 (1), 50–61. <http://doi.org/10.5281/zenodo.6783715>

Баулін Ю.,
*професор кафедри кримінального права,
доктор юридичних наук, професор
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого*

НОВІ ОБСТАВИНИ, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ КРИМІНАЛЬНУ

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ОСОБИ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

1. Під час дії воєнного стану були ухвалені закони, які передбачають нові обставини, що виключають протиправність діяння: 1) Закон України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України» від 03 березня 2022 року. 2) Закон України «Про внесення змін до Кримінального кодексу України та інших законодавчих актів України щодо визначення обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння, та забезпечують бойовий імунітет в умовах дії воєнного стану» від 15 березня 2022 року.

2. КК доповнений ст.43-1 «Виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України», а по суті це є суб'єктивним правом особи. **Підстава** використання цього права – збройна агресія рф або агресія іншої країни. **Ознаки** поведінки особи з використання зазначеного права: 1) суб'єкт – не комбатант, 2) об'єкт – життя та здоров'я особи, що здійснює агресію, майно або правоохоронювані інтереси, 3) об'єктивна сторона: суспільно корисне діяння не комбатанта, яке заподіяло смерть або тілесні ушкодження особі, яка здійснює агресію проти України, або шкоду правоохоронюваним інтересам в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту; 4) мета – відсіч та стримування збройної агресії рф або збройної агресії іншої країни.

Слід погодитися з тим, що межі заподіяння шкоди особою при використанні зазначеного суб'єктивного права особи законом не встановлені, а це означає, що правомірним є заподіяння смерті чи тілесних ушкоджень будь-якій кількості агресорів, знищення чи пошкодження будь-якої кількості майна агресора (Ю.Пономаренко), а також спричинення шкоди правоохоронюваним інтересам.

3. Розділ 2 «Прикінцеві та перехідні положення» чинного КК доповнений пунктом 22 наступного змісту: «Цивільні особи не несуть кримінальної відповідальності за застосування вогнепальної зброї проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України, якщо така зброя застосована відповідно до вимог Закону України "Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті

України". Дія цього закону поширюється на усіх осіб, які отримали вогнепальну зброю і боєприпаси до неї відповідно до порядку та вимог, установлених МВС України, незалежно від дати їх видачі, та застосовується протягом дії воєнного стану і 10 днів після його припинення або скасування (п.2 Прикінцевих та перехідних положень закону).

Згідно Порядку застосування цивільними особами вогнепальної зброї під час участі у відсічі та стримування збройної агресії Російської Федерації та/або інших держав проти України у період дії воєнного стану, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 15 квітня 2022 р. №448, цивільні особи мають право застосувати вогнепальну зброю для(**підстави застосування**): 1) відбиття нападу або запобігання загрози нападу на військові та/або цивільні об'єкти, що охороняються; 2) запобігання вчиненню та/або припинення протиправних дій чи діяльності осіб, причетних до збройної агресії; 3) звільнення захоплених військових та/або цивільних об'єктів або запобігання (перешкоджання) такому захопленню; 4) знищення зброї, бойової техніки, транспортних або технічних засобів, які перебувають у користуванні осіб, причетних до збройної агресії; 5) захисту цивільних осіб, військових та/або цивільних об'єктів від нападу; 6) запобігання та/або припинення діяльності, затримання, роззброєння або знешкодження осіб, причетних до збройної агресії; 7) припинення дій осіб, які вчинили або вчиняють правопорушення; 8) припинення дій осіб, які перешкоджають виконання законних вимог осіб, залучених до виконання завдань, пов'язаних із запровадженням і здійсненням заходів правового режиму воєнного стану; 9) відбиття нападу на осіб, залучених до виконання завдань, пов'язаних із запровадженням і здійсненням заходів правового режиму воєнного стану, або інших осіб, у разі виникнення загрози їх життю чи здоров'ю (п. 4 Порядку).

4. Стаття 1 Закону України « Про оборону України» доповнена абз.3, в якому визначається **бойовий імунітет** як підстава звільнення , а по суті - виключення кримінальної відповідальності певної особи за шкоду, заподіяну в умовах бойового імунітету. Аналіз зазначених положень закону дає можливість

сформулювати підставу та ознаки правомірного діяння, що вчиняється в умовах бойового імунітету. **Підставою** є збройна агресія проти України або збройний конфлікт на території України. **Ознаки** діяння: 1) суб'єкт – представник військового командування, військовослужбовець, доброволець Сил територіальної оборони ЗСУ, працівник правоохоронного органу, який відповідно до своїх повноважень бере участь в обороні України, особа, визначена Законом України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України»; 2) об'єкт – життя та здоров'я особового складу, бойова техніка та інше військово майно, інші правоохоронювані інтереси особи, суспільства, держави; 3) об'єктивна сторона – планування, застосування зброї чи іншої сили або виконання іншого завдання з оборони України із застосуванням будь-яких видів зброї (озброєння) чи іншої сили під час відсічі збройної агресії проти України або ліквідації (нейтралізації) збройного конфлікту, що спричинило втрату особового складу, бойової техніки та іншого військового майна, або шкоду іншим правоохоронюваним інтересам, 4) суб'єктивний контроль: а) неможливість передбачення зазначених наслідків з урахуванням розумної обачливості при плануванні чи виконанні дій (завдань) або б) спричинені наслідки охоплюються виправданим ризиком, тобто 1) поставлену мету не можна було досягти в даній обстановці діянням, не поєднаним з ризиком, і 2) особа обґрунтовано розраховувала, що вжиті нею заходи є достатніми для відвернення шкоди правоохоронюваним інтересам.

Закон передбачає лише одне обмеження заподіяння шкоди в умовах бойового імунітету, а саме: забороняється порушувати закони і звичаї війни або застосовувати збройну силу, визначені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Вчинення таких дій тягне за собою кримінальну відповідальність на загальних підставах.

5. Здійснення публічною службовою особою владних повноважень для відсічі збройної агресії проти України як обставину, що виключає кримінальну відповідальність, передбачено у ч. 3 ст. 9 ЗУ «Про правовий режим воєнного стану»: «В умовах воєнного стану особа, уповноважена на

виконання функцій держави або місцевого самоврядування, не несе відповідальність, у тому числі кримінальну, за рішення, дії чи бездіяльність, негативні наслідки яких неможливо було передбачити або які охоплюються виправданим ризиком за умови, що такі дії (бездіяльність) були необхідні для відсічі збройної агресії проти України або ліквідації (нейтралізації) збройного конфлікту». **Підставою** для вчинення зазначених дій є наявність необхідності їх вчинення для відсічі збройної агресії проти України або збройного конфлікту. **Ознаки** правомірного діяння: 1) суб'єкт – особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (ч. 1 ст. 3 ЗУ «Про запобігання корупції»), 2) об'єкт – правоохоронювані інтереси особи, суспільства, держави, 3) об'єктивна сторона – ухвалення рішення або вчинення дії чи бездіяльності в межах владних повноважень в умовах воєнного стану, що спричинило шкоду (негативні наслідки) правоохоронюваним інтересам, 4) мета – відсіч збройної агресії проти України або ліквідація (нейтралізація) збройного конфлікту, 5) суб'єктивний контроль – неможливість передбачити настання негативних наслідків при ухваленні рішення чи вчиненні дії або бездіяльності або настання негативних наслідків охоплювалося виправданим ризиком.

*Безега Т.,
кандидатка історичних
наук, докторка філософії,
адвокатка*

ОСОБЛИВОСТІ ПУБЛІЧНОГО АДМІНІСТРУВАННЯ В АДВОКАТУРІ УКРАЇНИ

Прийнятий Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 5 липня 2012 року №5076-VI, дав можливість створити стабільну інституцію, яка складається з національного та регіонального рівнів, з органів представницької вертикалі – рад адвокатів, і кваліфікаційно-дисциплінарних палат регіонів, та вищих органів – Ради адвокатів України і Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури [9].

Ратифікація угоди про асоціацію з Європейським Союзом засвідчила вибір Україною європейської системи цінностей та стандартів захисту прав людини, додержання яких на практиці можливе за умови реалізації принципу верховенства права, забезпечення кожного права на справедливий судовий розгляд незалежним та неупередженим судом, а також ефективного виконання своїх функцій суміжними правовими інститутами і перш за все адвокатурою України [1].

Розвиток публічного адміністрування в системі адвокатської діяльності України зумовлений не лише інтеграційними процесами, що їх спричиняє глобалізація, а й потребою гармонійного розвитку вітчизняної системи правосуддя, в якій існує та розвивається спеціалізація судів і суддів, що також є загальносвітовою тенденцією та кореспондується з європейськими стандартами здійснення судочинства. Законодавче запровадження функціональної спеціалізації в адвокатурі України (можливості набуття статусу спеціалізованого адвоката) вимагає системного підходу, який повинен охоплювати заходи, спрямовані на розробку типологізації спеціалізації адвокатів, умов і механізму набуття такого статусу, а також організаційний зріз, який передбачає зміну відповідних структур органів адвокатського самоврядування [3].

Складність адміністративно-правового статусу органів адвокатського самоврядування обумовлена комплексним характером низки правових норм, які його регулюють. Водночас, на жаль, публічне адміністрування і управління адвокатури в Україні є відносно недослідженою площиною, а реформування адвокатури та запровадження євростандартів в діяльності адвокатів підкреслюють актуальність наукових викликів у цій сфері. Якщо питання адміністрування і управління в правоохоронних і правозахисних органах досліджували багато науковців, то дані питання стосовно органів адвокатського самоврядування залишаються недостатньо вивченими [5].

Специфіка інституту адвокатури полягає в захисті двох абсолютно різних інтересів – приватного та публічного. Тобто, діяльність органів адвокатури в

сфері публічного права, в цілому статус адвокатури як інституції громадянського суспільства, вказує на необхідність адміністративного впливу в функціонуванні адвокатури [7].

На думку В.М.Бевзенка та Р.С. Мельника, до носіїв делегованих повноважень, як суб'єктів публічної адміністрації, належать представники самоврядних професій: арбітражні керуючі, приватні нотаріуси, митні брокери, третейські суди (судді) та адвокати (щодо виконання ними функцій публічної адміністрації) [8]. Дійсно, названі суб'єкти надають публічні послуги, що мають вагоме суспільне значення та/ або виступають юридичними фактами для виникнення, зміни припинення правовідносин. Однак, як вірно зазначає І.П.Яковлев, тут застосовується інший, не пов'язаний із адмініструванням/управлінням, зміст цієї категорії. Названі суб'єкти надають публічні (важливі для соціуму) послуги, але не є суб'єктами владно-розпорядчого впливу і носіями делегованих повноважень [10], тому на відміну від органів їх професійного самоврядування не можуть бути віднесені до публічної адміністрації [2].

Науковцями-адміністративістами встановлено, що публічне адміністрування як форма реалізації публічної влади - це адміністративна діяльність суб'єктів публічної адміністрації, яка є зовнішнім виразом реалізації завдань (функцій) виконавчої влади, що здійснюється з метою задоволення публічного інтересу й негативно відмежовується від законодавчої судової та політичної діяльності [4].

В свою чергу, публічне адміністрування в адвокатурі є важливою складовою розвитку сучасної держави. Досягнення належного рівня ефективності та якості адвокатської діяльності зумовлюється багатьма факторами, найважливішими з яких є: нормативне регулювання, освітня, наукова та практична підготовка, професійність, правова активність та інше. Ці фактори складають основу для визначення інституційних характеристик адвокатури [6].

За ствердженням Л.М.Волкової публічне адміністрування адвокатури - це особливий вплив державної влади на самостійний, незалежний та специфічний інститут громадянського суспільства (адвокатуру), що здійснюється спеціальними суб'єктами судово-виконавчої адміністрації для правового, організаційного, інформативного забезпечення адвокатів, кадрового наповнення адвокатури, розвитку координації і співпраці держави з адвокатурою з метою реалізації права кожного на правову допомогу і судовий захист [3].

Отже, детальне дослідження особливостей органів адвокатського самоврядування в системі публічного адміністрування дає підстави стверджувати, що система органів адвокатського самоврядування в Україні довела свою спроможність у виконанні визначених перед нею державою та адвокатською спільнотою завдань. Однак певні аспекти адміністративно-правового забезпечення органів адвокатського самоврядування потребують свого подальшого удосконалення з метою оптимізації механізму їх функціонування.

Література:

1. Безега Т.М. Реформування інституту адвокатури в сучасній правовій системі України // Адвокатура України: сучасний стан та перспективи розвитку: матеріали III Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 16 грудня 2021 р.) / [редкол.: Т.Б.Вільчик (голова) та ін.] – Харків: Право, 2021. – С. 106–108.
2. Біла В.Р. Правові форми публічного адміністрування в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.07. – Національний авіаційний університет, Міністерство освіти і науки України, м. Київ, 2020. 431 с
3. Волкова Л. М. Публічне адміністрування адвокатури України. Науковий вісник публічного та приватного права. Випуск 3, Том 1, 2019. С. 106 – 110.
4. Галунько В., Діхтієвський П., Кузьменко О., Стеценко С. та ін. Адміністративне право України. Повний курс : підручник. Херсон : ОЛДІ-ПЛЮС, 2018. 446 с.
5. Гвоздй В.А. Адміністративно-правовий статус органів адвокатського самоврядування. : дис. ...к-та юрид. наук 12.00.07. ПрАТ «Вищий навчальний заклад «Міжрегіональна Академія управління персоналом». – Київ, 2020; Тернопільський національний економічний університет. – Тернопіль, 2020. 301 с.

6. Грисюк В.В. Теоретичні засади юридичних технологій здійснення адвокатської діяльності : спеціальність 081 – Право, Дисертація на здобуття ступеня доктора філософії, Національний університет «Одеська юридична академія», Міністерство освіти і науки України, Одеса. 2021 р. 202 с.

7. Заборовський В.В. Правовий статус адвоката в умовах становлення громадянського суспільства та правової держави в Україні: дис. ...д-ра юрид. наук : спеціальністю 12.00.10 Київський національний університет імені Тараса Шевченка. Міністерство освіти і науки України. Київ, 2017. 577 с.

8. Мельник Р.С., Бевзенко В.М. Загальне адміністративне право : Навчальний посібник. К. : Ваїте, 2014. 376 с.

9. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI. Відомості Верховної Ради України, 2013. № 27. Ст. 282. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text>

10. Яковлев І.П. Форми і методи публічного адміністрування у державній митній справі : дис. ... канд.. юрид. наук : 12.00.07. Одеса, 2016. 224 с.

*Білецька Г.,
кандидатка медичних наук, доцентка,
кафедра криміналістики
Національного юридичного університету
Імені Ярослава Мудрого*

СУДОВО-ПСИХІАТРИЧНА ОЦІНКА ПСИХОПАТІЙ В АДВОКАТСЬКІЙ ПРАКТИЦІ

Під психопатіями або розладами особистості розуміють стійкі аномалії особи, що характеризуються дисгармонією емоційно-вольової сфери та своєрідним, переважно афективним мисленням. Психопатичні особливості починають проявлятися в дитинстві або юності і без значних змін зберігаються протягом усього життя. Вони охоплюють всю особу, визначають її структуру і перешкоджають повноцінному пристосуванню особи до навколишнього середовища, ускладнюють її адаптацію.

Психопатія - це незвичайний, аномальний характер. Його походження залишається недостатньо з'ясованим. Існують три основних погляди на це питання. Згідно з першим твердженням, психопатію вважають вродженим стражданням. Відповідно до другого - спотворення характеру формуються протягом життя людини під впливом несприятливих факторів мікросередовища й умов виховання. Прихильники третього погляду розглядають походження

психопатій як результат взаємодії вроджених і діючих у ранні роки розвитку особи факторів. За особливостями походження О. В. Кербіков поділяв психопатів на ядерні - вроджені, конституціональні, тобто зумовлені особливостями загальної тіло будови, краєві, котрі формуються внаслідок несприятливих впливів середовища та органічні, що виникають після перенесених в дитинстві та в юності різних захворювань. Формування психопатій відбувається до кінця пубертатного періоду, до того часу, коли завершується розвиток характеру людини.

За клінічними особливостями, з урахуванням найбільш виразних аномальних рис характеру, виокремлюють кілька варіантів психопатій: збудливого, істеричного, параноїального, гальмівного, шизоїдного типів; нестійкі або мозаїчні.

Психопатичні особи, котрі скоюють правопорушення в стані компенсації, а таких абсолютна більшість, визнаються осудними. Ця загальновизнана точка зору обумовлена уявленнями про психопатію як аномалію особи, а не хворобу в сенсі медичного критерію неосудності (ст. 12 Кримінального кодексу України (ККУ)) та свідомості їх вчинків, тобто відсутності ознак юридичного критерію неосудності.

Зрив компенсаторних механізмів - декомпенсація проходить в умовах суб'єктивно значущої для особи психотравмуючої ситуації: в цих випадках виникають психопатичні реакції різної клінічної структури. Залежно від того, облігатні чи факультативні риси особи піддалися зриву, спостерігаються неодинакові рівні порушення соціальної адаптації та різні ступені психопатичної декомпенсації. Реакції без грубих ознак втрати компенсаторних можливостей, з загостренням переважно облігатних сторін особи (однозначні типу психопатій) повинні розглядатися як такі, котрі не тягнуть за собою неосудності, не дивлячись на те, що при них можуть спостерігатись афективна логіка і психопатична мотивація. Обґрунтуванням осудності тут слугує відсутність тотальності психопатичних порушень, достатня збереженість

соціальної адаптації до правопорушення. Психопатичний склад особи робить ці реакції лише більш виразними, гострими.

Невідповідальність при неоднозначних реакціях зумовлена вкрай перекрученою емоційністю з неадекватністю наявній причині, незвичайною злобністю, жорстокістю на фоні дисфоричного чи депресивного настрою. Ці ознаки бувають помітними ще до делікту (правопорушення), соціальна адаптація виявляється зміненою. Єдиною ознакою, що призводить до неосудності, тут є порушення критичного ставлення до своїх вчинків, діянь «всупереч очікуванням». Це тягне за собою порушення здатності керувати власними діями та розуміти їх. Порівняна короткочасність цих дій та реакцій, їхній зв'язок із зовнішніми приводами дає право прирівнювати їх до тимчасових хворобливих розладів психічної діяльності.

Для психопатичного розвитку «глибокої психопатії» характерні довготривалі стан крайньої загостреності всіх особливостей, зміна мотиваційної сфери. Ці явища супроводжуються втратою або значним зниженням соціальної адаптації. Сукупність вказаних ознак і зумовлює визнання таких хворих неосудними за ознаками «інших хворобливих станів» - ст. 19 ККУ.

Судово-психіатрична оцінка патологічного паранояльного розвитку різна, залежно від етапу і психопатологічного змісту синдрому. Наявність домінуючих ідей як утворень, що лежать в основі психологічних переживань, що являють собою афективно-забарвлені думки та уявлення, не змінюють якісну структуру особи і не порушують грубо соціальну адаптацію, потрібно розцінювати як стани, котрі не виключають осудності.

Хворобливий психотичний характер синдрому паранояльних ідей - якісно нове утворення в клініці психопатій. Довготривалість і стійкість таких ідей надає право прирівнювати їх до хронічних психічних захворювань медичного критерію, тому що ознаки маячного стану перешкоджають можливості розуміти свої дії та керувати ними, і це дозволяє оцінювати таких осіб як неосудних.

Таким чином, переважна більшість психопатичних осіб залишається поза увагою психіатрів, тому виявлення дійсної розповсюдженості психопатій серед населення дуже утруднено. Якщо людина характеризується такою, що має «складний характер» або у адвоката виникають певні труднощі при спілкуванні із такою особою, то слід клопотати про призначення судово-психіатричної експертизи, висновок якої допоможе суду визначитися про осудність такої особи у кримінальному процесі або про дієздатність у цивільному судочинстві.

*Василик І.,
адвокат, к.і.н., доцент, керівник
Центру досліджень адвокатури і
права, проректор Вищої школи
адвокатури НААУ*

ПАЕ ПОЛЬЩІ ТА УГОРЩИНИ: КЛЮЧОВІ АСПЕКТИ

Адвокатура Польщі та Угорщини регулюється Законами про адвокатуру цих країн, а у дотриманні правил етики - Кодексом поведінки європейських адвокатів. Кожна із цих країн має свої, удосконалені, правила адвокатської етики, прийняті на З'їзді адвокатів. Подібно, як і в Україні, Правила описують усі сфери діяльності адвоката.

Після початку повномасштабної війни багато українських колег виїхали до цих сусідніх країн, тому їм в першу чергу потрібно розуміти основні аспекти правил етики адвокатів цих країн.

У Польщі, як і в Угорщині, авторитет адвокатури в суспільстві достатньо високий, що забезпечує довіру до цього правового інституту, тому застосовуються підвищені вимоги щодо дотримання правил професійної та загальнолюдської етики. Першочергові вимоги до адвокатів - це **довіра і особиста порядність**, зафіксовані у Кодексі поведінки європейських адвокатів (п. 2.2.) і в правилах етики Польщі та Угорщини.

Почнемо із так званих "неписаних" правил, які застосовуються у адвокатському середовищі, так би мовити, за замовчуванням.

Неписані правила етики адвокатів.

1. Звертання до адвоката.

У цих країнах до адвоката звертаються у формі: Пане/Пані Адвокат, у Польщі достатньо популярним є ще звернення - Пане/Пані Меценас (не плутати з меценатом). У листуванні оба слова пишуться з великої літери. Тільки до представників чотирьох професій у цих країнах звертаються у такій формі - до суддів, адвокатів, лікарів і викладачів вищих навчальних закладів. Така традиція, що скалалася історично з розвитком «доби вчителів» і «доби адвокатів» ще від кінця XVIII ст., існує й досі.

Якщо адвокат має ще і науковий ступінь доктора наук (кандидата наук) або звання професора, то у звертанні спершу йтиме звернення саме як до доктора чи професора, а тоді вже як до адвоката: Пане/Пані Доктор, чи Пане/Пані Професор, а тоді вже Пане/Пані Меценас.

2. Оплата гонорару колезі. У випадку не оплати клієнтом гонорару адвокату, якого залучено до справи за рекомендацією когось із колег, оплачувати гонорар буде той адвокат, котрий порекомендував клієнта, навіть якщо він його особисто не знає.

3. Оплата гонорару за працю померлого адвоката. Оплата частини гонорару за виконану роботу сім'ї або фірмі померлого адвоката, який раніше брав участь у справі.

"Писані" правила етики адвокатів, зафіксовані у Кодексах адвокатської етики цих країн, наголошують, що однією із ключових вимог є зобов'язання постійно дотримуватись правил адвокатської етики 24 години і 7 днів на тиждень, не розмежовуючи свою поведінку на професійну діяльність та приватне життя.

Пошук клієнтів. У Польщі і в Угорщині відмінний від України підхід до пошуку клієнтів. Тут, як і інших країнах ЄС, адвокатура зорієнтована, здебільшого, на принцип: пошук клієнтом свого адвоката, а не пошук адвокатом свого клієнта. Тобто репутація адвоката має визначальне значення. Тому така висока увага до реклами адвокатів, яка, у широкому розумінні цього

слова, заборонена. Більше того, відповідно до положень Розділу 10 Правил адвокатської етики Угорщини кожна Палата адвокатів регіону затверджує уніфіковану і обов'язкову для дотримання форму основної/першої сторінки веб-сайту адвоката, який є членом даної Палати адвокатів регіону, а також зміст її текстового наповнення. Зазвичай – це стисла, офіційна інформація про адвоката, його спеціалізація за галузями права, контактні дані та посилання на веб-сайт Палати адвокатів регіону.

З розвитком соціальних мереж постало питання реклами у них адвокатської діяльності, тому Палата адвокатів Угорщини застосовує **принцип аналогії**, коли адвокат має право зареєструвати власний аккаунт у соціальних мережах, але його форма та зміст повинні відповідати вимогам, які застосовуються щодо веб-сторінки адвоката.

Важливими принципами адвокатської професії, яких дотримуються польські та угорські колеги, є **принцип професіоналізму та принцип рівності**. Часто популярна в Україні тактика пошуку клієнтів так званих "медійних адвокатів", тобто тих, які виступають у ЗМІ в ролі експертів, в країнах ЄС категорично не заборонена, але і не толерується.

Так, позиція Палати адвокатів Угорщини з даного питання полягає у рекомендаціях адвокатам утримуватись від надмірної присутності у медійному просторі, оскільки така поведінка адвоката надає йому додаткові рекламні переваги і створює переваги перед іншими колегами, що є порушенням принципу рівності адвокатів. Правила адвокатів Польщі застерігають адвокатів не ставати "прес-секретарями" своїх клієнтів, коментуючи справи у ЗМІ. Таким чином зберігається принцип професіоналізму і принцип рівності.

У взаємовідносинах адвоката з колегами, протилежною стороною, судом та іншим органом влади, як у Польщі, так і в Угорщині, адвокат повинен знати про певні вимоги. Найважливіші з них:

1. Адвокат не може ініціювати консультації та контакти з протилежною стороною без згоди адвоката протилежної сторони.

2. Адвокат повинен негайно повідомити про переговори із протилежною стороною свого клієнта.

3. Адвокат не має права приймати участь у протиправних діяннях, які посягають на порушення майнових прав.

4. Адвокат одночасно з поданням заяв, клопотань та інших процесуальних документів за загальним правилом надсилає їх копії на відому йому електронну адресу адвоката протилежної сторони, якщо адвокат протилежної сторони прямо не розпорядився інформувати його іншим шляхом.

5. Адвокат у судових процесах має право використовувати кореспонденцію та пропозиції, що стосуються позасудових угод з протилежною стороною, лише за згодою адвоката протилежної сторони.

6. Адвокат зобов'язаний негайно повідомити адвоката протилежної сторони, якщо він не в змозі відповісти на його запит чи пропозицію у розумні строки.

7. Після закінчення строку дії договору правової допомоги, адвокат зобов'язаний надати колезі, який вступив у справу після нього, всю необхідну та достовірну інформацію для здійснення ним подальшого ефективного представництва чи захисту клієнта у справі:

- адвокат, який вступив у справу, має право повідомити клієнту лише свою відмінну від попередника юридичну позицію по справі, і не має право надавати оцінку професійним здібностям чи діяльності попереднього адвоката у справі.

- у випадку коли адвокат просить перенести судове засідання за умови виправданої необхідності чи іншу процесуальну дію у справі, адвокат протилежної сторони має право погодитись на таке перенесення у випадку, якщо його клієнт не має заперечень і дане перенесення не зашкодить його інтересам.

Конфлікти у адвокатському середовищі не прийнято виносити на публічне обговорення в жодному випадку, тим більше у соціальних мережах. Будь які публічні обговорення або створення штучних чи поглиблення

існуючих в адвокатському середовищі конфліктів та суперечок, розглядаються як порушення вимог Правил адвокатської етики Угорщини чи Польщі.

Надання адвокатури Угорщини прав нотаріату. Важливо наголосити на тому, що в Угорщині, що не притаманно для адвокатури України, до видів адвокатської діяльності відносять право угорських адвокатів на вчинення дій, які є характерними для нотаріату України, а саме: видавати та посвідчувати довіреності, посвідчувати справжність копій документів, посвідчувати підпис особи на документах, приймати на депозитний рахунок адвоката кошти від клієнта з подальшим розпорядженням ними відповідно до отриманих від клієнта вказівок.

Вільчик Т.,

*доктор юридичних наук, професор,
кафедра цивільної юстиції та адвокатури
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого, адвокат*

ОПТИМІЗАЦІЯ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ ІНСТИТУТУ АДВОКАТУРИ ЯК ПЕРСПЕКТИВА ЙОГО РОЗВИТКУ

Сутність інституту адвокатури полягає у тому, що він одночасно є невід'ємною частиною судової системи, незалежність якої базується на поділі влади, яка може функціонувати лише за наявності дійсно незалежної адвокатури [1]. Інститут адвокатури, покликаний здійснювати захист прав і свобод особи, виконує публічну функцію, обумовлену з утвердженням принципу верховенства права, для реалізації якої край необхідною є конструктивна взаємодія між адвокатами та суддями.

Прийняттям Указу Президента "Про Стратегію реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки" № 276/2015 було зроблено перший крок на шляху визначення місця та ролі інституту адвокатури у системі судочинства. Відповідно до Указу Президента адвокатура і прокуратура визнані "суміжними інститутами" у системі судової влади.

Конституційна реформа 2016 року щодо правосуддя по-новому визначила

місце адвокатури у системі судової влади у світлі як євроінтеграційних прагнень, так і орієнтацію на позитивний міжнародний досвід функціонування правозахисних інституцій. Норми, присвячені інституту адвокатури, знайшли своє закріплення у розділі VIII Конституції України під назвою "Правосуддя", що, на наш погляд, значно підвищило її статус і роль у суспільстві.

У постанові від 30.05.2018 року Верховний Суд звернув увагу на особливий характер адвокатської професії, представники якої є *учасниками творення правосуддя*, у зв'язку з чим адвокати користуються, зокрема, імунітетом від судового переслідування за свої виступи в залі суду [2].

Міжнародні документи також наголошують на необхідності ефективної співпраці між суддями та адвокатами задля забезпечення потреб сторін. Звертають увагу на їх спільний обов'язок – дотримання процесуальних норм і принципів справедливого судочинства. Особливий акцент робиться на суттєвій ролі адвокатів у справедливому відправленні правосуддя [3].

У контексті питання взаємодії адвокатів та суддів важливим є рішення ЄСПЛ у справі *"Намазов проти Азербайджану"* № 74354/13, у якому ЄСПЛ зазначив, що належне функціонування судів було би неможливим без відносин, заснованих на довірі та взаємоповазі між різними учасниками правосуддя, на чолі яких є судді та адвокати. Роль адвоката як гаранта доступу до правосуддя кожному визначається Європейським судом з прав людини, зокрема у справі *"Голдер (Golder) проти Об'єднаного Королівства"* Європейський Суд створив важливий прецедент, згідно з яким держава не лише зобов'язана надати обвинуваченому можливість скористатися юридичною допомогою, а й забезпечити належну якість цієї допомоги (*"Артико проти Італії"*).

Ефективна взаємодія інститутів судової влади та адвокатури впливає не лише на реалізацію конституційного права кожної особи на захист, але й на якість винесених рішень, діяльність судової влади загалом та рівень довіри населення до існуючого в Україні механізму правосуддя. У національному галузевому законодавстві, так як і у законодавстві більшості колишніх країн СНД, не визначається правова природа інституту адвокатури, її значення та

місце у системі судової влади. Не існує єдності поглядів на це питання і серед науковців.

Точку зору, відповідно до якої адвокат розглядається як слуга, помічник правосуддя або ж посередник під час його здійснення, не поділяє В.В. Заборовський, на думку якого вказана позиція не відповідає суті та основному призначенню адвокатури, а лише "принижує, дає викривлене розуміння її сутності." Крім того, на думку автора, вказана позиція входить у протиріччя з основним принципом діяльності адвокатури – принципом її незалежності [4, с.52].

По-перше, слід зазначити, що на рівні Основного закону нашої держави чітко визначено взаємозв'язок між адвокатурою та судовою владою. Розмістивши статтю 131-2, присвячену інституту адвокатури, у розділі VIII "Правосуддя", законодавець, по суті, визначив конституційно-правовий статус адвокатури та її місце у системі судочинства. Частина перша ст.131-2 Конституції України закріплює норму, відповідно до якої незалежність адвокатури гарантується. Отже, на конституційному рівні адвокатуру визнано незалежним інститутом, що займає чільне місце у механізмі здійснення правосуддя.

По-друге, виходячи з європейських прагнень нашої держави, доцільно звернути увагу на позицію європейського законодавця з цього приводу. Визнання адвоката у законодавчих актах із питань адвокатури країн Європейського Союзу помічником або слугою правосуддя, верховенства права, не зменшує та не принижує ролі адвокатури та її значення, а навпаки, як відомо, адвокатура у цих країнах користується значним авторитетом і повагою суспільства і держави. Так, адвокати визнаються "помічниками правосуддя" у Франції, "органом правосуддя" (у Греції, Португалії). У пункті 1 ст.76 Статуту Ордену адвокатів Португалії (Закон № 84 від 1984 р.) під заголовком "Про адвоката як слугу правосуддя і права, його незалежності та безкорисності", говориться, що в своїй професійній діяльності та поза нею адвокат повинен вважати себе слугою правосуддя і права [5].

У країнах ЄС адвокатура визнається також і як "незалежна частина правової системи держави" (Литва); невід'ємна частина правосуддя і думки цього органу повинні враховуватись усіма державними установами (Латвія); адвокат користується рівною повагою з суддями (Болгарія); адвокатура визначається як незалежна організація у системі правосуддя (Німеччина) [5].

По-третє, Європейський суд з справ людини неодноразово підкреслював, що особливий статус адвокатів надає їм центральне місце в здійсненні правосуддя як посередникам між громадськістю та судами [6]

Виходячи з основного призначення адвокатури – *служіння правосуддю та праву*, цілком слушною уявляється думка стосовно того, що одним з обов'язків адвокатів є звернення уваги судді на помилку, яку можливо він припустився [6]. Більш категорично висловився з цього приводу Д.П. Фіолевський, який вважає, що найперше і найголовніше, що виправдовує існування інституту адвокатури, це максимальна можливість недопущення судової помилки [7]. Щодо останньої точки зору, то ми не можемо її підтримати повністю. Зведення ролі та призначення інституту адвокатури лише до вказаного завдання, яким нібито виправдовується існування адвокатури, суттєво обмежує сутність та призначення цього правозахисного інституту.

Відомий іспанський адвокат, екс-президент Ради адвокатських та правових товариств Європи Р. Муллерат вказує: "Адвокат є важливою дійовою особою у здійсненні правосуддя. Адвокат, як і суддя, є служителем у храмі правосуддя" [8]. Звернемо увагу, що адвокат ні в якому випадку не має розглядатися як слуга окремого суду або судді.

Адвокат повинен бути і сумлінним захисником інтересів приватних осіб, і таким же сумлінним представником правосуддя [6]. Вважаємо, що місце адвокатури та її відношення до системи судової влади має бути чітко та однозначно визначено не лише на конституційному рівні, але й на рівні галузевого законодавства про адвокатуру та адвокатську діяльність. Зокрема, цілком допустимо вказати, що *основним призначенням адвокатури як незалежної складової правової системи держави та одночасно невід'ємної*

частина механізму відправлення правосуддя, є служіння правосуддю та праву. Вказане положення цілком відповідає як міжнародним документам, так і конституційному призначенню інституту адвокатури (ст.59, 132-1 Конституції України), воно ні в якій мірі не зменшує ролі адвокатури та не посягає на конституційний принцип її незалежності.

Аналіз конституційного врегулювання інституту адвокатури на рівні країн ЄС приводить до висновку, що на рівні їхніх найвищих законодавчих актів не декларується ні монополія адвокатури, ні її інституційність у державі, та часто навіть саме право особи на професійну правничу допомогу. Так, Конституції Німецької Федеративної Республіки від 23 травня 1949 р. (зі змінами та доповненнями) взагалі не передбачено права на правову допомогу, воно впливає зі спеціалізованих законів. У статті 74 цього акту вказано тільки те, що до об'єктів, на яких поширюється право конкурентної законодавчої компетенції, належить адвокатура. Більшість з основних законів вказаних країн зосереджує увагу тільки на тому, що кожен має право на захист та сприяння адвоката (Іспанія, Італія).

Відомо, що світова тенденція розвинених правових систем обумовлюється формуванням єдиного ринку юридичних послуг і встановлення загальних правил для його учасників.

Ринок послуг, що надається юристами в Україні є децентралізованим, не підлягає контролю ані з боку держави, ані з боку органів корпоративного управління адвокатів. У такий спосіб держава не може гарантувати кожній особі право на професійну правничу допомогу, встановлене Конституцією України. Вважаємо, що для доцільно забезпечити цілісність всієї професії і якість правових послуг, створивши єдину професійну асоціацію, яка регулює всю юридичну професію. Як зазначається у доповіді Спеціального доповідача з питання про незалежність суддів і адвокатів ООН, щоб забезпечити цілісність всієї професії і якість юридичних послуг, бажано створити єдину професійну асоціацію, яка регулює юридичну професію.

Разом з тим, будь-яка професійна асоціація, щоб мати право говорити від

імені всієї професії, повинна дістати в свої лани всіх потенційних членів, які задовольняють критеріям прийняття в неї. Далеко не кожній асоціації це вдається, але вона, принаймні, повинна прагнути до повної комплектності (completeness), (Merton) [9]. Саме цей показник визначає авторитет асоціації в тій чи іншій сфері діяльності. Крім того, у тих юрисдикціях, де не має абсолютної адвокатської монополії, до яких відноситься і Україна, функціонування корпоративних органів адвокатури потенційно може вплинути на незалежність інших практикуючих юристів, які, наприклад, можуть стверджувати, що мають більше прав вирішувати питання, які становлять спільний інтерес, ніж самоврядні асоціації адвокатів, і навпаки.

У цьому контексті слід додати, що у країнах, де не має «адвокатської монополії» взагалі, існує досить дієвий механізм реалізації права громадян на кваліфіковану правову допомогу, оскільки остання забезпечується відповідним комплексом заходів, пов'язаних з наглядом за наданням правової допомоги адвокатами або регламентацією контрольних механізмів за діяльністю юристів, які не мають ліцензії на здійснення адвокатської діяльності (наприклад, у Фінляндії) [10]. У Канаді існує 14 територіальних і провінційних юридичних товариств, відповідальних за контроль над більш ніж 120000 юристів (станом на 2019 рік). Національним координуючим органом канадських юристів є Федерація юридичних товариств Канади (FLSC) [11], яка відповідає за розробку національних нормативних стандартів для юридичної професії.

В Україні доцільно забезпечити дієве регулювання діяльності всіх тих, хто впливає на захист прав та свобод людини, – адвокатів, найманих юрисконсультів у державних установах та на підприємствах, інших юристів-практиків.

Правнича професія має регулюватися в інтересах суспільства, а не професії. Функція регулювання (владна функція) та функція представництва (функція професійної асоціації) мають бути розмежовані: асоціація адвокатів має обслуговувати інтереси адвокатів, орган регулювання - інтереси суспільства.

Саморегулювання адвокатів, яке слугує інтересам професії, може здійснюватися за рахунок суспільства.

Інститут адвокатури — структурний елемент суспільно-політичної системи держави, від функціонування якого багато залежить у покращенні якості функціонування цієї системи. В Україні адвокати не завжди в повній мірі можуть брати участь у процесі обговорення законодавства про адвокатуру та адвокатську діяльність. Як відзначив свого часу президент Асоціації правників України Денис Бугай, «Адвокатура як організація могла б впливати на державу, особливо на законодавчий процес. На жаль, сьогодні адвокатура як інститут неефективна».

Рада адвокатів України неодноразово зверталася до міжнародних організацій з Резолюцією з приводу неприйняттого процесу розробки та опрацювання змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» без консультацій з Національною асоціацією адвокатів України (НААУ), а також висловлювалася щодо неможливості направлення на розгляд до Верховної Ради України проектів законів щодо внесення змін до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», розроблених та опрацьованих у закритий спосіб. Так, у процесі підготовки законопроекту за № 9055 у 2019 році позицію понад 44 тисяч адвокатів України, яких представляла НААУ на той час, влада повністю проігнорувала. НААУ взагалі була позбавлена представництва в Раді з питань судової реформи від початку її створення. Навіть при оновленні цієї Ради Указом президента №44/2018 у 2018 році, до її складу знову не потрапив жоден представник НААУ. На цей час у Комісії з питань правової реформи при Президенті України наявна зовсім незначна кількість практикуючих адвокатів.

Як зазначив Спеціальний доповідач у своєму повідомленні щодо незалежності суддів та адвокатів, адресованому Президенту України, «законодавство про адвокатуру повинні розробляти безпосередньо представники адвокатури. «Якщо адвокатське самоврядування встановлено

законом, з ним необхідно консультиватися на всіх етапах законодавчого процесу» [12].

У цьому контексті доцільно звернутися увагу на досвід розвинутих правових систем. У Великій Британії Рада адвокатів надає уряду та парламентарям «доступ до досвіду та експертних знань адвокатури з широкого кола питань, пов'язаних із правом і правосуддям, щоб допомогти в процесі формування політики». Завдяки своїй здатності висувати аргументи та оволодівати деталями, адвокати зберігають вплив на уряд, навіть якщо він дещо зменшений. Органами управління Федеральної палати адвокатів Німеччини є Загальні збори її членів та Президія Палати, які беруть участь у законодавчому процесі шляхом внесення пропозицій та рекомендацій до парламенту та займаються наданням консультацій з цього приводу.

Адвокатурі слід законодавчо надати можливість конструктивно впливати на зміни, що відбуваються у суспільстві, проектувати їх на потреби громадян, в тому числі, шляхом активної участі в законотворчому процесі.

Література:

1. Вільчик Т.Б. Конституційно-правовий статус адвокатури України. / Т. Б. Вільчик // Теорія і практика правознавства : електрон. наук. фак. вид. 2015. Вип. 2. С. 1–15. http://nbuv.gov.ua/UJRN/tipp_2015_2_6
2. Постанова Верховного Суду від 30.05.2018 № 826/5737/16. <https://verdictum.ligazakon.net/document/74505993>
3. Основні положення про роль адвокатів, прийняті VIII Конгресом ООН по запобіганню злочинам у серпні 1990 р. https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_835#Text; Висновок № 11 (2008) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету міністрів РЄ щодо якості судових рішень. https://court.gov.ua/userfiles/visn_11_2008.pdf; Висновок № 16 (2013) Консультативної ради європейських суддів про відносини між суддями та адвокатами від 15.11.2013 р.
4. Заборовський В.В. Місце і роль адвокатури у механізмі здійснення судочинства в Україні. Конституційно-правові академічні студії. 2017. № 2. С. 51–60.
5. Вільчик Т.Б. Адвокатура та судова влада: характер взаємовідносин. Часопис Академії адвокатури України. 2014. Т. 7. № 4. С. 19–25. http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chaau_2014_7_4_4
6. Vilchuk T. Duties of a lawyer to a court and to a client: foreign scientific doctrine and proposals for the legislation of Ukraine. Russian Law Journal. 2018; 6(4):62-99. <https://doi.org/10.17589/2309-8678-2018-6-4-62-99>

7. *Фіолевський Д. П.* Адвокатура: підручник. К.: Алерта, 2017. 624 с.
8. *Муллерат Р.* Независимость – основной принцип юридической этики. Адвокат. 1996. No 11. <http://www.law.edu.ru/doc/document.asp?docID=1132077>
9. *Merton R.* The Functions of the Professional Association, *The American Journal of Nursing*, Vol. 58, No. 1 (Jan., 1958), pp. 50-54 (5 pages). Published By: Lippincott Williams & Wilkins. <https://www.jstor.org/stable/3461366>
10. *Legal Aid Act (257/2002; amendments up to 720/2011 included)*. Available at: https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2002/en20020257_20110720.pdf
11. *Federation of Law Societies of Canada*. Available at: <https://flsc.ca/>
12. *Mandate of the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers*. 28 January 2019. Available at: <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=24313>

Dr. Wölk C.,
Richterin am Landgericht Hamburg

DER ANWALTSPROZESS NACH DER ZIVILPROZESSORDNUNG IN DEUTSCHLAND

Mit „Anwaltsprozess“ wird der in § 78 Absatz 1 der Zivilprozessordnung¹ (ZPO) verankerte Grundsatz umschrieben, wonach sich die Parteien eines Zivilprozesses vor bestimmten Gerichten von einem zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen müssen. Dieser „Anwaltszwang“ gilt vor den **Landgerichten** und den **Oberlandesgerichten** sowie vor dem **Bundesgerichtshof**, vor dem sich die Parteien sogar von einem Rechtsanwalt vertreten lassen müssen, der beim Bundesgerichtshof zugelassen ist. Die Zulassung, vor dem Bundesgerichtshof aufzutreten, haben nur wenige Rechtsanwälte in Deutschland.

Zum besseren Verständnis wird im Folgenden kurz erläutert, vor welchen Gerichten in Deutschland Zivilsachen verhandelt werden und wie der Instanzenzug in Zivilsachen verläuft:

Die **Amtsgerichte** sind in 1. Instanz zuständig für Streitigkeiten mit einem Streitwert bis zu 5.000 Euro. Für einige Arten von Streitigkeiten sind die

¹ Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 7. November 2022 (BGBl. I S. 1982) geändert worden ist.

Amtsgerichte auch ohne Rücksicht auf den Streitwert erstinstanzlich zuständig. Das betrifft vor allem Streitigkeiten aus einem Mietverhältnis über Wohnraum.

Die **Landgerichte** sind in 1. Instanz zuständig für Streitigkeiten ab einem Streitwert von 5.000,01 Euro. Für einige Streitigkeiten sind die Landgerichte auch ohne Rücksicht auf den Streitwert zuständig. Das betrifft vor allem Staatshaftungsansprüche, Ansprüche bei unrichtigen Kapitalmarktinformationen, Wettbewerbs- und Markensachen. Außerdem sind die Landgerichte in 2. Instanz zuständig bei Anfechtung von Entscheidungen der Amtsgerichte.

Die **Oberlandesgerichte** sind in 2. Instanz bei Anfechtung von Entscheidungen der Landgerichte zuständig.

Der **Bundesgerichtshof** ist in 3. Instanz für Revisionen und Rechtsbeschwerden zuständig.

Der in § 78 Absatz 1 ZPO verankerte Anwaltszwang gilt uneingeschränkt auch für **wirtschaftsrechtliche Streitigkeiten** (die in Deutschland als „**Handelssachen**“ bezeichnet werden). Es gibt in Deutschland keine besonderen Wirtschaftsgerichte, sondern die oben beschriebenen ordentlichen Gerichte sind auch für Handelssachen zuständig. Deshalb ist für Handelssachen auch die Zivilprozessordnung und damit die Vorschrift des § 78 ZPO anwendbar.

Für familienrechtliche Streitigkeiten gibt es eine eigene Verfahrensordnung, nämlich das Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit² (FamFG). Dieses enthält bezüglich des Anwaltszwangs in § 114 eine besondere Regelung, wonach in Ehesachen und (Scheidungs-)Folgesachen die Vertretung durch Rechtsanwalt erforderlich ist, und zwar auch vor den Amtsgerichten, die für Familiensachen in 1. Instanz zuständig sind.

² Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 31. Oktober 2022 (BGBl. I S. 1966) geändert worden ist.

§ 78 ZPO findet auch keine Anwendung bei **arbeitsrechtlichen Streitigkeiten**. Der Grund besteht darin, dass es in Deutschland eine eigenständige Arbeitsgerichtsgesetzbarkeit mit einer eigenen Verfahrensordnung (Arbeitsgerichtsgesetz³ - ArbGG) gibt. Die Prozessvertretung ist in § 11 ArbGG wie folgt geregelt: in 1. Instanz können sich die Parteien selbst vertreten, in 2. und 3. Instanz ist die Vertretung durch einen Rechtsanwalt oder einen Gewerkschaftsvertreter mit juristischer Ausbildung erforderlich.

Von dem Grundsatz des § 78 Absatz 1 ZPO, dass sich die Parteien vor den Landgerichten, den Oberlandesgerichten und dem Bundesgerichtshof von einem Rechtsanwalt vertreten lassen müssen, gibt es Ausnahmen:

Rechtsanwälte können sich **selbst vertreten** (§ 78 Absatz 4 ZPO). Diese Vorschrift gilt aber nicht für Juristen mit gleichwertiger oder gar besser juristischer Ausbildung und Erfahrung.

Bei Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter oder bei Prozesshandlungen, die vor dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle vorgenommen werden können besteht kein Anwaltszwang (§ 78 Absatz 3 ZPO). Das hat vor allem Bedeutung bei Anträgen auf Erlass eines zivilrechtlichen **Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung** (vgl. § 920 Absatz 3 ZPO).

Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich als Beteiligte für die Nichtzulassungsbeschwerde durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt vertreten lassen (§ 78 Absatz 2 ZPO).

Der Rechtfertigungsgrund für den Anwaltszwang ist zum einen der Schutz rechtsunkundiger Parteien, die Prozesse vor den Landgerichten, den Oberlandesgerichten oder dem Bundesgerichtshof führen, die in der Regel größere wirtschaftliche Bedeutung haben als Prozesse vor den Amtsgerichten. Der Anwaltszwang dient aber auch der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege: Die Prozesse vor den Landgerichten, den Oberlandesgerichten und dem Bundesgerichtshof sind in

³ Arbeitsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Juli 1979 (BGBl. I S. 853, 1036), das zuletzt durch Artikel 10 des Gesetzes vom 5. Oktober 2021 (BGBl. I S. 4607) geändert worden ist.

der Regel in tatsächlicher Hinsicht komplexer und rechtlich schwieriger als Prozesse vor den Amtsgerichten. Deshalb nützt es in der Regel auch den Gerichten, wenn die Schriftsätze von Rechtsanwälten vorbereitet sind und Rechtsanwälte in der mündlichen Verhandlung auftreten.

Folge des Anwaltszwangs des § 78 Absatz 1 ZPO ist, dass sich Parteien nicht selbst vertreten können, insbesondere keine Schriftsätze einreichen, Anträge stellen oder Vergleiche schließen können. Alle **von den Parteien selbst vorgenommenen Prozesshandlungen sind folglich unwirksam**. Das hat wiederum zur Folge, dass nicht anwaltlich vertretene Parteien selbst dann, wenn sie schriftlich gegenüber dem Gericht ihre Verteidigungsbereitschaft anzeigen oder im Termin zur mündlichen Verhandlung erscheinen und Klageabweisung beantragen, durch ein sogenanntes Versäumnisurteil verurteilt werden können.

Der große Nachteil des Anwaltszwangs besteht darin, dass die Parteien die Gebühren für den Rechtsanwalt aufbringen müssen. Die Rechtsanwälte können zumindest eine Vergütung nach dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz⁴ beanspruchen, deren Höhe vom Streitwert abhängig ist. Falls eine Partei nicht über ausreichende finanzielle Mittel verfügt, kann sie aber nach § 114 ZPO **Prozesskostenhilfe** beantragen. Nach dieser Vorschrift hat eine Partei Anspruch auf Prozesskostenhilfe, wenn sie nach ihren persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht oder nur zum Teil oder nur in Raten aufbringen kann und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg hat.

Weiterer Nachteil des Anwaltszwangs ist, dass die Parteien – teilweise sogar innerhalb kurzer Frist -einen Rechtsanwalt finden müssen, der bereit ist, sie zu vertreten. Falls eine Partei nicht in der Lage ist, selbst einen zu ihrer Vertretung bereiten Rechtsanwalt zu finden, kann sie bei Gericht die **Beiordnung eines Notanwalts** beantragen, wenn ihre Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht mutwillig oder aussichtslos erscheint (vgl. §§ 78b und 78c ZPO). Diese Vorschriften

⁴ Rechtsanwaltsvergütungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. März 2022 (BGBl. I S. 610), das durch Artikel 5 des Gesetzes vom 7. November 2022 (BGBl. I S. 1982) geändert worden ist.

haben allerdings kaum praktische Bedeutung. Rechtssuchende können sich an die Rechtsanwaltskammern wenden. Diese helfen bei der Suche eines geeigneten Rechtsanwalts.

Gasteyer T.,
Prof. Doktor, Rechtsanwalt, Of Counsel
Clifford Chance Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung.
Frankfurt am Main.

A LAWYER'S CONFLIKY OF INTEREST - ITS REGULATION IN GERMAN LAW

(КОНФЛІКТ ІНТЕРЕСІВ У ДІЯЛЬНОСТІ АДВОКАТА ТА ЙОГО РЕГУЛЮВАННЯ В ПРАВІ НІМЕЧЧИНИ)

За загальним правилом вважається, що конфлікт інтересів в діяльності адвоката є певною суперечністю між особистими та професійними правами чи обов'язками адвоката у справі, що можуть мати наслідки в процесі виконання покладених на нього обов'язків, вплинути на неупередженість чи об'єктивність його дій.

В ФРН питання конфлікту інтересів в діяльності адвоката вирішується Федеральним законом про адвокатуру (1959) (далі BRAO), відповідно до якого встановлюються основні обов'язки адвокатів, до яких відносять: професійну незалежність, конфіденційність, професійний об'єктивність, заборону конфлікту інтересів, обов'язок до постійного навчання, належна обачність при веденні справи [1].

Відповідно до § 43a para 4 BRAO адвокат не може представляти клієнта у справі, в якій у нього вже є клієнт, з яким може виникнути конфлікт інтересів. Важливим критерієм тут виступає саме участь в тій самій справі. Проте, адвокат має право представляти клієнта навіть у випадку, коли його опонентом є колишній клієнт, за умови, що таким чином в новій справі не буде розкрито конфіденційну інформацію з попередньої, але навіть в такому випадку це буде вважатися проблемою конфіденційності, а не проблемою конфлікту інтересів.

Також варто зазначити, що правило стосовно конфлікту інтересів стосується також і інших адвокатів, що працюють спільно. Це положення

стосується спільної праці навіть за межами використання спільного офісу, якщо воно є заснованим на засадах партнерства. Необхідно звернути увагу на такі випадки: якщо адвокат перейшов до нової фірми та до цього був опонентом клієнта по новій справі - це конфлікт інтересів як самого адвоката, так і всієї юридичної фірми.

Цікавим є і факт того, що конфлікт інтересів продовжить існувати для фірми навіть у випадку, якщо цей новий адвокат піде і з цієї фірми. Якщо ж адвокат перейшов до нової фірми, в якій є клієнт, що був опонентом по справі для його адвоката-колеги в попередній кампанії- то тут не буде конфлікту інтересів для юридичної фірми, а лише для адвоката, який повинен дотримуватися принципу конфіденційності.

Згідно з § 3 пара 4 Правил Професійної діяльності (BORA) попередня норма може не застосовуватися лише у випадку, коли обидва клієнти- і новий, і попередній, були повідомлені про ситуацію та погодилися із нею, а сам адвокат зробив усі необхідні дії для захисту конфіденційної інформації- на практиці така ситуація призводить до «китайської стіни», що полягає в використанні окремих закритих кабінетів в різних частинах офісу, неможливості використання спільного персоналу та жодного спільного доступу до будь-яких електронних чи фізичних файлів [2].

Заборона для всієї юридичної фірми також припиняє свою дію за умови виконання вимог самим адвокатом, через якого такий конфлікт інтересів і виник. Адже якщо окремий адвокат не є перешкодою в потенційному конфлікті- то і вся фірма не має бути обтяженою таким конфліктом.

На адвокатів покладено обов'язок суворого дотримання конфіденційності перед клієнтом. Проте, відповідно до BRAO та кримінального законодавства ФРН існує пріоритет на уникнення конфлікту інтересів з метою належного функціонування правових систем та опосередкованого захисту самого клієнта. А тому відповідно до речб конфіденційні факти можуть бути повідомлені адвокату навіть без згоди самого клієнта у випадку з'ясування інформації для заборони дії

адвоката. Але така інформація може бути надана лише в крайньому випадку та лише в мірі необхідності з метою уникнення конфлікту інтересів.

Що стосується стажистів адвоката- то на нього розповсюджується правило уникнення конфлікту інтересів навіть при переході в іншу фірму, в той же час фірма є вільною від такого конфлікту.

На адвоката поширюється заборона вступати у справу і у випадку, коли до цього в ній же він вже виконував функції судді чи арбітра, адже це також призводить до конфлікту інтересів.

Відповідно до § 356 StGB Кримінального кодексу ФРН для адвокатів, а також інших осіб, які надають юридичну допомогу одночасно обом сторонам по тій самій юридичній справі, передбачено покарання у вигляді позбавлення волі[3].

Тож, питання конфлікту інтересів в діяльності адвоката породжує певні проблеми в практичному аспекті. Це пов'язано із можливістю адвоката змінити місце роботи у зв'язку із можливим виникненням конфлікту інтересів. Також доволі важко з'ясувати, хто саме був залучений до розгляду справи багато років тому.

(Переклад аспірантки кафедри цивільної юстиції та адвокатури Сьомак Т.)

Література:

1. Федеральний закон про адвокатуру ФРН (BRAO). URL:https://www.brak.de/fileadmin/02_fuer_anwaelte/brao_engl_090615.pdf (дата звернення: 10.02.2023).
2. Правила Професійної діяльності ФРН (BORA). URL: https://www.brak.de/fileadmin/02_fuer_anwaelte/berufsrecht/bora_01_01_2015_en.pdf (дата звернення: 10.02.2023).
3. Кримінальний кодекс ФРН(StGB). URL: <https://dejure.org/gesetze/StGB> (дата звернення: 10.02.2023).

*Заборовський В.,
доктор юридичних наук, професор,
професор кафедри цивільного права и процесу
Ужгородського національного університету*

**ЗНАЧЕННЯ ПРАВОЗАСТОСОВНОЇ ПРАКТИКИ ВКДКА ЩОДО
З'ЯСУВАННЯ СУТНОСТІ КОНФЛІКТУ ІНТЕРЕСІВ В АДВОКАТСЬКІЙ
ДІЯЛЬНОСТІ**

Правова природа конфліктів інтересів в контексті здійснення адвокатської діяльності неодноразово була предметом нашого наукового дослідження [1; 2; 3; 4; 5]. Суттєво розширює розуміння конфліктів інтересів в адвокатській діяльності правозастосовна практика насамперед Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури. Так, рішенням від 4 жовтня 2019 року було затверджено Узагальнення дисциплінарної практики кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури щодо конфлікту інтересів [6], яким до таких було віднесено:

- одночасне надання правової допомоги адвокатами, які є подружжям, в одному і тому ж провадженні особам, інтереси яких є протилежними і суперечать один одному;

- надання допомоги, якщо виконання договору суперечить інтересам члена сім'ї або близького родича адвоката – посадової особи, яка брала або бере участь у провадженні (це можливо, якщо до кола спірних (проблемних) та процесуальних правовідносин конкретного провадження не віднесені і не можуть бути віднесені правовідносини, учасником яких є (може бути) вказана особа);

- прийняття доручення від клієнта щодо необхідності вчинення дій в його інтересах, які перебувають в конфлікті інтересів з юридичною особою, в якій адвокат раніше працював, або надавав правову допомогу в результаті чого володіє інформацією, яка може бути використана проти такої особи (обов'язок адвоката відмовитись від доручення клієнта за таких обставин не є безумовним обов'язком, а виникає лише за умови володіння адвокатом певною конфіденційною інформацією).

Втрату довірчих відносин між клієнтом та адвокатом (наприклад, у випадку вчинення клієнтом дій, що ганьблять честь, гідність і ділову репутацію адвоката), Рада адвокатів України, як безумовну підставу для припинення надання правової допомоги враховуючи наявний конфлікт інтересів [7].

Цікаве питання підняв В.О. Вайпан, звернувши увагу на існування конфлікту інтересів і у адвокатів, які перебувають в близькій спорідненості (наприклад, батько і син). Складно припустити, як він відмічає, що батько і син не будуть обговорювати ведення своїх справ і намагатися скоординувати їх на своє благо, що явно не відповідатиме інтересам їх клієнтів [8]. Коли адвокати, які представляють різних клієнтів в одній справі або в суттєво пов'язаних питаннях, тісно пов'язані між собою кров'ю чи шлюбом, як зазначається в Типових правил поведінки [9] американських адвокатів (п. 1.7.), то може існувати значний ризик розкриття конфіденційності клієнтів, тоді сімейні стосунки адвоката будуть перешкоджати як лояльності, так і незалежності професійне судження. Відповідно до даних Правил поведінки, адвокат, що пов'язаний з іншим адвокатом, наприклад, як батько, дитина, брат чи сестра або чоловік, зазвичай не може представляти клієнта у справі, де цей адвокат представляє іншу сторону, якщо кожен клієнт не дасть інформованої згоди на це (в той же час, таке обмеження розглядається як особисте і, як правило, не поширюється на членів фірм, з якими пов'язані адвокати). Цікавим в контексті нашого дослідження є й положення Кодексу професійної поведінки адвокатів [10] канадського Саскачевана, згідно з яким адвокати можуть консультувати друзів, членів сім'ї, одного із подружжя та інших родичів і він не перебуває в конфлікті інтересів просто тому, що адвокат представляє члена сім'ї або друга. Однак, якщо стосунки є близькими та справа суперечлива, адвокат може бути не в змозі залишатися професійним та об'єктивним, і в таких випадках найкраще, щоб адвокат не виступав у ролі представника чи захисника.

Без сумніву, найпоширенішими випадками існування конфлікту інтересів в професійній діяльності адвокат є представництво двох клієнтів, інтереси яких є суперечливими. Це стосується як випадків одночасного представництва інтересів різних учасників процесу, так і випадків, відстоювання інтересів осіб, за умови, коли адвокат вже попередньо надавав правову допомогу іншим учасникам справи (в тому числі, і в іншому процесі). Неможливість такої діяльності насамперед зумовлена тим, що чесність, добросовісність та

порядність адвоката, як невід’ємні умови адвокатської діяльності, ставляться під сумнів, у разі якщо адвокат буде намагатися виконати свої професійні обов’язки щодо двох клієнтів одночасно, якщо їх інтереси є суперечливими. В той же час, правозастосовна практика і судів, ВКДКА деталізує вищевказану заборону на таке представництво. Так, як конфлікт інтересів кваліфікується діяльність адвоката щодо одночасного надання правової допомоги обвинуваченому та свідку [11], тоді як такий конфлікт відсутній, якщо така допомога була реалізована у справі з іншим предметом [12] (наприклад, цивільні справи були різні за своїми правовідносинами та не пов’язані одна з одною [6]) або ж відсутня можливість використання попередньо отриманої інформації на користь іншого клієнта [13]. Слід врахувати й те, що Рада адвокатів України дотримується позиції, за якою представництво інтересів декількох позивачів чи відповідачів одним адвокатом в одному цивільному процесі є можливим, якщо це не породжує конфлікту інтересів [14].

Література:

1. Заборовський В.В., Манзюк В.В. Принцип уникнення конфлікту інтересів в професійній діяльності адвоката: загальні положення. *Visegrad journal on human rights*. 2021. № 5. С. 152-157.
2. Заборовський В.В. Сутність конфлікту інтересів в професійній діяльності адвоката. *Аналітично-порівняльне правознавство*. 2021. № 3. С. 243-248. <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2021.03.45>
3. Заборовський В.В. Уникнення конфлікту інтересів в якості професійного обов’язку адвоката. *Innovative research of legal regulation of public administration: International Scientific Conference (Lublin (Republic of Poland), 16-17 June 2017)*. Lubline: Fundacja Instytut Spraw Administracji Publicznej, 2017. P. 11-15.
4. Заборовський В.В. Деякі аспекти розуміння сутності конфлікту інтересів в адвокатській діяльності. *Адвокатура України: сучасний стан та перспективи розвитку* : матеріали III Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 16 груд. 2021 р.). Харків: Право, 2021. С. 98-100.
5. Заборовський В.В. Особливості визначення конфлікту інтересів у відносинах адвоката з клієнтом – юридичною особою. *Закарпатські правові читання. Трансформація національних правових систем країн Центральної та Східної Європи в умовах сучасних викликів*: матеріали XIV міжнародної науково-практичної конференції (м. Ужгород, 28-29 квітня 2022 р.). Ужгород: Видавничий дім «Гельветика», 2022. С. 179-181.

6. Узагальнення дисциплінарної практики кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури щодо конфлікту інтересів: рішення ВКДКА від 04 жовтня 2019 року № X-017/2019. URL: <https://vkdka.org/14637-2/>

7. Про затвердження роз'яснення щодо окремих умов застосування положень Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» і Правил адвокатської етики: Рішення ВКДКА від 23 квітня 2016 року № 103 URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/rishennya/2016-04-23-r-shennya-rau-103_573594d583c9c.pdf

8. Вайпан В.А. Конфликт интересов в адвокатской деятельности: комментарий к статье 11 Кодекса профессиональной этики адвоката. *Право и экономика*. 2007. № 6.

9. Model Rules of Professional Conduct, created by the American Bar Association in 1983. URL: https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents/

10. Code of professional Conduct. The Law Society of Saskatchewan, Adopted by the Benchers of the Law Society of Saskatchewan on February 10, 2012. URL: <https://www.lawsociety.sk.ca/for-the-public/common-client-concerns/conflict-of-interest/>

11. Постанова Верховного Суду від 24 червня 2020 року у справі № 821/890/18. URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/90029757?utm_source=jurliga.ligazakon.ua&utm_medium=news&utm_content=jl03

12. Рішення ВКДКА від 30 листопада 2017 року № XI-017/2017. URL: <https://vkdka.org/rishennya-hi-0172017-u-spravi-za-skargoyu-na-rishennya-distsiplinarnoji-palati-kdka-dnipropetrovskoji-oblasti-vid-05-07-2017-pro-zakrittya-distsiplinarnoji-spravi-vidnosno-advokata/>

13. Рішення ВКДКА від 30 січня 2018 року № I-011/2018. URL: <https://vkdka.org/rishennya-i-0112018-u-spravi-za-skargoyu-na-rishennya-distsiplinarnoji-palati-kdka-zhitomirskoji-oblasti-vid-08-09-2017-pro-vidmovu-u-porushenni-distsiplinarnoji-spravi-vidnosno-advokata/>

14. Про затвердження роз'яснення щодо можливості одночасного представництва інтересів двох або більше позивачів чи відповідачів адвокатом в одному цивільному процесі: рішення ВКДКА від 26 лютого 2016 року. № 4. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/rishennya/2016-03-17-r-shennya-rau-4_56eac49204562.pdf

Завадський А.,
Директор Research Institute of Digital Law (RIDL),
керівник програми «Штучний інтелект в галузі права» та
член Ради Директорів фонду «AI Global»,
член International Association for Artificial Intelligence and Law,
аспірант зі спеціальності 081 Право
ХНПУ імені Г.С. Сковороди

АДВОКАТУРА МАЙБУТНЬОГО: ПІДХОДИ ЄС ДО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ДЛЯ СИСТЕМ ШТУЧНОГО ІНТЕЛЕКТУ

Технології, зокрема штучний інтелект, використовуються у безлічі сфер сучасного життя та зачіпають інтереси як приватних, так і юридичних осіб.

Це викликає чимало питань у їхніх користувачів та тих, хто може постраждати або вже постраждав від застосування таких технологій.

Складнощі виникають і в адвокатів. Адже саме їм доводиться брати участь у процесі захисту прав та інтересів сторін. І вже незабаром спори про шкоду, завдану системами з використанням штучного інтелекту, можуть стати буденною реальністю у практиці адвокатури нашої країни.

Прагнення України до вступу до Європейського Союзу потребує уважного вивчення законодавчої бази та практики її застосування у цій галузі.

Зокрема, у вересні 2022 року було підписано угоду про участь України у програмі ЄС "Цифрова Європа" (2021 – 2027).

Програма "Цифрова Європа" створена для розвитку проєктів з п'яти напрямків: суперкомп'ютер, штучний інтелект, кібербезпека, цифрові навички, забезпечення широкого використання цифрових технологій в економіці та суспільстві.

28 вересня 2022 року Європейська комісія опублікувала проєкт директиви з відповідальності штучного інтелекту (AI Liability Directive) [1].

Європейський підхід до штучного інтелекту декларує, що саме він допоможе побудувати стійку Європу Цифрового десятиліття, де люди та підприємства зможуть користуватися перевагами ШІ, а Директива про відповідальність ШІ ставить за мету покращення функціонування внутрішнього ринку ЄС шляхом встановлення одноманітних правил для деяких аспектів позадоговірної цивільної відповідальності за заподіяну шкоду з використанням систем штучного інтелекту [2].

Питання цивільної відповідальності щодо використання систем ШІ має вирішальне значення, оскільки «непрозорість» систем ШІ може «зробити на практиці дуже важким або навіть неможливим відстеження конкретних шкідливих дій систем ШІ до конкретних дій людини» або до рішень у дизайні [3].

Пропоновану Директиву про відповідальність за ШІ слід розглядати як частину ширшого пакета правових реформ ЄС, спрямованих на регулювання ШІ та інших нових технологій, зокрема проект Закону ЄС про штучний інтелект [4], який спрямований на створення першої у світі комплексної схеми регулювання штучного інтелекту.

Пропозиція враховує специфічні труднощі доказування, пов'язані з ШІ.

Директива про відповідальність за ШІ вимагатиме від держав-членів ЄС оновити свої національні режими цивільної відповідальності, щоб надати споживачам «ті самі стандарти захисту у разі заподіяння їм шкоди системами ШІ, що й у разі заподіяння їм шкоди за будь-яких інших обставин». Зокрема, Директива вимагатиме від держав внесення двох основних змін до свого національного законодавства:

1. Полегшення тягаря доказування за допомогою «заперечної презумпції причинно-наслідкового зв'язку».

Директива створює умови для успішного пред'явлення позовів тим людям, які стверджують, що вони постраждали від ШІ. Це створює «заперечну презумпцію причинно-наслідкового зв'язку», відповідно до якої позивачу не доведеться доводити, що відповідач винен, якщо:

а) результат роботи систем з використанням ШІ (або нездатність отримати результат) з розумною ймовірністю завдали шкоди;

б) шкода була заподіяна будь-якою поведінкою людини, що вплинула на результати роботи системи ШІ;

в) поведінка не відповідала обов'язку виявляти обережність відповідно до законодавства ЄС або національного законодавства, яке було безпосередньо призначене для захисту від заподіяної шкоди.

Зазначимо, що невиконання обов'язку виявляти обережність може бути встановлено, якщо відповідач не дотримувався правил, застосованих до ШІ, що включає зобов'язання щодо "систем ШІ високого ризику", як вони визначені в Законі ЄС про ШІ (після його набрання чинності). Якщо презумпція діє, відповідач може спростувати її, надавши докази, що його вина не могла призвести до шкоди.

2. Підвищення прозорості шляхом розкриття доказів, пов'язаних із ШІ

Директива також полегшить потенційним заявникам отримання судових розпоряджень щодо розкриття відповідних доказів щодо систем штучного інтелекту з високим рівнем ризику, які ці заявники можуть використовувати для виявлення суб'єктів, які потенційно несуть відповідальність за цю шкоду. Таким чином, якщо система штучного інтелекту високого ризику компанії завдає шкоди, від компанії може знадобитися розкриття інформації передбачуваних постраждалою особою. Якщо компанія не розкриє ці докази (у тому числі тому, що вона не зробила кроків для їх документування чи збереження), Директива дозволить суду посилатися на презумпцію того, що відповідач не виконав свого обов'язку бути обережним відповідно до норм права ЄС чи національного права.

До набрання Директивою чинності є певний час для адвокатів та їх клієнтів для підготовки та адаптації. Потрібно бути готовим представляти інтереси як розробників та володарів систем штучного інтелекту, так і осіб, яким може бути завдано шкоди такими системами. З великою імовірністю подібне законодавство буде найближчим часом прийнято й Україною.

Література:

1. URL : https://commission.europa.eu/document/download/f9ac0daf-baa3-4371-a760-810414ce4823_en?filename=1_1_197605_prop_dir_ai_en.pdf (Дата звернення 21 листопада 2022 р.)
2. URL : <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-laying-down-harmonised-rules-artificial-intelligence> (дата звернення 23 листопада 2022 р.)
3. European Parliament, “Resolution with recommendations to the Commission on a civil liability regime for artificial intelligence”, Brussels, 20.10.2020 2020/2014(INL), р. 6, URL : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_EN.html (Дата звернення 22 листопада 2022 р.)
4. URL : https://commission.europa.eu/business-economy-euro/doing-business-eu/contract-rules/digital-contracts/liability-rules-artificial-intelligence_en (Дата звернення 21 листопада 2022 р.)

Загорняк Н.,
кандидатка юридичних наук,
кандидатка економічних наук,
доцентка кафедри цивільного,
господарського права та процесу
Академії адвокатури України, адвокатка,
керуюча адвокатським бюро
«Антикризовий адвокат Н. Загорняк»

ДО ПИТАННЯ ВДОСКОНАЛЕННЯ МЕХАНІЗМУ ОБЧИСЛЕННЯ ВИНАГОРОДИ АДВОКАТІВ, ЯКІ НАДАЮТЬ БЕЗОПЛАТНУ ПРАВОВУ ДОПОМОГУ

Забезпечення ефективного надання професійної кваліфікованої допомоги адвокатами, оплата та відшкодування витрат, пов'язаних з наданням якої передбачається з державного бюджету, об'єктивно пов'язано із застосуванням функціональних адміністративно-правових гарантій, вплив яких полягає не лише в охороні від стороннього негативного впливу на систему надання безоплатної правової допомоги (надалі-БПД), але й у позитивній оцінці результатів належного виконання адвокатами своїх обов'язків [1].

Пунктами 1 та 3 «Основних положень про роль адвокатів», прийнятих VIII Конгресом ООН по запобіганню злочинам у серпні 1990 року, зокрема наголошено на тому, що запорукою забезпечення будь-якій людині права звернутися по допомогу до адвоката за своїм вибором для підтвердження своїх

прав і захисту в усіх стадіях кримінальної процедури, є дотримання урядами обов'язку забезпечити необхідне фінансування та інші ресурси для юридичної допомоги бідним та іншим незаможним людям, а професійні асоціації адвокатів при цьому відіграють провідну роль у співробітництві в організації та створенні умов подання такої допомоги.

Механізм обчислення розміру винагороди адвокатів, які надають БПД, визначено нормативно у Постанові Кабінету Міністрів України «Питання оплати послуг та відшкодування витрат адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу» від 17.09.2014 р. № 465 [3]. Принцип нормативного визначення винагороди адвоката означає, що така винагорода буде відповідати кількості і якості витраченої ним праці, а обов'язок держави виплатити винагороду адвокату за надання БПД кореспондується обов'язком адвоката надавати таку допомогу хоча б на мінімальному рівні якості, визначеному у стандартах якості надання адвокатами БПД.

Серед чинників, що позитивно впливають на розмір винагороди адвокатів, на нашу думку, на сьогодні уваги вартий такий чинник, як кількість та види складених адвокатом при наданні БПД документів, отже, доцільно внесення доповнень до Методики обчислення розміру винагороди адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу, затвердженої вказаною Постановою.

У кримінальному провадженні адвокат, реалізуючи свої права, сприяє об'єктивізації ведення кримінального процесу, а також охороняє від можливих і захищає від допущених порушень свої права і права клієнта (підозрюваного, обвинуваченого, свідка, потерпілого, заявника). У цивільному та адміністративному процесі зокрема передбачено також подання заяв з процесуальних питань у формі заяв, клопотань. На сьогодні калькулятором при визначенні винагороди за здійснення представництва у цивільному та адміністративному процесі, здійснення захисту у кримінальному провадженні брати до уваги весь спектр вказаних документів, за умови їх складення адвокатом при наданні БПД, не передбачено.

Вважаємо, апеляційну та касаційну скаргу, відповідні заперечення, заяву про перегляд судового рішення за нововиявленими чи виключними обставинами, доцільно віднести до документів, складення яких додатково враховується при визначенні підвищеного коефіцієнта, що позитивно впливає на розмір винагороди адвокатів, які надають БПД у кримінальному провадженні.

Важливо, що складання певних клопотань вочевидь вимагає від адвокатів при наданні БПД суттєвих витрат часу, тому, на нашу думку, доцільно передбачити відповідний коефіцієнт з урахуванням кількості складених клопотань, пов'язаних із збиранням доказів, клопотань про визнання доказів недопустимими, про проведення процесуальних дій, про скасування арешту майна повністю або частково, про витребування речей чи документів, про зміну чи скасування заходів забезпечення кримінального провадження, про зміну запобіжного заходу, клопотання про закриття провадження, клопотання про зміну кваліфікації кримінального правопорушення.

Оскільки адвокат має використати всі можливості для того, щоб з'ясувати обставини, які можуть підтвердити правову позицію, обрану в кримінальному провадженні, цивільному та адміністративному процесі, на досудовому етапі, що пов'язано із складанням адвокатських запитів, тому і кількість адвокатських запитів доцільно враховувати при встановленні відповідного коефіцієнта, що позитивно впливає на розмір винагороди адвокатів, які надають БПД у кримінальному, цивільному та адміністративному процесі.

Заява про забезпечення позову та доказів, клопотання про заміну одного заходу забезпечення позову іншим, клопотання про скасування заходу забезпечення позову, заява про укладення мирової угоди, клопотання про призначення експертизи вимагають розробки обґрунтування, оцінки наявного у справі доказового матеріалу, і тому, на нашу думку, також мають бути віднесені до документів, складення яких враховується при визначенні коефіцієнта, що позитивно впливає на розмір винагороди адвокатів, які надають БПД.

Вважаємо, що запропоновані зміни механізму обчислення розміру винагороди адвокатів, які надають БПД, сприятимуть підвищенню дієвості, ефективності, надійності та справедливості БПД в Україні як виду професійної кваліфікованої правової допомоги, гарантована процедура надання якої деталізована у законодавстві.

Література:

1. Сагун Д.І. Адміністративно-правові гарантії надання безоплатної правової допомоги адвокатами. Дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Запоріжжя, 2020. 218 с.
2. Основні положення про роль адвокатів (прийняті VIII Конгресом ООН по запобіганню злочинам у серпні 1990 року) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_835#Text.
3. Постанова Кабінету Міністрів України «Питання оплати послуг та відшкодування витрат адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу» від 17 вересня 2014 р. № 465 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/465-2014-%D0%BF#Text>.

*Єфремова І.,
кандидатка юридичних наук,
доцентка, адвокатка
кафедра психології
Білоцерківського національного
аграрного університету*

ОСОБЛИВОСТІ ПРЕДСТАВНИЦТВА АДВОКАТОМ ІНТЕРЕСІВ КЛІЄНТА В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

З початком воєнної агресії російської федерації щодо України значна частина громадян опинилась у скрутних життєвих обставинах. Багато хто змушений був покинути свої домівки та шукати прихисток як в інших регіонах України, так і за кордоном. Також, умови воєнного стану, відкрили різні проблемні сторони у родинах. З 24 лютого 2022 року, як збільшилась кількість укладених шлюбів, так і, нажаль розлучень. І, якщо укладення шлюбу лише початок набуття взаємних прав та обов'язків загалом, так і спільної власності зокрема, то розлучення це початок розподілу набутого під час шлюбу майна, визначення порядку виховання та утримання дітей, тощо. В разі, коли особи залишились на території України особливих проблем немає, оскільки питання

вирішується відповідно до статусу внутрішньо переміщених осіб. Складніше ситуація коли один з подружжя, хто має бажання розірвати шлюб, або з ким інший з подружжя бає розлучитись знаходиться за кордоном в статусі особи, яка потребу тимчасового прихистку. І тут стало питання: як реалізувати своє право, надане Конституцією України?

Відповідно до ст. 20 Закону України «Про правовий режим воєнного стану» (далі – Закон № 389–VIII) правовий статус та обмеження прав і свобод громадян та прав і законних інтересів юридичних осіб в умовах воєнного стану визначаються відповідно до Конституції України та цього Закону.

Відповідно до ч. 2 ст. 64 Конституції України в умовах воєнного або надзвичайного стану можуть встановлюватися окремі обмеження прав і свобод із зазначенням строку дії цих обмежень. Однак, не можуть бути обмежені права і свободи, передбачені статтями 24 (рівні конституційні права), 25, 27, 28, 29, 40, 47, 51, 52, 55 (права і свободи людини і громадянина на захист їх судом), 56, 57, 58, 59 (право кожної людини і громадянина на професійну правничу допомогу), 60, 61, 62, 63 цієї Конституції.

Таким чином, значна частина прав та свобод людини і громадянина залишились в повному обсязі, з окремими обмеженнями. Саме головне, що право особи на звернення до суду за захистом своїх прав збережено, а також зберігається під час воєнного стану право особи на правову допомогу. Отже, особа, яка перебуває за кордоном, зберігає за собою усі права та обов'язки відповідно до Конституції, а так може звернутись до суду через представника – адвоката, до якого вона звернулася за правовою (правничою) допомогою.

Зазначена можливість визначена у ст. 131-2 Конституції України, яка визначає, що для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура. Незалежність адвокатури гарантується. Конституцією України та Законом № 389-VIII будь-яких змін до застосування цієї норми Конституції під час воєнного стану не передбачено.

Саме зазначене свідчить про той факт, що подальша розбудова та утвердження України як правової держави неможлива без створення гарантій

для захисту прав людини, що забезпечується механізмом функціонування такого специфічного демократичного інституту, як адвокатура.

Зрозуміло, що в умовах дистанційного укладення договору про надання правничої допомоги, і, при відсутності можливості клієнта постійно знаходитись на зв'язку із адвокатом, успішне здійснення захисної діяльності вимагає від адвоката високих моральних якостей. Пояснюється це тим, що в діяльності адвоката значно частіше й гостріше, ніж у будь-якій іншій юридичній діяльності, виникають ситуації, правильний вихід з яких залежить від дотримання не тільки правових норм, але і моральних принципів.

Стаття 32 Правил адвокатської етики визначає принцип дотримання принципу добросовісності на стадії виконання адвокатом доручення клієнта. При виконанні доручення адвокат зобов'язаний використати всі розумно необхідні і доступні йому законні засоби для надання ефективної правової допомоги клієнту.

Зазначене положення Правил професійної етики є важливим також тому, що введення воєнного стану для багатьох осіб унеможливило вчасне подання тих чи інших документів до судових установ. На початку війни була поширена думка про те, що воєнний стан є поважною причиною для визнання причин пропуску процесуальних строків поважними, то на даний час кожен суд виходить з поточної ситуації у відповідному регіоні.

Так, важливим є той факт, що Голова Верховного Суду зазначив, що «Воєнний стан є поважною причиною пропуску строків, але кожен суддя буде оцінювати цю причину індивідуально, у межах справи, яка розглядатиметься», однак, слід пам'ятати про дискреційні повноваження суду та відсутність загальної норми, яка б визначала, що воєнний стан є поважною причиною для поновлення строків, а тому не слід нехтувати встановленими процесуальними строками. Саме в цьому питанні представникам (адвокатам) слід виконувати чітко і відповідально свої обов'язки. Зрозуміло, що ситуації є різними, і в кожному конкретному випадку необхідно, у разі наявної можливості, своєчасно подавати документи.

Право представника на здійснення усіх прав та обов'язків в інтересах та від імені свого довірителя передбачено Цивільним процесуальним кодексом. Так, за змістом частини четвертої статті 62 ЦПК України, повноваження адвоката як представника підтверджуються довіреністю або ордером, виданим відповідно до Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність».

Відповідно до частини першої статті 64 ЦПК України, представник, який має повноваження на ведення справи в суді, здійснює від імені особи, яку він представляє, її процесуальні права та обов'язки.

Згідно з частиною другою статті 175 ЦПК України позовна заява подається до суду в письмовій формі і підписується позивачем або його представником, або іншою особою, якій законом надано право звертатися до суду в інтересах іншої особи.

Таким чином, адвокат, як представник позивача чи відповідача має право не лише представляти інтереси свого клієнта, а також і підписувати усі необхідні документи. Зрозуміло, що за погодженням з особою, яку він представляє.

Література:

1. Конституція України. В редакції від 01.01.2020 URL: [tps://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text) (дата звернення 04.12.2022)
2. Цивільний процесуальний кодекс України: Кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV: станом на 6 листоп. 2022 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> (дата звернення: 05.12.2022).
3. Про правовий режим воєнного стану: Закон України від 12.05.2015 р. № 389-VIII: станом на 29 верес. 2022 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text> (дата звернення: 05.12.2022).

*Коваленко В., адвокат,
Член німецько-українського об'єднання юристів,
Дюсельдорф, Німеччина*

**«ГОНОРАР УСПІХУ» АДВОКАТА: ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ТА
СУДОВА ПРАКТИКА**

Оплата праці є однією з найважливіших умов і стимулів виконання певної роботи. Не виключенням в цьому питанні є і фахівці у галузі права. Специфічний характер діяльності адвоката, адвокатського бюро чи адвокатського об'єднання (далі - адвокат) у різного роду судочинства з представництва інтересів і захисту клієнтів зумовлює відносити оплату праці до більш дискусійних та протирічних тем. Вже декілька років багатьох учасників юридичної галузі хвилює питання, чи можуть адвокати розраховувати на отримання «гонорару успіху» в разі перемоги в судовому процесі, адже подібна винагорода вже давно практикується в більшості західних країн.

Оплата послуг адвоката є однією з істотних умов договору про надання правової допомоги клієнту. Основні вимоги до змісту договору про надання правової допомоги і сутність гонорару адвоката визначаються в Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». При цьому, сторони на власний розсуд і за взаємною домовленістю узгоджують розмір, порядок обчислення та строки сплати гонорару та інші умови договору про надання правової допомоги. Правове регулювання вказаних питань закріплено у національному законодавстві і міститься у ст. 30 Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність» [1] та ст. 28 Правил адвокатської етики [2]. Аналіз вказаних положень дозволяє зробити висновок, що порядок обчислення та сплати гонорару, випадки зміни його розміру, підстави повернення тощо, визначаються в договорі про надання правової допомоги.

Однак українське законодавство не врегульовує питання «гонорару успіху», а також можливість його фіксації в договорі про надання правової допомоги.

За своєю суттю «гонорар успіху» адвоката включає в себе взаємоузгоджену позицію сторін про виплату винагороди клієнтом адвокату, в разі позитивного вирішення справи і це закріплено у договорі про надання правової допомоги.

Вбачається, що «гонорар успіху» є важливим стимулом для адвоката і направлений на більш якісне надання послуг адвокатом клієнту.

При цьому, розмір гонорару визначають з огляду на об'єктивні та суб'єктивні обставини. Обсяг послуг із надання правової допомоги, складність справи, кваліфікація та досвід адвоката, фінансова спроможність клієнта тощо відносять до об'єктивних обставин, а до суб'єктивних - розумність і співмірність розміру гонорару з витраченим часом адвоката на надання допомоги. І саме з суб'єктивними обставинами у судовій практиці у більшості адвокатів виникають складнощі.

У п. 3.3.2. Загального кодексу правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства під поняттям «гонорар успіху» (*Pactum de quota litis*) розуміється угода, що укладається між адвокатом і клієнтом до винесення остаточного рішення стосовно справи, що розглядається, у якій клієнт є однією із заінтересованих сторін. Згідно з вищевказаною угодою клієнт зобов'язується у випадку винесення рішення на його користь виплатити адвокату винагороду у вигляді грошової суми або у будь-якій іншій формі [3].

На сьогоднішній день в національній адвокатській практиці «гонорар успіху» передбачається у відповідних договорах про надання правової допомоги і не є рідкісним явищем. Однак, неузгодженість законодавчих норм в цьому питанні призводить до правової невизначеності та формуванню різної судової практики. Вирішувати вказані проблемні питання та усувати прогалини у правовому регулюванні наразі доводиться, зокрема Верховному Суду. І якщо раніше Верховний Суд з приводу «гонорару успіху» у постанові від 12 червня 2018 року по справі № 462/9002/14-ц, вказував, що включення в умови договору про надання юридичних послуг пункту про винагороду адвоката за досягнення позитивного рішення суду суперечить основним засадам здійснення правосуддя в Україні, актам цивільного законодавства [4], то 28 липня 2022 року Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного господарського суду в рамках справи № 903/781/21 прийшов до висновку, що норми Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та Правила адвокатської етики не

передбачають такі різновиди винагороди (гонорару), як основний, додатковий чи «гонорар успіху», що свідчить про те, що поняття «гонорар», є загальним та під ним розуміється як основна, так і додаткова винагороди, «гонорар успіху», погоджений сторонами у відповідному підпункті договору під відкладальною умовою, є складовою частиною гонорару адвоката [5].

Таким чином, законодавець і судова практика повинні рухатися разом до законодавчого закріплення умови про «гонорар успіху» в договір про надання правової допомоги. Питання юридичної сили зазначення «гонорару успіху» в договорі про надання правової допомоги залишається на розсуд національного законодавства. При цьому, суд має керуватися принципом реальності, необхідності, розумності та характером розміру такого гонорару. Отже, наразі наявна нагальна потреба у чіткому закріпленні в національному законодавстві визначення поняття «гонорар успіху», умов його обрахунку, оплати, форми, розміру, особливостей застосування тощо.

Література:

1. Про адвокатуру і адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 27. Ст. 282.
2. Правила адвокатської етики: затв. Звітно-виборним з'їздом адвокатів України 2017 р. від 09.06.2017 р.; зі змінами, затв. З'їздом адвокатів України 2019 р. від 15.02.2019 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0001891-17#Text> (дата звернення: 25.11.2022).
3. Загальний кодекс правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства: Прийнято делегацією дванадцяти країн-учасниць на пленарному засіданні у Страсбурзі в жовтні 1988 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_343 (дата звернення: 26.11.2022).
4. Постанова Верховного Суду від 12 червня 2018 року у справі № 462/9002/14-ц, провадження № 61-9880св18. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75003682> (дата звернення: 29.11.2022.)
5. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 28 липня 2022 року у справі №903/781/21. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/105493740> (дата звернення: 29.11.2022).

Остафійчук Л.,
кандидатка юридичних наук, доцентка,

ПРОБЛЕМА МОРАЛЬНОЇ ОЦІНКИ СПРАВ АДВОКАТОМ У ПЕРІОД ВОЄННОГО СТАНУ В УКРАЇНІ

На етапі прийняття доручення адвокат зобов'язаний встановити характер правовідносин, наявність правових та етичних підстав для його виконання, на підставі чого абсолютно чесно та відверто повідомити клієнту свою думку стосовно обсягу необхідної процесуальної та позапроцесуальної роботи за дорученням, а також вірогідної перспективи у справі клієнта [1, с. 123].

Загалом, етична проблема при прийнятті доручення на ведення справи сформувалася як проблема морально-етичної оцінки цивільних, а не кримінальних справ. У кримінальних справах адвокат розпочинає свою роботу після вчинення кримінального проступку клієнтом, і його завдання в кримінальному процесі або виправдати, або полегшити участь підзахисного. Відмовити у наданні правничої допомоги з підстав, що вчинок клієнта не відповідає його моральним принципам, – адвокат не взмозі. А якщо це адвокат, який працює в системі безоплатної вторинної правової допомоги, – то й позбавлений такого права, адже дізнається що доведеться працювати з колаборантом чи військовополоненим після отримання призначення.

Для адвокатів, що надають безоплатну вторинну правову допомогу, абсолютно новими є справи, де вони виступають захисниками іноземців, які вчинили правопорушення в умовах війни. Адвокатам довелося захищати любителів «руського міру», адже зросла кількість злочинів, що вчиняються проти основ національної безпеки. На розгляд судів передані справи проти українців, яких підозрюють у державній зраді, несанкціонованому поширенні інформації про переміщення озброєння та бойових припасів, переміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань [2], тощо.

Воєнні реалії стали причиною серйозного виклику, адже перед адвокатами постали не прості питання морального вибору: Чи варто захищати тих, через кого гинуть українці? Як залишатися професіоналом при захисті зрадника й знаходити обставини, які можуть його виправдати?

Адвокат В. Овсянніков коментуючи супровід кримінальної справи про військовий злочин 21-річного сержанта російської армії В. Шишимаріна зауважив: «Мені морально важко захищати особу, яка належить до армії агресора. Але я насамперед юрист. Захист Шишимаріна мені доручила держава, і я зобов'язаний якісно виконати завдання. Так, багато моїх колег не розуміють, чому я взяв цю справу. Дехто каже, що тепер мені потрібно до Донецька чи Ростова. Я відповідаю, що якщо поїду до Донецька, то лише з автоматом у руках – захищати свою землю. За роботу мені платить не «диявол», платить Україна, щоб дотриматися Конституції та Конвенції про права людини [3].

Щоб не виникало подібних питань, суспільна думка країни має навчитися розрізняти особисті чесноти людини від тих, які повинні бути притаманні їй в силу професійних обов'язків, які ця людина має виконувати як адвокат.

У Роз'ясненні положення статті 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» щодо заборони ототожнення адвоката з клієнтом Рада адвокатів України зазначила, що застосування законних засобів захисту прав та законних інтересів клієнтів в судових процесах є виконанням професійних обов'язків адвоката; адвокат не може ідентифікуватись з клієнтом (його діями чи переконаннями) в будь-якому аспекті, у тому числі неприпустимим є перенесення умислу клієнта на його захисника [5].

Вимоги етики універсальні, адвокат завжди повинен чесно, розумно, сумлінно, кваліфіковано, принципово і своєчасно виконувати свої обов'язки. Тому, адвокатка Ю. Олексієнко правильно відмітила, що «адвокати не могли допустити порушення виконання Україною взятих на себе міжнародних зобов'язань щодо забезпечення належного та ефективного юридичного захисту. Ми – Європейська держава, в якій принцип верховенства права – не пусте словосполучення, а найголовніший принцип у правозастосовній діяльності,

якого правники дотримуються, незважаючи на зовнішні та внутрішні обставини» [4]. Отже забезпечення правовою допомогою осіб, які вчинили правопорушення в умовах війни, передусім ілюструє принцип правової держави, якою є Україна.

Література:

1. Бірюкова А. М. Принцип пріоритету інтересів клієнта в системі етичних засад адвокатської діяльності. *Вісник кримінального судочинства*, 2017. № 4. С. 121–128.

2. Система БПД: успішні справи в умовах воєнного стану. URL: <https://legalaid.gov.ua/novyny/systema-bpd-uspishni-spravy-v-umovah-voennogo-stanu/>

3. Адвокат російського солдата: Так, Шишимарін – агресор і окупант, але він заручник війни, розв'язаної Росією. URL: <https://kp.ua/ua/politics/a649894-advokat-rosijskoho-soldata-tak-shishimarin-ahresor-i-okupant-ale-vin-zaruchnik-vijni-rozvjazanoji-rosijeju>

4. «Наша місія в умовах війни – правозахист»: адвокати – випускники курсу УГСПЛ розповіли за кордоном про роботу в надзвичайних умовах URL: <https://helsinki.org.ua/articles/nasha-misiia-v-umovakh-viyny-pravozakhyst-advokaty-vypuskyky-kursu-uhspl-rozpozily-za-kordonom-pro-robotu-v-nadzvychnykh-umovakh/>

5. Про недопущення ототожнення адвокатів з клієнтами та втручання в професійні права адвокатів: рішення Ради адвокатів України від 05.08.2020 № 49. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/rishennya/2020-08-05-r-shennya-rau-49_5f4637e9c8bd4.pdf

*Павлуненко К.,
адвокат, сертифікований аудитор,
аспірант кафедри фінансового права
Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого*

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ПОДАТКОВОГО АДМІНІСТРУВАННЯ ПІД ЧАС ВОЄННОГО СТАНУ

Теоретичне осмислення та питання практичного здійснення податкового адміністрування, а також його належного нормативно-правового закріплення пройшло декілька етапів розвитку та становлення у податковому законодавстві України. Наша держава завжди прагла до створення ефективної податкової системи, яка б у своїй основі мала не тільки чітку організацію порядку стабільної сплати податків, зборів та інших обов'язкових платежів, але й

ефективну систему виявлення порушень у сфері податкового законодавства та стягнення несплачених у строк податкових зобов'язань. Водночас не завжди вдається досягти такої мети. Сьогодні, у вкрай складних умовах, пов'язаних із веденням в нашій державі воєнного стану питання податкового адміністрування набувають особливої актуальності, адже через його належне здійснення можливо збалансувати публічні і приватні інтереси.

Наразі одними із форм податкового адміністрування виступають облік платників податків та інформаційно-аналітичне забезпечення діяльності контролюючих органів. Цілком очевидно, що їх реалізація має логічно починатися з відповідного інформування платників та певних підрозділів органів податкової служби щодо новин податкового регулювання. І от на цьому етапі вже виникають певні складнощі. Пояснімо ситуацію.

Так, добре відомо, що зважаючи на розвиток цифрових технологій, актуальне публічне спілкування з платниками в умовах сьогодення органи податкової служби ведуть шляхом застосування відповідних цифрових інформаційних платформних рішень, а саме через сторінки у фейсбуці, власні веб-сайти в мережі Інтернет та телеграм-канали. При чому, варто додати, що таке інформування здійснюється як центральним апаратом Державної податкової служби, так і Головними управліннями кожної із областей України окремо [1; 2; 3;].

В свою чергу, платники податків, здебільшого, покладаються на такі новини-консультації, оскільки впевнені в їх достовірності зважаючи на джерело походження. Однак, як показало введення воєнного стану, покладатись на тривалу дію таких консультацій не варто, рівно як і сприймати їх як консультації, а не просто новини.

Проілюструємо - 27 лютого 2022 року безпосередньо на сайті ДПС України з'явилась публікація у якій Державна податкова служба у зв'язку з запровадженням воєнного стану в Україні, з огляду на військову агресію Російської Федерації проти України, інформувала про відповідний порядок дій

у зв'язку з неможливістю своєчасного виконання податкових обов'язків, передбачених Податковим кодексом України[2].

Водночас, навряд чи зазначена інформація може бути кваліфікована як податкова консультація. На наше переконання, необхідно належно розуміти дану ДПС інформацію, як слова підтримки, адресовані платникам податків у перші дні збройної агресії російської федерації, і не вважати таку інформацію належною консультацію, планом до безпосередніх дій платникам податків. Це пов'язано із тим, що вже в травні місяці 2022 року законом № 2260 було внесено відповідні зміни до підпункту 69.1 пункту 69 підрозділу 10 розділу ХХ «Перехідні положення» Податкового кодексу України щодо порядку підтвердження можливості чи неможливості виконання платником податків обов'язків, та прийнято відповідний наказ Міністерства фінансів України від 29 липня 2022 р. №225 [3; 4].

Міркуючи далі, вважаємо за потрібне акцентувати увагу на тому, що при набутті чинності вище наведених законодавчих норм, інформація від 27 лютого 2022 року не зникла з сайту Державної податкової служби та, відповідно, не була жодним чином змінена чи позначена. А тому, платники ще у листопаді 2022 року намагаються користуватись саме порадою щодо застосування Листа Торгово-промислової палати замість реалізації конкретних дій, які наразі передбачає Податковий кодекс України.

Ми вважаємо, що належне здійснення податкового адміністрування, визначення правової податкових консультацій, природи податкової інформації, а також наслідків її застосування різними суб'єктами податкових правовідносин має важливе значення. До цього додамо, що наразі при податковому адмініструванні податкова інформація може формуватися і надаватися коли, до прикладу, Головним управлінням ДПС в Одеській області і при цьому застосовуватися Головним управлінням ДПС у Харківській області. І тут ми стикаємося з іншими важливими проблемами, які виникають при податковому адмініструванні, наприклад, щодо джерела походження

податкової інформації, її доказовості. В такому випадку одразу постає питання належності такої інформації як доказу, бо для її оцінки будь-якими третіми особами, така інформація підлягає безумовній зовнішній перевірці.

Все наведене вище приводить нас до висновку про те, що як в цілому податкове адміністрування, так і процес всеохоплюючого спостереження за забезпеченням досягнення мети діяльності податкової служби – здійснення належного контролю за дотриманням правильності нарахування, повноти і своєчасності сплати податків і зборів, ще потребує удосконалення.

Література:

1. Головне управління ДПС України у Харківській області. URL. <https://kh.tax.gov.ua/>
2. Державна податкова служба України. Офіційний сайт. URL. <https://tax.gov.ua/>;
3. Податковий кодекс: Закон України від 02 грудня 2010 р. URL. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17>
4. Про затвердження Порядку підтвердження можливості чи неможливості виконання платником податків обов'язків, визначених у підпункті 69.1 пункту 69 підрозділу 10 розділу XX “Перехідні положення” Податкового кодексу України, та переліків документів на підтвердження: Наказ Міністерства фінансів України від 29.07.2022 № 225. URL. <https://tax.gov.ua/zakonodavstvo/podatkove-zakonodavstvo/nakazi/77593.html>

Попов О.,
кандидат юридичних наук, доцент,
кафедра цивільної юстиції та адвокатури
Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого

ПРОБЛЕМАТИКА НАДАННЯ АДВОКАТОМ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ: ПРОЦЕСУАЛЬНІ ТА ЕТИЧНІ АСПЕКТИ

Повномасштабне російське вторгнення на територію України дестабілізувало усі, без виключення, сфери суспільного життя, консолідувавши українську націю у спільній боротьбі з підступним ворогом. Не залишилась осторонь і сфера правосуддя, яка починаючи з 24 лютого 2022 року намагається

пристосовуватись до реалій воєнного часу, забезпечуючи дотримання однієї з базових конституційних гарантій – права на судовий захист.

У цьому контексті варто пригадати доволі слушний вислів професора В.М. Гессена, який наголосив свого часу: «Які б події не відбувалися в країні під час війни й під час миру, в період спокою і в епоху смуту, – лікар лікує, вчитель вчить, а суддя судить».

Станом на сьогодні українська судова система функціонує, продовжуючи здійснювати правосуддя в надскладних умовах. Завдячуючи, зокрема, розвитку інформаційних технологій судді, адвокати, прокурори та учасники процесів мають змогу дистанційно брати участь у розгляді справ, знаходячись при цьому у різних куточках нашої країни та реалізовувати таким чином свою високу місію.

Разом із тим, в аспекті надання адвокатами професійної правничої допомоги при представництві інтересів клієнта у суді, існує низка актуальних проблем, які вимагають фахової дискусії й обговорення в наукових та практичних колах. Однією із таких проблем, на яку б хотілося звернути увагу в межах цієї доповіді, є реалізація адвокатом функції представництва інтересів свого клієнта, який під час судового провадження опинився на тимчасово окупованій території та, в силу очевидних причин, був позбавлений можливості належним чином комунікувати як зі своїм адвокатом, так і з судом та іншими учасниками справи, і, як наслідок, – бути обізнаним про хід та результати розгляду своєї справи.

Право на належне сповіщення та слухання є невід’ємною складовою вимоги належної судової процедури в структурі права на справедливий судовий розгляд, гарантованого пунктом 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод. Положення процесуальних кодексів (ст. 8 ЦПК України, ст. 9 ГПК України, ст. 11 КАС України) визначають принцип відкритості інформації щодо справи, який передбачає, що ніхто не може бути позбавлений права на інформацію про дату, час і місце розгляду своєї справи

або обмежений у праві отримання в суді усної або письмової інформації про результати розгляду його судової справи.

Зважаючи на це, відсутність належного повідомлення та обізнаності учасника справи про дату, час і місце розгляду його справи, внаслідок знаходження на окупованій території, створює об'єктивні перешкоди для його участі у процесі та належної реалізації останнім свого права на доступ до правосуддя.

З іншого боку, специфіка природи процесуального представництва, не передбачає обов'язкової одночасної участі клієнта та адвоката у процесі розгляду справи. Навпаки, положення процесуального закону сформульовані таким чином, що наявність в учасника справи представника, зокрема, адвоката, не перешкоджає розгляду такої справи, навіть за умови, що безпосередній учасник процесу не може з'явитися до суду та прийняти участь у судовому засіданні. Останнє впливає як зі змісту ч. 1 ст. 64 ЦПК України, згідно якої представник, що має повноваження на ведення справи в суді, за загальним правилом, здійснює від імені особи, яку він представляє, її процесуальні права та обов'язки, так і зі змісту статей 223, 240, 251 та 252 ЦПК України, що визначають підстави для відкладення розгляду справи, оголошення перерви у судовому засіданні та зупинення провадження у справі.

Системне тлумачення відповідних норм процесуального права дає можливість констатувати, що обставина знаходження учасника справи на тимчасово окупованій території не є безумовною підставою для відкладення розгляду чи зняття з розгляду справи, за умови наявності в такої особи представника.

Водночас у процесі реалізації адвокатом представницької функції можуть виникати ситуації, коли продовження надання правової допомоги при розгляді справи вимагає обов'язкової комунікації адвоката з клієнтом. Зокрема, це має місце у випадках, коли під час обміну письмовими заявами по суті справи та (або) ознайомлення із доказами й позицією іншої сторони виникає необхідність

у корегуванні чи навіть зміні стратегії захисту інтересів клієнта (правової позиції у справі), відмінної від тієї, яка була попередньо узгоджена із ним. Тобто виникає проблема етичного характеру, механізм вирішення якої на рівні процесуального закону на сьогодні не передбачений.

Так, відповідно до пункту 1 ч. 1 ст. 21 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» під час здійснення адвокатської діяльності адвокат зобов'язаний дотримуватися присяги адвоката України та правил адвокатської етики. Згідно пунктів 1, 3 ч. 2 ст. 21 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокату забороняється: використовувати свої права всупереч правам, свободам та законним інтересам клієнта; займати у справі позицію всупереч волі клієнта, крім випадків, якщо адвокат впевнений у самообмові клієнта.

Правилами адвокатської етики, затвердженими Звітно-виборним з'їздом адвокатів України 2017 року 09.06.2017 (далі за текстом – ПАЕ) передбачено, що у межах дотримання принципу законності адвокат зобов'язаний у своїй професійній діяльності виходити з переваги інтересів клієнта (ст. 8). Адвокат зобов'язаний надавати професійну правничу (правову) допомогу клієнту, здійснювати його захист та представництво компетентно і добросовісно, що передбачає знання відповідних норм права, наявність необхідного досвіду їх застосування, доскональність у врахуванні всіх обставин, що стосуються доручення клієнта та можливих правових наслідків його виконання, ретельну підготовку до виконання доручення (ст. 11). Відповідно до абзаців 1 та 5 ст. 18 ПАЕ адвокат інформує клієнта щодо ведення дорученої йому справи, у тому числі щодо правової позиції у справі. Адвокат повинен неупереджено й об'єктивно повідомити клієнту наявність відомих йому фактичних і правових підстав, які можуть позитивно або негативно впливати на ймовірне виконання певного доручення, і поінформувати в загальних рисах, який час і обсяг роботи вимагатиметься для виконання цього доручення та які правові наслідки досягнення результату, що бажає клієнт. Згідно ст. 26 ПАЕ адвокат зобов'язаний інформувати клієнта про його законні права та обов'язки. Адвокат

повинен з розумною періодичністю інформувати клієнта про хід та результати виконання доручення і своєчасно відповідати на запити клієнта про стан його справи. Інформація має подаватися клієнту в обсязі, достатньому для того, щоб він міг приймати обґрунтовані рішення стосовно суті свого доручення та його виконання.

Таким чином, з аналізу змісту вищенаведених етичних правил випливає, що відсутність будь-якої можливості узгодження правової позиції з клієнтом та стратегії захисту його інтересів у процесі, погодження останнім дій свого представника, фактично унеможлиблює ухвалення адвокатом самостійного рішення про участь у розгляді справи, без отримання попередньої згоди на це довірителя. З іншого боку, прийняття адвокатом на себе відповідальності за дії у процесі, без узгодження з клієнтом правової позиції, суперечитиме не лише етичним правилам, а й характеру правосуб'єктності адвоката як учасника процесуальних правовідносин, оскільки на відміну від клієнта, якого він представляє у процесі, адвокат не має матеріально-правової заінтересованості у результатах розгляду справи. Для адвоката остання має виключно процесуально-правовий характер.

Враховуючи все вищевикладене, існує гостра необхідність в удосконаленні чинних норм процесуального права, які б враховували подібні ситуації та запроваджували конкретні механізми їх вирішення. Внесення відповідних змін до законодавства, з прив'язкою їх дії на час воєнного стану, дозволить, на наш погляд, не лише гармонізувати правила процесу та правила адвокатської етики, а й забезпечити належне та ефективне виконання адвокатами своєї функції з надання професійної правничої допомоги.

*Радутний О.,
кандидат юридичних наук, адвокат,
доцент кафедри кримінального
права Національного юридичного
університету ім. Ярослава Мудрого*

(LEGAL TECH TA METABCECBIT)

Юриспруденція та ІТ сфера мають спільне ядро. Таким ядром є код, адже у широкому розумінні закон є інформаційною технологією, тобто певним кодом, що регулює суспільне життя. Тож, у сухому залишку, в юриспруденції та в ІТ сфері вивчають та використовують одне і теж саме – код (математичні формули або мовні конструкції, зокрема, формула договору купівлі-продажу в цивільному праві, визначення крадіжки у кримінальному тощо). Як не є можливим сьогодні навчитися юриспруденції або здійснювати адвокатську практику поза вміння читати та рахувати, так неможливим буде у найближчому майбутньому опанувати або здійснювати таку діяльність поза вміння кодувати, або хоча би мати уявлення про сучасні технології в загальних рисах.

Разом з тим слід бути обережними: якщо в основі професії лежить код, то ця професія може бути автоматизована за допомогою алгоритмів. Вже зараз відбувається посилення конкуренції на ринку юридичних послуг, з'являються нові гравці (постачальники юридичних послуг, що не є правниками), які надають доступ до технологій. Зокрема, забезпечуються такі складові юридичної практики, як пошук релевантної інформації (робота молодшого юридичного персоналу), аналіз та обробка документації, автоматичне оскарження штрафу або первинна консультація за допомогою ботів тощо. З одного боку, це веде до збільшення доступності юридичних послуг, але, з іншого боку, мають місце *непомітне звільнення* (коли юридичних працівників наче й не звільняють, але не наймають нових) та *декваліфікація* (зменшенні потреби в раніше обов'язкових уміннях та навичках, у зв'язку з чим та завдяки автоматизації для виконання певної роботи стає можливим наймати працівників з нижчою освітою або кваліфікацією чи взагалі без неї). Найбільшу вразливість мають такі стандартизовані види практики, як оформлення довіреностей, заповітів або контрактів, перевірка та систематизація документації, судових кейсів, пошук релевантних судових рішень тощо.

На ринку адвокатських послуг та в сфері судової практики підсилюється протистояння. Так, Ганзейська колегія адвокатів Гамбургу одержала судове

рішення за позовом до юридичної платформи Smartlaw.de (<https://www.smartlaw.de>), що належить юридичній компанії Wolters Kluwer, яке забороняє онлайн-платформам пропонувати свої послуги зі складання контрактів клієнтам без безпосередньої участі адвоката. Черговим сумнівним кроком відзначилася Франція, де положеннями ст. 33 Закону «Про програмування на 2018-2022 роки та реформу юстиції» № 2019-222 від 23 березня 2019 р. (LOI n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice) заборонено здійснювати алгоритмічну аналітику суддівських рішень та на випадок порушення передбачено кримінальне покарання до 5 років позбавлення волі (ймовірно суддям та іншим його лобістам не сподобалася можливість бути підданими критиці за непослідовність або невідповідність висновків чинному законодавству в їх системному зв'язку, а так само можливість прогнозування ймовірного результату на підставі розрахованих об'єктивно існуючих та виявлених у попередніх рішеннях тенденцій). На противагу цьому судова спільнота в США та Великобританії позитивно сприймає практику юридичних компаній з використання алгоритмів штучного інтелекту для обробки судових рішень, їх аналізу до найдрібніших деталей, створення моделей прогнозу для кожного з окремих процесуальних етапів та остаточного рішення. Наслідування прикладу Франції, як це вже мало місце з активним просуванням законодавчого закріплення кримінальної відповідальності юридичних осіб, здатне створити невинуваті перешкоди в інформаційній сфері та у доступі до правосуддя, ускладнити роботу legal tech сервісів в Україні, як «ТО СУД» (<https://toecyd.top/> - інформаційна платформа, де відображені показники діяльності судової системи по окремому судді на основі відкритих даних ЄДРПР), «Суд на долоні» (<http://court-on-the-palm.com.ua/> - аналітичний інструмент для пошуку, дослідження та візуалізації судових рішень), «Правосуд» (<https://pravosud.com.ua/> - система пошуку та аналізу судової практики) тощо.

Разом з автоматизацією та алгоритмізацією юридичної практики відбувається перехід до віртуальних світів. Одним з них є

Метавсесвіт (Metaverse, від грецьк. *μετά-* та *universe*): 1) мережа віртуальних світів нової соціальної взаємодії; 2) віртуальний простір, в якому правові персони (фізичні особи, юридичні особи, держави) та їх аватари (графічні двомірні або трьохмірні зображення користувача, 3D-моделі або персоніфікації в комп'ютерній грі або іншому віртуальному середовищі), можуть взаємодіяти між собою та іншими цифровими об'єктами за допомогою технологій віртуальної, доповненої та змішаної реальності; 3) наступна ітерація Інтернету, в якій реалізовано можливості для навчання, розваг, соціального життя та роботи, комбінуючи свою активність оффлайн та онлайн.

Так, на платформі *Charmi.com* створено можливості для побудови віртуального університету, в аудиторіях та лекційних залах якого можуть зустрічатися аватари викладачів та студентів. В Україні створена та активно розвивається Асоціація «Метавсесвіт-UA» (<https://association.metaverse-ua.com.ua/>), яка плідно співпрацює з провідними архітекторами, розробниками та дизайнерами метавсесвітів та «розумних» міст. Власні виокремлені метавсесвіти мають такі корпорації як *Nvidia*, *Facebook*, *Microsoft*, *Machine Brick*, *Baidu*, *ByteDance*, *Animoca*, *Decentraland*, *Epic Games*, *Nolan Consulting*, *UnitySDK*, *Mojang* тощо.

За оцінками *Grayscale* [3], у найближчий час річний виторг окремих ділянок Метавсесвіту досягне 1 трлн доларів США, завдяки чому цей сектор складе потужну конкуренцію *Web 2.0*. Попри скептицизм, події у віртуальному Метавсесвіті є цілком реальними: 25 листопада 2021 р. корпорація *Decentraland* оголосила про найбільший в історії продаж віртуальної землі за рекордні 2,4 млн доларів США [1]; у жовтні 2021 р. аукціонний дім *Sotheby's* запусив платформу цифрового мистецтва під назвою *Metaverse*, де пропонуватимуть ретельно відібрані *NFT* [2]; у січні 2022 р. бренд *H&M* отримав власний концепт віртуального магазину в Метавсесвіті *СEEK City* [4]; у лютому 2022 р. у Метавсесвіті *Decentraland* пройшло перше весілля (для реєстрації шлюбу пара з Фініксу, що в Аризоні, Райан і Кендіс Херлі запросили юридичну компанію

Rose Law Group, у церемонії брали участь представник суду, свідки та близько 2 тис. гостей) [6] тощо.

Тож, наступною сенсацією у Метавсесвіті слід очікувати проведення судового засідання під головуванням штучного інтелекту і поширення обов'язкового характеру правових наслідків такого судового рішення на традиційний оф-лайн простір. Тому, поряд з телемедициною [5], яка розвивається прискореними темпами, може виникнути *телеюриспруденція* з функціями перевірки певного рішення, законопроекту, умов угоди або стратегії дій на відсутність заборон або потенційних конфліктів, відповідність чинному законодавству та судовій практиці (зокрема, Верховного Суду, Конституційного Суду України, ЄСПЛ) тощо.

Зовсім скоро стануть витребуваними правники та адвокати, які спеціалізуються на Метавсесвіті та перебувають у ньому. Головне, щоб всі ми були не другорядними персонажами (як у кінострічці «Персонаж» (Free Guy), США, 2020 р. режисера Шона Леві, втім, з позитивним фіналом для нього).

Література:

1. Decentraland (MANA) annonce le Record de vente d'un terrain métavers : \$2.4 millions / Investing.com – Cryptomonnaies, 24/11/2021 - URL: <https://web.archive.org/web/20211221163458/https://fr.investing.com/news/cryptocurrency-news/decentraland-mana-annonce-le-record-de-vente-dun-terrain-metavers--24-millions-2055556>
2. Sotheby's Metaverse / metaverse.sothebys.com. – URL: <https://web.archive.org/web/20220220021543/https://metaverse.sothebys.com/>
3. The Metaverse Web 3.0 Virtual Cloud Economies / Grayscale Research, November 2021/ - URL: https://grayscale.com/wp-content/uploads/2021/11/Grayscale_Metaverse_Report_Nov2021.pdf
4. Бренд Н&М отримав власний концепт віртуального магазину в метаверсі / 24Техно, 4 січня 2022 – URL: https://24tv.ua/tech/brend-hm-otrimav-vlasniy-kontsept-virtualnogo-novini-tehnologiy_n1834915 (дата звернення: 11.11.2022)
5. Порядок організації медичної допомоги на первинному, вторинному (спеціалізованому), третинному (високоспеціалізованому) рівнях із застосуванням телемедицини / Про затвердження нормативних документів щодо застосування телемедицини у сфері охорони здоров'я, наказ Міністерства охорони здоров'я України № 681 від 19.10.2015 р. – URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1400-15#Text>

6. У Метавсесвіті Decentraland пройшло перше весілля. – URL: <https://web.archive.org/web/20220209101616/https://thepage.ua/ua/news/u-metavsesviti-zigrali-pershe-vesillya> (дата звернення: 11.11.2022)

*Савчин М.,
доктор юридичних наук, професор,
Ужгородський національний
університет, Україна, Український
вільний університет, Мюнхен, ФРН,
віцепрезидент Світового конгресу
українських юристів.*

КОНСТИТУЦІЙНІ ЗАСАДИ АДВОКАТУРИ ЯК САМОВРЯДНОГО ІНСТИТУТУ СПРИЯННЯ ПРАВОСУДДЮ

У вітчизняному праві існувала тривала невизначеність щодо розуміння адвокатури у системі правосуддя. Адвокати як представники вільної саморегульованої професії займають специфічне положення у системі інфраструктури правової системи. На них поширюється професійний привілей, що зумовлює специфіку відносин сторін захисту та обвинувачення у кримінальному процесі. Зокрема, суть цього привілею полягає у спеціальному порядку притягнення адвокатів до відповідальності, забезпечення охорони таємниці відомостей про клієнта і неприпустимість встановлення юридичних механізмів щодо надання таких відомостей органам влади. Представники адвокатури кооптуються у судову магістратуру, яку в Україні репрезентує Вища рада правосуддя як основний орган сприяння правосуддю. Суспільно-політичні дебати з цього приводу крутилися навколо проблематики монополії адвокатури щодо юридичного представництва чи творення юридичного конструкту на кшталт органу влади у силу вельми формального підходу адміністративних судів з питань дисциплінарної відповідальності адвокатів.

За своєю природою адвокатура репрезентує громадянське суспільство як цілком саморегульований інститут. Її інституційне становлення має зачатки з періоду римського права через інструмент *responsa jurisconsultum*, яке транзитом через Середньовіччя з його цеховою організацією суспільства та

становленням університетів як самоврядних автономних утворень, еволюціонувало до самостійної самоврядної організації. Традиція саморегулювання імплементує адвокатуру в громадянське суспільство, робить її провідним елементом громадянського суспільства, якому імпліцитно притаманна традиція верховенства права з його повагою до вимог належної правової процедури. Адвокатура передбачає тісну співпрацю із університетами, з притаманними їм академічними свободами.

Приведу лише приклад із денацифікації Німеччини. Коли ці заходи здійснювалися окупаційною владою, а пізніше новоформованою ФРН, існувало усвідомлення, що не буде змоги провести зміну всіх суддів, які фактично служили нацистському режиму. Але тісні контакти суддів з академічним середовищем (судді верховних земельних судів та верховних судів є переважно професорами університетів) дало змогу швидко подолати нацистську спадщину і перебудувати діяльність суддів і адвокатів у світлі поваги до прав людини. Ключову роль тут відіграло есе професора Густава Радбруха «П'ять хвилин філософії права», в якій він висвітлив нищість, нелюдянність і аморальність нацистського законодавства попри його відповідність постулатам панівної на той час формалістської доктрини правової держави. Далі вже підуть дискусії про матеріальну і процесуальну доктрини правової держави, ролі правника в утвердженні цінностей конституційної демократії і захисту прав людини. І в цьому середовищі також важливу роль відігравали адвокати. Таким чином, самоврядність і саморегулювання адвокатури полягає у визначенні високих стандартів адвокатської професії та забезпечення доброчесності у професійній діяльності адвокатів, взаємодії адвокатури із інститутами влади на засадах незалежності та верховенства права.

Ключовим завданням для адвокатури як самоврядної інституції є відстоювання цінностей конституційної демократії, для чого адвокати мають відповідати високим стандартам чеснот юридичної професії. Зокрема, адвокати, які причетні до колабораціонізму мають притягатися до дисциплінарної відповідальності із наступним відстороненням від професійної діяльності.

Оскільки ідеологема рашизму є порушенням Хартії ООН і проявом злочинів агресії та геноциду, оскільки така заперечує суб'єктність України, то причетність до такого роду злочинів є несумісними із високою місією захисту прав людини, чому має служити адвокатура. Тим більше, висока місія адвокатури полягає у сприянні фіксації такого роду злочинів зі стратегічним націлом по здійсненню правосуддя Міжнародним спеціальним трибуналом зі злочинів рашизму задля притягнення винних до відповідальності.

Адвокатура є незалежним інститутом, який сприяє здійсненню правосуддя. Особливо рельєфно це проявляється у кримінальній юстиції, де адвокатура виступає стороною захисту напроти вагу стороні обвинувачення. Саме з цих позицій стаття 131² Конституції України визначає підвищені стандарти щодо якості правничої допомоги, професійно яку може надавати саме адвокатура. Ці конституційні приписи аж ніяк не означають абсолютної монополії адвокатури на правничу допомогу, оскільки встановлюються винятки для соціальних, виборчих і референдумних спорів, малозначних спорів та спорів, де є беруть участь особи, які є малолітні і неповнолітні, визнані судом недієздатними або дієздатність яких обмежена. Зрозуміло, що це недосконала юридична конструкція, оскільки вона зумовлює мати адвокатське свідцтво для юрисконсультів крупних підприємств, які можуть мати свої юридичні служби.

Однак у поточному законодавстві це доходило також до абсурдних ситуацій, оскільки таке вимагало раніше представництво органів публічної влади саме через адвокатів, що суперечить природі діяльності цих органів влади та професійному привілею адвоката та їх відділення власне від держави. Хочу наголосити, що у Словаччині і Чехії тривають гострі дебати щодо того, щоб передати вирішення питання про дисциплінарну відповідальність адвокатів від дисциплінарних комісій адвокатури до судів, що розцінюється академічною спільнотою та адвокатським середовищем як атака на адвокатуру як незалежну інституцію, що репрезентує у юридичному процесі приватних осіб та громадянське суспільство у цілому.

Стосовно питання щодо обов'язкової участі адвокатів у судовому процесі, то конституційне застереження у статті 131² (5) про винятки представництва у малозначних справах є достатнім для делікатного врегулювання цієї дилеми. Адже критерій малозначності є звичайним для визначення доступу до апеляційного чи касаційного перегляду судового рішення. Як правило, коли йде мова про перегляд судових рішень, то часто виникають питання узгодження та забезпечення єдності судової практики або усунення очевидно грубих порушень прав людини чи відвертих рестриктивних практик в інтерпретації прав людини, яке вирішується переважно на рівні касаційного перегляду судових рішень. У таких ситуаціях складно обійтися без допомоги кваліфікованого і високопрофесійного адвоката. Вказана формула Конституції є відкритою навіть для ранжування адвокатів шляхом запровадження реєстрів адвокатів, які можуть здійснювати представництво сторін перед апеляційними судами та Верховним судом. Для цього необхідне адекватна і предметна конкретизація і деталізація у законодавстві. Тут слід також зважати на свободу вибору захисника, однак така свобода збалансовується вимогою якості правничою допомогою, для цього слід продумати провадження системи страхування діяльності адвокатів.

*Сущенко В.,
кандидат юридичних наук, доцент,
науковий консультант з правових питань
Центру Разумкова*

АДВОКАТ – БАЗОВА ПРАВНИЧА СПЕЦІАЛЬНІСТЬ

Історія виникнення, становлення і розвитку правничої професії протягом століть беззаперечно свідчить про те, що адвокатська діяльність, метою і змістом якої є надання правничих послуг (правової допомоги) всім, хто її потребує, є первинною/початковою правничою спеціальністю у функціонуванні правової системи будь-якої держави, яка сповідує та утверджує соціально-правові цінності у життєдіяльності як окремої людини/громадянина, так і суспільства в цілому.

Переважна частина країн світу, не зважаючи на існування певних відмінностей у функціонуванні своїх правових систем і приналежності до різних правових сімей, дійшла висновку, що правнича професія з її функціональним поділом на спеціалізації: адвокатську, прокурорську, суддівську, нотаріальну, дослідницьку/нормопроектувальну – ґрунтується на засадах адвокатської діяльності як з погляду професійної підготовки, так і морально-ціннісного підходу до формування особистості правника.

На моє переконання професійне і моральне право *«обвинувачувати (прокурор)»* або *«розсуджувати (суддя)»*, або *«підтверджувати певні факти і дії (нотаріус)»* або *«регулювати (досліджувати і проектувати) правові відносини»*, тобто - **сприяти встановленню балансу особистих і суспільних прав, свобод та інтересів людей** має право правник, який набув *знань, умінь і навичок у захисті/представленні прав, свобод та інтересів кожної людини* у виникаючих в суспільстві/державі соціально-правових відносинах.

Аналізуючи типові приклади підготовки правників та їх допуску до правничої професії в різних країнах світу маємо всі підстави стверджувати, що допуск до правничої професії в більшості країн відбувається, як правило, шляхом спеціальної підготовки та складання, в першу чергу, професійного адвокатського іспиту. В Україні лише останніми роками спеціальність адвоката набула не лише масовості/чисельності, але й починає ставати базовою у зайнятті суддівських і прокурорських посад, а також набуває вагомої конкурентної спроможності у дослідницькій, викладацькій (у правничих школах) і нормопроектувальній діяльності, про що свідчить допуск адвокатів до конкурсів на зайняття відповідних посад в різних структурах правової системи держави.

Додатковим фактором, що підтверджує базовий характер адвокатської спеціальності у правничій професії є, на мій погляд, функціонування у світі самоврядних професійних правничих об'єднань, які, навіть, у своїй назві

підкреслюють і зберігають термін «адвокат/адвокатура».⁵ В той же час, в Україні функціонують декілька самоврядних професійних об'єднань правників⁶, що, на мій погляд, не сприяє єдності правничої спільноти як у підготовці, так й у практиці реалізації професійних завдань з утвердження верховенства права і розбудови правової держави.

Видається доцільним створення в Україні організаційно-правових умов щодо об'єднання правничої спільноти в єдину асоціацію самоврядних професійних організацій на засадах єдиного підходу до підготовки майбутніх правників, а також вимог щодо допуску до правничої професії, дотримання правил професійної етики і професійної відповідальності за результати своєї діяльності. Така асоціація мала би мати вирішальний вплив на формування навчальних планів і програм університетських правничих шкіл (факультетів, академій) та спеціалізованих тренінгових центрів/шкіл з професійної підготовки, підвищення кваліфікації й додаткової спеціалізації правників-практиків.

Правнича професія, в незалежності від різновидів її функціональної спеціалізації: адвокатської, прокурорської, нотаріальної, дослідницької, суддівської, – потребує єдиної ціннісної орієнтації у виконанні своєї місії та завдань для досягнення єдиної мети – здійснення оптимального правосуддя у всіх його формах і методах. На мій погляд, базовими професійними цінностями правників можуть бути визнані такі:

- Однозначне розуміння (тлумачення) та усвідомлення категорії «справедливість» у суспільно-правових відносинах, що передбачає утвердження оптимально пропорційного співвідношення прав і обов'язків кожної людини і суспільства поміж собою та у стосунках з інститутами

⁵ Наприклад: АВА США (*American Bar Association USA*), або Генеральна рада адвокатів Англії та Уельсу (*Bar Council of England & Wales*), або таких міжнародних правничих об'єднань як Міжнародна асоціація правників (*International Bar Association*) чи *Європейська асоціація юристів* (*The European Lawyers' Association*) або Рада адвокатів та правничих товариств Європи (*Council of Bars and Law Societies of Europe*).

⁶ За інформацією Єдиного державного реєстру громадських об'єднань, який тимчасово не працює, в Україні зареєстровано понад 10 професійних громадських об'єднань правників, серед яких найбільшими за чисельністю та вагомими за своїм статусом є: Національна асоціація адвокатів України; Асоціація правників України, Асоціація адвокатів України; Союз юристів України; Всеукраїнське об'єднання адвокатів, які надають безоплатну правову допомогу.

державної влади і управління. Таке розуміння справедливості повинно бути фундаментом формування нормативно-правової/законодавчої бази, теорії й практики її реалізації у повсякденному житті.

- Безумовне утвердження категорії «права» – як феномену встановлення і підтримання оптимального балансу прав, свобод та інтересів кожного учасника/суб'єкта суспільно- правових відносин.

- Оптимальна «незалежність» всіх правників - представників різних правничих спеціальностей від зовнішнього стороннього свавільного впливу/тиску в процесі виконання ними своїх професійних повноважень та ухвалення правових рішень, що передбачає обґрунтовану самодостатність професійних знань, умінь і навичок кожного правника.

- Належний рівень «професійної відповідальності» правника, що проявляється у його здатності й спроможності безумовно дотримуватись правил загальної та професійної етики і бути постійно готовим відповідати за результати своєї професійної діяльності та поведінки як перед правничою спільнотою/колегами за професією, так і перед своїми клієнтами та й суспільством в цілому. Правнича професія вимагає створення єдиного «Деонтологічного кодексу професійної етики і відповідальності» і дієвих механізмів/процедур його функціонування.

- «Професійна честь і гідність» правника – як запорука приналежності до правничої спільноти та утвердження її соціально важливої місії у суспільстві та державі.

*Сьомак Т.,
аспірантка кафедри
цивільної юстиції та адвокатури
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого*

ВИНИКНЕННЯ ТА РОЗВИТОК ІНСТИТУТУ ВІНАГОРОДИ ЗА ПРОФЕСІЙНУ ДІЯЛЬНІСТЬ (ГОНОРАРУ) АДВОКАТА В УКРАЇНІ

Для того, щоб краще зрозуміти сутність інституту винагороди за професійну діяльність адвоката в Україні потрібно звернутися до витоків його

створення. Вважається, що розвиток інституту адвокатури бере свій початок ще за часів Стародавньої Греції та Стародавнього Риму, проте, питання гонорару вирішувалося по-різному, адже ще Цицерон та Ульпіан розглядали знання закону як найсвятішу справу, яка б не мала розраховуватися або спростовуватися грошима. В той же час, Цицерон зізнавався, що краще обирати своїх клієнтів з ряду заможних римських громадян, тому що вони могли платити вищі збори [1, с.93].

Хоча тогочасні оратори з презирством ставилися до отримання плати за свою роботу, не можна сказати, що вона була повністю безкоштовною, адже за свої старання вони отримували подарунки у знак вдячності особи за допомогу у її справі. Тож, саме такий подарунок і отримав назву гонорар (*honorarium*). У часи Римської республіки такі дарунки не були абсолютно безоплатними, адже такі угоди взагалі не існували в стародавньому праві [2,с.191].

Одним із перших актів, яким було б закріплено питання гонорару адвоката був закон Цинція, що включав в себе обмеження та заборони стосовно гонорару. Виникнення цих заборон було пов'язано із відсутністю будь-яких обмежень та лімітів на розмір та кількість подарунків, які приймали оратори навіть до закінчення справи, а тому було прийняте рішення щодо такого обмеження. Однак закон Цинція належить до *lex imperfecta*, що накладав заборону, але без санкцій [3, с.103].

Складність питання гонорару адвоката і донині полягає в його дуалістичності. Адже, як влучно вказує Мельниченко Р.Г. адвокати з найдавніших часів і донині безуспішно намагаються поєднати непоєднуване (гонорар у перекладі з латинської – подарунок, а тому виходить, що адвокат отримує оплату за свою працю (економічний дискурс) і одночасно не отримує (благодійний дискурс) [4, с. 20]. Це і підтверджує особливість інституту адвокатури, діяльність якого, з одного, боку, має приватний характер - спрямована на захист інтересів клієнтів, а з іншого- публічний, адже в той же

час адвокат діє в інтересах держави, адже працює на користь всього суспільства в цілому.

Що стосується регулювання інституту гонорару адвоката в Україні, то національне законодавство не містить належного правового регулювання інституту винагороди (гонорару) адвоката, а в профільному Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» цьому питанню присвячена тільки одна стаття 30. Дещо ширше питання про сутність гонорару адвоката розкривається в Правилах адвокатської етики (ст.ст. 27-31), де вказуються лише два способи його обчислення – фіксований розмір й погодинну оплату, прямо допускаються й інші форми обчислення гонорару, які у своїй діяльності використовують адвокати.

Науковці по-різному виділяють форми адвокатського гонорару, систематизуючи їх за власним баченням, проте, якщо зробити узагальнення, то можна зазначити, що до таких форм відносять: в залежності від часу (погодинна /щомісячна/ плата за абонентське обслуговування), за певну виконану роботу, фіксований гонорар та так званий «гонорар успіху».

Згідно з опитуванням юридичних компаній у 2019 році в Україні погодинну ставку використовують 88% юридичних фірм, fixed fee (фіксовану плату) назвали 69% юридичних фірм, success fee (гонорар успіху) – 28%, абонентську плату – 24% [5].

В той час, як питань щодо погодинної ставки, абонентської та фіксованої плати майже не виникає, не існує єдності поглядів науковців на можливість законодавчого закріплення «гонорару успіху» судового представника, застосування його меж, можливого включення до складу судових витрат і загалом доцільності існування самого інституту.

У національній судовій практиці питання так званого «гонорару успіху» не має однозначного трактування. Прикладами діаметрально протилежних позицій є постанови Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду у справі №462/9002/14-ц від 12.06.2018 р. та у справі № 754/1513/16-ц від 26.09.2018 р.

У рішенні Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду №903/781/21 від 28.07.2022 р., Суд визнав, що «гонорар успіху» за формою його обчислення є фіксованим та відповідає вимогам чинного законодавства. Однак випадки зміни позиції Верховним Судом непоодинокі і не варто вважати, що таке рішення є стабільним, а інші адвокати або фахівці не стануть це питання переглядати, особливо, коли розмір «гонорару успіху» стане дуже значним.

Не існує єдності поглядів і науковців на можливість законодавчого закріплення «гонорару успіху» судового представника, застосування його меж, можливого включення до складу судових витрат і загалом доцільності його існування. Основними аргументами противників так званого «гонорару успіху» є ідентифікація (ототожнення) адвоката з клієнтом та економічний інтерес адвоката[1,с.96]. А тому питання success fee залишається надалі актуальним та вимагає рішення.

В той же час, як зазначає Вільчик Т.Б. При вирішенні питання щодо законодавчого закріплення «гонорару успіху» (*actum de quota litis*) в Україні, слід виходити також з думки представників адвокатської спільноти, більшість з яких вважає, що працюючи за «гонорар успіху», у них формується найпотужніша мотивація працювати на позитивний з погляду замовника результат [6,с.260]. Що є ще одним аргументом на користь законодавчого закріплення «гонорару успіху».

Отже, можна зробити висновок, що інститут гонорару адвоката пройшов великий шлях від часів Стародавніх Греції та Риму до його формування в сучасному його розумінні в Україні, але все одно такі питання, як до прикладу «гонорару успіху» все ще залишаються актуальними та потребують вирішення.

Література:

- 1.Фляжнікова Я. Про гонорар успіху адвоката. *Evropský politický a právní diskurz*. 2020. Sv. 7, Vyd. 1. С. 92-99.
URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/evpopr_2020_7_1_15 (дата звернення: 29.11.2022)

2. Муромцев С.А. Гражданское право древнего Рима. Москва, типография А.И. Мамонтова и Ко, 1883 г. Справочно-правовая система Гарант.

URL:

<https://books.google.com/books?id=3e76AgAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=ru#v=onepage&q&f=false> (дата звернення: 08.12.2022)

3. Дормидонтов Г.Ф. Система римского права. Общая часть. Казань, 1910.

URL: <https://scicenter.online/pravo-rimskoe-kniga-scicenter/sistema-rimskogo-prava-obschaya-chast-kazan.html> (дата звернення: 08.12.2022)

4. Мельниченко Р.Г. Привлечение адвоката к профессиональной ответственности по делам, связанным с гонораром. Уголовный процесс. 2013. 10. С. 20–24.

5. Ставки, знижки, hourly rates. Юридична газета online. 2019. No 41-42 (695-696). URL: <https://yur-gazeta.com/publications/legal-business-in-ukraine/stavki-znizhki-hourly-rates.html> (дата звернення: 29.11.2022)

6. Вільчик Т.Б. Pactum de quota litis: проблеми законодавчого врегулювання в Україні. Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні: Матеріали VI Міжнар. наук.-практ. конф. (21 жовтня 2022р., Чернівці) редкол.: О.В. Щербанюк та ін. Чернівці, 2022. С.255-262.

Науковий керівник – Т.Б. Вільчик, докторка юридичних наук, професорка кафедри цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

*Топчанюк О.,
аспірантка кафедри цивільної юстиції
та адвокатури
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого*

ПРАВОВИЙ СТАТУС ПОМІЧНИКА ТА СТАЖИСТА АДВОКАТА В УКРАЇНІ ТА У ФРАНЦІЇ

Помічник та стажист адвоката не тільки сприяють адвокатській діяльності, а й являють собою майбутнє покоління адвокатів. Тому питання щодо правового статусу помічника та стажиста адвоката є важливим з точки зору теорії та практики організації адвокатури та здійснення адвокатської діяльності, а вивчення досвіду країн ЄС спрямовано на гармонізацію законодавства, що регулює статус цих осіб.

Право займатись адвокатською діяльністю та набуття статусу адвоката в країнах Європейського Союзу регламентується документами Міжнародної

асоціації юристів (ІВА), загальним кодексом правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства та іншими міжнародними документами, а також національним законодавством країн Європейського Союзу.

Правовий статус помічника та стажиста адвоката в Україні регламентує Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»[1] а також «Положення про помічника адвоката»[2]. Аналіз даних правових актів дозволяє сформулювати низку основних положень, які характеризують правовий статус стажиста та помічника адвоката в Україні та Франції.

Так, відповідно до частини п'ятої статті 10 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» особи, які на день звернення із заявою про допуск до складання кваліфікаційного іспиту мають стаж роботи помічника адвоката не менше одного року за останні два роки, звільняються від проходження стажування.

Більшість країн Європейського Союзу передбачає обов'язкове стажування для набуття статусу адвоката. Вказане питання регулюється, зокрема: Федеральним положенням про адвокатуру 1959 року» (ФРН), Законом про адвокатуру від 1982 року (Польща), Lawyer's Act (Австрія), «Article 434 of the Belgian judicial Code (Бельгія) [3].

Правовий статус адвокатів у Франції врегульований «Законом Франції про адвокатуру» 1990 року [4], де зазначені основні вимоги до кандидата на посаду, а саме: обов'язкова наявність французького громадянства або громадянства держави-члена ЄС, або держави-сторони договору про європейський економічний простір, але які надали право французам здійснювати професійну діяльність на своїй території на таких умовах, на яких громадяни можуть здійснювати професійну діяльність на території Франції з урахуванням рішень Ради ЄС, або ж мати статус біженця чи апатридів; наявність диплома магістра права 1 ступеня чи еквівалентний йому диплом; наявність Сертифіката про присвоєння статусу адвоката. Для отримання даного сертифікату особа повинна скласти іспит. Порядок та умови складання іспиту регулюється Постановою від 07.12.2005 року номер 19290 [5].

Претенденту потрібно пройти курс спеціального навчання у регіональному центрі професійного навчання або у школі професійної освіти колегії адвокатів. Увесь курс навчання складається з трьох етапів, кожен із яких триває 6 місяців. У процесі першого періоду вивчаються загальні питання діяльності адвокатів: статус, професійна етика, практичні аспекти адвокатської діяльності. Другий період присвячений індивідуальній програмі навчання у місцевому центрі професійного навчання адвокатів, або професійній школі навчання адвокатів. На цьому етапі кандидат визначається з конкретною сферою діяльності. І тільки на третьому етапі він проходить безпосереднє стажування у адвоката, складає іспит, який має дві частини – усну та письмову. Якщо кандидат набирає 130 або більше балів, він отримує Сертифікат про здібності до професії юриста (САПА) і складає присягу перед апеляційним судом. Далі ще 2 роки кандидат стажується з обраної спеціальності і тільки після цього його ім'я вноситься до ордену адвокатів [6]. Тривалість навчання - щонайменше 18 місяців, які складаються з науково-теоретичних дисципліни та практичних занять.

Відповідно Закону про адвокатуру та адвокатську діяльність 1990 року Франції, ст.57 зі змінами, внесеними статтею 5 декрету № 2006-374 від 28 березня 2006 року, для підготовки до практичної діяльності з надання консультацій та сприяння у вирішенні спорів учні регіональних центрів професійної підготовки отримують загальну базову освіту протягом шести місяців, вивчаючи такі курси, як статус і професійна етика адвокатів, складання юридичних документів, виступ на засіданнях суду й участь у дебатах, організація судових процесів, управління адвокатським кабінетом. Регіональний центр професійної підготовки включає до програми навчання одну або кілька іноземних мов, обираючи їх у переліку, затвердженому постановою міністра юстиції.

Згідно ст.58 зі змінами, внесеними чинною з 1 вересня 2005р., статтею 18 декрету № 2004-1386 від 21 грудня 2004 року: другий етап навчання в регіональному центрі професійної підготовки триває протягом шести місяців, але, як виняток, може бути подовжений до восьми місяців. Під час цього етапу навчання проводиться за індивідуальними програмами, згідно з правилами, які

визначаються Національною радою колегій адвокатів. Кожен учень пропонує проект своєї індивідуальної програми, а потім розробляє її за допомогою регіонального центру, який після закінчення розробки його затверджує. Третій етап навчання - стажування під керівництвом адвоката. Тривалість цього навчання складає шість місяців. Три етапи навчання, визначені в статтях 57 і 58 вказаного закону, повинні слідувати один за одним без перерви. Національна рада колегій адвокатів може, як виняток, дозволити поєднання цих трьох етапів. Після закінчення навчання видається кваліфікаційний сертифікат: «Свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю». У французькій адвокатурі стажування проходить відповідно до обраної спеціалізації. Стажист самостійно обирає в якій сфері він буде працювати.

В Україні адвокатом може бути особа, яка відповідає вимогам, встановленим статтею 6 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», в тому числі - має стаж роботи в галузі права не менше двох років. Закон встановлює, що за певних умов стажування для такої особи може не бути обов'язковим. Зокрема за наявності стажу роботи помічником адвоката 1 рік за останні два роки (ч.5, ст.10 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»).

Стажування в Україні триває 6 місяців. Згідно з п.11.6.5. Положення про організацію та порядок проходження стажування для отримання свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю стажист повинен пройти та підтвердити факт проходження адаптаційного курсу в професію адвоката у Вищій школі адвокатури НААУ [7], який складається з 7 модулів, що ґрунтуються на окремих темах, після чого претенденти повинні скласти тести. Після успішного проходження курсу, який триває 1 місяць, видається відповідний сертифікат та данні про особу вносяться до реєстру осіб, які пройшли адаптаційний курс у професію адвоката. Спеціалізація адвокатів за законодавством України не передбачена, але на практиці, як правило, здійснюється адвокатами за галузевою диференціацією права. Ми підтримуємо думку вчених щодо необхідності запровадження спеціалізації адвокатів у

законодавстві України [8], зокрема – Законі «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». За прикладом країн Європейського Союзу кандидат може обирати до трьох галузей права до своєї спеціалізації та отримувати звання «Спеціалізований адвокат»[9].

Вважаємо, що доцільно запровадити у законодавстві України обрання спеціалізації майбутнім адвокатом та проходження ним стажування відповідно до обраної спеціалізації, для чого ввести доповнення до Положення про помічника адвоката [2] та Положення про організацію та порядок проходження стажування для отримання свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю [7]. Зокрема, слід доповнити спеціальний курс-інструктаж для помічника адвоката у Вищій школі адвокатури НААУ етапом, на якому він визначається щодо спеціалізації. Щодо стажиста, то включити вимогу щодо обрання спеціалізації на етапі початку стажування.

Таким чином, законодавство України та Франції має багато спільних рис і зміни до законодавства України в частині навчання майбутніх адвокатів спрямовані на підвищення рівня кваліфікації адвокатів та усвідомлення ними своїх майбутніх цілей щодо професії.

Науковий керівник – Т.Б. Вільчик, докторка юридичних наук, професорка кафедри цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Література:

1. Про адвокатуру і адвокатську діяльність: Закон України від 17.06.2020 номер 720-IX. URL: <https://unba.org.ua>
2. Положення про помічника адвоката. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/vr113871-15#Text>
3. Lawyers training systems in the EU. URL: <https://e-justice.europa.eu>
4. Lawyers training systems in the EU_france - european ejustice_Poland file:///C:/Users/User/Downloads/France factsheet v3 web EU en%20(1).pdf
5. Постанова від 07.12.2005 року номер 19290. URL: <https://www.cnb.avocat.fr/fr/node/17449>
6. Наказ від 7 грудня 2005 року про встановлення програми та порядку проведення перевірки здібностей до професії юриста:

URL:https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid21259D76F5A1E4FCCE9E3F392EE1D.tpdjo16v_1

7. Положення про організацію та порядок проходження стажування для отримання особою свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю.
URL: <https://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/pologennya/2022-03-25>
8. Оксана Хотинська-Нор. Спеціалізація як перспектива розвитку адвокатури України. URL:https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://www.researchgate.net/publication/338888587_Specializacia_ak_perspektiva_rozvitku_advokaturi_Ukrain.
9. Вільчик Т. Б. Адвокатура як інститут реалізації права на правову допомогу: порівняльно-правовий аналіз законодавства країн Європейського Союзу та України: дис. докт. юр. наук: 12.00.10. Харків, 2016. 489с.

Щербанюк О.,
*докторка юридичних наук, професорка,
завідувачка кафедри процесуального права
Чернівецького національного університету
імені Юрія Федьковича*

СПЕЦІАЛІЗАЦІЯ АДВОКАТУРИ ЯК ВИМОГА РИНКУ ПРАЦІ

Спеціалізація є явищем не тільки судової влади, але й інших сфер життєдіяльності суспільства. Її метою є здійснення ефективної, професійної діяльності, спрямованої на досягнення найкращого результату. При дослідженні спеціалізації слід аналізувати її як процес та продуктивність. Оскільки об'єктом нашого дослідження є адвокатура, то процесом в діяльності адвокатури є дії, спрямовані на надання кваліфікованої правничої допомоги шляхом сумлінного виконання адвокатом своїх прав та обов'язків. Продуктивність ж полягає в результатах діяльності адвоката по виконанню своїх функцій. Макс Вебер зазначав, що «В галузі управління існує така ж спеціалізація і такий же поділ праці, як і у виробництві: тут, також як і там, усе підкоряється безособово-діловому принципу і керуючий чиновник відірваний від засобів керування, як виробник від засобів виробництва».

На рівні міжнародно-правових і національних актів непоодинокими є прямі рекомендації щодо спеціалізації адвокатів із надання допомоги вразливим категоріям клієнтів. Так, у керівному положенні 9 «Принципів і керівних

положень щодо доступу до правової допомоги в системі кримінального правосуддя», схвалених резолюцією Генеральної Асамблеї ООН від 20 грудня 2012 року, наголошується на необхідності прийняття державами активних заходів для забезпечення того, щоб, коли це можливо, підсудних, обвинувачених і потерпілих, які є жінками, могли представляти жінки-адвокати [1].

Правникам, які хочуть диференціюватися на ринку, потрібно стежити за тенденціями і шукати спеціалізацію в юриспруденції. Довгий час, щоб досягти успіху, юристам потрібно було вибрати єдину сферу знань і зосередити всі свої дослідження і зусилля на цій темі.

Нижче наведені основні спеціалізації з права:

1) Юристи з охорони навколишнього середовища: Займається питаннями, пов'язаними з відносинами людини з навколишнім середовищем, такими як погіршення природи, викликане діяльністю галузі. Причини, які відстоює цей професіонал, включають такі проблеми, як забруднення води, ґрунту та повітря, викликані, зокрема, використанням токсичних продуктів у промисловості та вирубкою лісів природоохоронних територій. Крім того, юристи-екологи виступають в наступних випадках: Екологічні договори; Судження і захист в діях, пов'язаних з навколишнім середовищем; Консультування в процесах обговорення, пропозиції та написання юридичних документів, які мають аспекти, пов'язані з навколишнім середовищем (наприклад, угоди, заходи щодо відшкодування шкоди тощо); Реалізація програм і проектів, які не впливають на якість навколишнього середовища, забезпечення стійкості.

2) Юристи - право нерухомості: Вони спеціалізуються на операціях з нерухомістю, оренді, купівлі, продажу, володінні, використанні тощо. Вони виступають в повному юридичному консультуванні з питань купівлі-продажу нерухомості; договори оренди, з супроводом у підготовці, розгляді та аналізі; дії з виселення; дії щодо володіння або користування; обов'язкове присудження для юридичного регулювання придбання майна; позов проти будівельних компаній, які затримують доставку робіт або пред'являють необґрунтовані

витрати; стягнення витрат ОСББ проти неплатників; повна консультація з питань документації, письма, складання документів, довідок та записів у нотаріусах та інших відповідальних органах тощо.

3) Цивільний адвокат - це професіонал, відповідальний за дії в галузі права, яка регулює відносини між фізичними особами, які знаходяться в ситуації балансу умов, тобто в цивільній сфері. Він діє для захисту цивільних прав своїх клієнтів.

4) Юристи з праці та / або соціального забезпечення: представляє осіб або компанії у спорах між працівником та роботодавцем, питаннях профспілки, відшкодуванні збитків, трудових відносинах, понаднормовій роботі, звільненні та всьому іншому, пов'язаному з відносинами між працівником / компанією. Юрист із соціального забезпечення працює у сферах пенсійного забезпечення, пенсійного забезпечення, допомоги по хворобі, допомоги при нещасному випадку, інвалідності тощо. Вони також пропонують такі послуги: розрахунок пенсійного забезпечення, судовий або адміністративний перегляд пенсій і пенсій, судовий захист при прийнятті рішень про відмову від пенсії та пенсії, розрахунки прострочених внесків на соціальне страхування тощо.

5) Юристи - комерційне право: Міжмедійні правовідносини в торгівлі. Вони зазвичай представляють компанії або корпорації, які виконують ділові дії. Вони займаються питаннями, пов'язаними з угодами, відкриттям фірми, складанням, веденням переговорів та виконанням договорів, господарським судочинством, захистом інтелектуальної власності (торгових марок і патентів), отриманням податкових консультацій та консультацій щодо вибору найбільш підходящої юридичної структури для бізнесу тощо.

б) Адвокати у кримінальних справах: Працює в різних галузях кримінального права. Готує та пред'являє захист або обвинувальний акт у діях, пов'язаних зі злочинами або проступками проти фізичних або юридичних осіб. Таким чином, ваша послуга може бути пов'язана з правом кожного підсудного (винного чи ні у злочині) мати законний захист у суді, оскільки це може бути пов'язано із захистом особи, яка стверджує, що стала жертвою злочину.

7) Юристи - податкові право: Розглядає принципи та правила, пов'язані зі збором податків та зборів, податковими зобов'язаннями та атрибуціями контролюючих органів. Вони працюють в основному над наступними питаннями: Допомога в адміністративних та судових провадженнях щодо стягнення податків; Юридична допомога у підготовці щорічної декларації з податку на прибуток на основі чинного законодавства та підготовці до подання декларацій минулих років; Юридична допомога при виправленні декларацій; заяви про реституцію податку на прибуток та захист у разі повідомлення про порушення, будь то в адміністративній чи судовій сфері.

8) Юристи – сімейне право: Вони працюють у сімейних відносинах, таких як розлучення, поділ майна, опіка над неповнолітніми, пенсія, інвентаризація тощо. Вони відстоюють інтереси свого клієнта в умовах глухого кута між залученими сторонами. Зазвичай ми шукаємо позитивну для обох сторін угоду, але коли немає консенсусу, необхідно боротися за індивідуальні інтереси до кінця, в декількох випадках.

9) Юристи – електронне або комп'ютерне право: Ці фахівці займаються питаннями, пов'язаними з інформаційними технологіями та Інтернетом, а також злочинами, пов'язаними з цими інструментами: банківське шахрайство, дії хакерів, наклеп і наклеп, проблеми з електронною комерцією і всі інші електронні злочини. Професіонал, який працює в цій галузі, піклується про юридичні аспекти, пов'язані з всесвітньою мережею комп'ютерів, такі як віртуальна комерція, реєстрація доменів в Інтернеті, порушення авторських прав та шахрайство в Інтернеті, серед інших питань. Оскільки ще не існує багато законів, характерних для віртуальної сфери, юристи повинні використовувати свої знання цивільного, кримінального та споживчого права для вирішення відставань у цифровій сфері.

10) Юристи - міжнародне право: розглядає питання, пов'язані з торгівлею, транзитом людей, валютами та товарами, імпортом та експортом та всіма причинами в міжнародній сфері та відносинах держави із закордоном. Кількість транснаціональних корпорацій, які відкрили бразильський ринок, також сильно

зросла за останні десять років, збільшивши попит на професіоналів, що спеціалізуються на бразильських законах, які регулюють податкові, комерційні та споживчі права.

Таким чином, коли юрист має спеціалізацію в якійсь конкретній галузі, його робота ще більше цінується, оскільки він володіє більшими знаннями в цій галузі діяльності, маючи більше шансів виграти справу.

Література:

1. United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems. URL: <https://minjust.gov.ua/files/general/2013/01/09/201301090000006605.pdf>

СЕКЦІЯ II.

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ОРГАНІЗАЦІЇ

ТА ДІЯЛЬНОСТІ СУДОВОЇ ВЛАДИ

Гусаров К. ,
*доктор юридичних наук, професор,
в. о. завідувача кафедри цивільної
юстиції та адвокатури Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого,
член-кореспондент НАПрН України*

НАБРАННЯ ЗАКОННОЇ СИЛИ СУДОВОЮ УХВАЛОЮ ЗА РЕЗУЛЬТАТАМИ РОЗГЛЯДУ СКАРГИ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ СУДОВОГО КОНТРОЛЮ ЗА ВИКОНАННЯМ СУДОВИХ РІШЕНЬ

Належна реалізація адвокатської діяльності нерозривно пов'язана із належним застосуванням правових норм, зокрема цивільного процесуального права. На прикладі однієї з цивільних справ, що була предметом розгляду судів першої, апеляційної та касаційної інстанцій (справа № 761/13085/14-ц), дані про яку містяться у Єдиному державному реєстрі судових рішень, вважаю за доцільне висловити власні міркування відносно набрання законної сили

судовою ухвалою, що постановлена за результатами розгляду скарг на дії, рішення або бездіяльність державного (приватного) виконавця або посадової особи державної виконавчої служби. Варто також зазначити, що на науковому рівні значна увага приділена дослідженню адвокатської діяльності та виконавчому провадженню Ю.В. Білоусовим, Т.Б. Вільчик, В.В. Комаровим, О.М. Овчаренко, Д.М. Сібільовим [1] та багато іншими авторами.

При висвітленні теми доповіді намагатимусь відповісти на декілька питань, котрі стали в нагоді при аналізі норм цивільного процесуального права. Так, при відповіді на питання про можливість передбачення ч.1 ст.261 ЦПК України загального правила набуття законної сили для всіх судових рішень, які постановляються у формі ухвал, вважаю за необхідне зазначити наступне. Визначення національним цивільним процесуальним законодавством декількох видів судових рішень та декількох варіантів правового регулювання кожного з них робить можливим говорити про диверсифікацію механізмів набрання властивостей законної сили кожним з різновидів судових рішень. Зміст ч.1 ст.261 ЦПК України, вважаю, містить загальне правило для всіх судових рішень, котрі постановляються у формі ухвали. Згідно із частиною першою зазначеної норми, ухвала набирає законної сили негайно після її проголошення, якщо інше не передбачено нормами ЦПК України.

Окремим чином передбачена на законодавчому рівні процедура набрання законної сили рішенням суду як окремим процесуальним документом. Відповідно до ч.ч. 1, 2 ст. 273 ЦПК України, рішення суду набирає законної сили після закінчення строку подання апеляційної скарги всіма учасниками справи, якщо апеляційну скаргу не було подано. При подачі апеляційної скарги рішення, якщо його не скасовано, набирає законної сили після повернення апеляційної скарги, відмови у відкритті чи закриття апеляційного провадження або прийняття постанови суду апеляційної інстанції за наслідками апеляційного перегляду.

Таке правило не міститься у вищевказаній нормі ЦПК України стосовно набрання законної сили ухвал суду. Однак при цьому виникає ситуація, при якій (за загальним правилом) ухвала суду як акт правосуддя набуває законної сили негайно після її проголошення, але суб'єкти апеляційного оскарження вправі реалізувати зазначене право відносно ухвал – протягом п'ятнадцяти днів з дня її проголошення. Виключення складатимуть випадки, про які іде мова у ч.1 ст. 261 ЦПК України. Проте ухвала суду, що постановляється за результатами розгляду скарги на рішення, дії або бездіяльності державного виконавця чи іншої посадової особи органу державної виконавчої служби або приватного виконавця під час виконання судового рішення, ухваленого відповідно до ЦПК України, не має якихось виключень або окремих вказівок норм цивільного процесуального права, включаючи Закон України «Про виконавче провадження», стосовно інших особливостей набуття вказаною ухвалою законної сили.

З огляду на різноманітність правового регулювання порядку набрання законної сили судовими рішенням та ухвалою, вважаю за можливе відмітити встановлення у цивільному процесуальному законодавстві різних (ст. 261 та ст. 273 ЦПК України) процедур як для рішення, так і для ухвали суду, при набранні вказаними документами законної сили. Тому за правилами ст. 273 ЦПК України набувають законної сили лише судові рішення, постановлені за результатами всебічного розгляду цивільної справи та якими вирішуються позовні вимоги або вимоги, викладені у заяві.

При відповіді на питання щодо моменту набрання законної сили ухвалою суду за результатами розгляду скарг на дії (бездіяльність) органів державної виконавчої служби, приватного виконавця (ст. 451 ЦПК України), слід врахувати і наступне. Стаття 451 ЦПК України закріплює правило про те, що за результатами розгляду скарги на рішення, дії або бездіяльність державного виконавця чи іншої посадової особи органу державної виконавчої служби або приватного виконавця під час виконання судового рішення, ухваленого відповідно до правил ЦПК України, постановлюється ухвала. В той же час,

норми процесуального права (ст. ст. 447-453 ЦПК України) не містять будь-яких особливостей набрання законної сили зазначеною ухвалою. Виходячи з цього можна зробити висновок про те, що вказана ухвала набуває ознак законної сили на загальними правилами, передбаченими ст. 261 ЦПК України, тобто негайно після її проголошення.

Аналогічним чином набуватиме законної сили і додаткова ухвала суду про стягнення судових витрат за результатами розгляду скарг на дії (бездіяльність) органів державної виконавчої служби, приватного виконавця, оскільки правила її постановлення (ст. 270 ЦПК України) не містить окремого правового регулювання процедури набрання актом правосуддя законної сили, можливість якого передбачена ч.1 ст. 261 ЦПК України.

В той же час при обставинах, що описуються вище, певною мірою ситуація ускладнюється при прийнятті апеляційної скарги до розгляду судом апеляційної інстанції та відкритті апеляційного провадження. Отже, яким чином в такому випадку діятимуть правила про набрання ухвалою суду, постановленої за правилами ст. 451 або ст. 270 ЦПК України, законної сили, - навряд чи можна в даний час однозначно відповісти. Але це є темою окремої наукової розробки.

Література:

1. Білоусов Ю.В. Гарантії держави Україна під час виконання судових рішень: міжнародний і національний аспекти. *Порівняльно-аналітичне право*. 2019. №5. С. 105-108; Вільчик, Тетяна Борисівна. "Дискусійні питання визначення обов'язків адвоката у суді: зарубіжна доктрина." *Problems of Legality* 131 (2015): 145-155; Виконавче провадження : посібник / В.В. Комаров, В.В. Баранкова, В.А. Бігун та ін. ; за ред.. В.В. Комарова. – Х.,2014. – 717 с.; ДІХТЯРЬ, А. В.; ОВЧАРЕНКО, О. М. Адвокатська етика у соціальних мережах. *Порівняльно-аналітичне право*, 2020, 1: 612-617; Сібільов Д.М. Генетичні ознаки виконавчого провадження в системі цивільної юрисдикції //Юрист України. – 2011. – №2(15). – С. 34-38.

*Дроздов О.,
адвокат, доктор юридичних наук,
заслужений юрист України, професор,
кафедра кримінального процесу Національного
юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

НЕЯВКА СВИДКІВ ТА ІНШІ ОБМЕЖЕННЯ ПРАВА НА ДОПИТ СВИДКІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЗА ПРАКТИКОЮ ЄСПЛ

1. На практиці, наразі в умовах воєнного стану, все частіше в судових засіданнях звучить позиція сторони захисту щодо визнання недопустимими доказами показань осіб, які не дають їх безпосередньо в судовому засіданні.

Так в одній із справ, яка розглядається Вищим антикорупційним судом (дали – ВАКС), захисники обвинувачених заявили клопотання про визнання доказів очевидно недопустимими у кримінальному провадженні. А саме, адвокати, зокрема, заперечували проти долучення протоколу від 21 лютого 2020 року додаткового допиту підозрюваного із додатками та протоколу від 28 лютого 2020 року одночасного допиту вже допитаних осіб у кримінальному провадженні підозрюваного і свідка із додатками, заявили усне клопотання про очевидну недопустимість зазначених доказів, посилаючись на положення ст. 23 КПК про те, що суд оцінює показання безпосередньо, а ч. 11 ст. 615 КПК не діяла на час проведення допитів вказаних осіб. Обвинувачені клопотання підтримали.

Далі наведу хід міркувань ВАКС з означеного питання. Так вирішуючи клопотання, ВАКС виходив із такого. Стаття 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенція) гарантує кожному право на справедливий судовий розгляд. Складовою цього права відповідно до § 3 (d) зазначеної статті є право кожного обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення допитувати свідків обвинувачення або вимагати, щоб їх допитали (тобто право на перехресний допит).

В усталеній практиці Європейського Суду з прав людини (рішення Великої Палати у справі Аль-Хаваджа і Тахері проти Сполученого Королівства (Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom), заяви № 26766/05 та 22228/06)

застосовується трискладовий тест, що визначає основні критерії, за умови дотримання яких, показання безпосередньо відсутнього в суді свідка може бути прийнятним з точки зору § 3 (d) ст. 6 згаданої Конвенції: (1) критичність для справи - правило єдиного або вирішуючого доказу (sole or decisive rule), (2) поважна причина неможливості допиту (good reason) та (3) наявність достатніх урівноважуючих факторів (counterbalancing factors).

Суд у порядку ст. 321 КПК сприяв стороні обвинувачення у виклику свідків ОСОБА_3 та ОСОБА_5, останнє відоме місце проживання яких - м. Бердянськ Запорізької області. Зокрема, суд видав судові повістки про виклик до суду, які були повернуті відправнику, через те, що доставка на відповідні поштові індекси не здійснюється у зв'язку з військовими подіями (т. 30, а.с. 29, 32, 55, 59, 66). Суд здійснив спробу викликати свідка ОСОБА_5 телефонограмою за відомим номером телефону; згідно з телефонограмою, свідок ОСОБА_5 повідомив, що зараз знаходиться в м. Бердянськ та не може з'явитися для допиту. Також суд спрямував запит до Міністерства соціальної політики України щодо інформації з Єдиної інформаційної бази даних про внутрішньо переміщених осіб щодо осіб, яких викликано до суду для допиту в якості свідків. Однак, заходи щодо виклику ОСОБА_3 та ОСОБА_5 виявилися безрезультатними.

Отже, ВАКС констатував, що цих свідків неможливо допитати саме у зв'язку з військовими подіями. Тому причина неявки цих свідків безпосередньо до суду є поважною.

Щодо ж решти двох критеріїв, ВАКС зазначав таке.

ОСОБА_3 і ОСОБА_4 (який допитувався на досудовому розслідуванні в ході одночасного допиту з ОСОБА_5) були підозрюваними в цьому кримінальному провадженні й допитувалися в присутності своїх захисників, однак обвинувачення в справі, що нині перебуває на розгляді суду, їм не пред'явлено. Як свідчить реєстр матеріалів досудового розслідування №52019000000000120 (т. 1, а.с. 59-60), ОСОБА_3 і ОСОБА_4 були затримані, й про підозру в цьому кримінальному провадженні їм було повідомлено в той самий день, коли мали місце затримання й повідомлення про підозру ОСОБА_1 та ОСОБА_2 -

19.02.2020. Перебування вказаних осіб у статусі підозрюваних підвищує критичність цих доказів у цій справі, що розглядається за обвинуваченням ОСОБА_1 та ОСОБА_2 (оскільки позиція різних підозрюваних по справі може різнитися; окрім того, підозрювані, на відміну від свідків, при їх допиті не попереджаються про кримінальну відповідальність за відмову від давання показань та за завідомо неправдиві показання).

Обвинувачені (на той час підозрювані) ОСОБА_1 і ОСОБА_2 та їх захисники не були присутні на згаданих допитах та не мали можливості здійснити перехресний допит осіб, зазначених у протоколах (крім ОСОБА_4, який допитувався в суді). Оскільки допит під час досудового розслідування проводила сторона обвинувачення і відсутня можливість провести допит цих свідків у суді із забезпеченням права на перехресний допит, отже достатні врівноважуючі фактори відсутні.

Щодо застосування ч. 11 ст. 615 КПК, то суд вважає, що її норма не є застосовною до цієї справи, оскільки вона набрала чинності лише 1 травня 2022 р. З цієї ж дати набрав чинності й відповідний виняток, передбачений нині в ч. 2 ст. 95 КПК, водночас згідно з ч. 2 ст. 5 КПК, допустимість доказів визначається положеннями цього кодексу, які були чинними на момент їх отримання. Тому суд застосовує ч. 4 ст. 95 КПК в попередній редакції згідно з якою, суд не в праві обґрунтовувати рішення показаннями наданими слідчому, прокурору або посилатися на них.

З огляду на таке, ВАКС прийшов до висновку про те, що зазначені вище протоколи допиту осіб під час досудового розслідування є очевидно недопустимими доказами, оскільки їх залучення і дослідження судом порушить встановлений ст. 23 КПК принцип безпосереднього сприйняття судом показань та гарантоване ст. 6 згаданої Конвенції право на справедливий судовий розгляд у частині права обвинувачених допитувати свідків обвинувачення (право на перехресний допит). Тому клопотання захисників належить задовольнити

частково, визнавши відповідні протоколи з додатками очевидно недопустимими доказами⁷.

Наведене рішення є прикладом доволі вдалого, хоча й досить спрощеного, застосування судом релевантної практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). Втім ретельний аналіз рішень ЄСПЛ дозволяє під більш широким кутом зору поглянути на проблеми неявки свідків та інших обмежень права на допит свідків у кримінальному провадженні.

2. Почнемо з того, що на відміну від КПК України в системі Конвенції термін «свідок» має автономне значення. Якщо показання можуть служити певною мірою основою для засудження, вони є доказом для обвинувачення, до якого застосовуються гарантії, передбачені пунктами 1 і 3 (d) статті 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенція). Таким чином, в практиці ЄСПЛ термін «свідок» включає: співобвинувачених (Трофімов проти Росії, 2008, § 37); жертв (потерпілих) (Володимир Романов проти Росії, 2008, § 97); свідків-експертів (Constantinides v. Greece, 2016, §§ 37-38; Danilov v. Russia, 2020, § 109); показання, надані особою під час впізнання або очної ставки з підозрюваним (Vanfuli v. Russia, 2011, § 110); у деяких випадках документальні докази (Мірілашвілі проти Росії, 2008, §§ 158-159; Буткевич проти Росії, 2018, §§ 98-99).

Згідно зі статтею 6 § 3 (d) Конвенції, перш ніж обвинувачений може бути засуджений, усі докази проти нього або неї зазвичай повинні бути представлені в його або її присутності на відкритому слуханні з метою змагальності. Винятки з цього принципу можливі, але вони не повинні порушувати права захисту, які, як правило, вимагають, щоб обвинуваченому була надана адекватна та належна можливість відводити та допитувати свідка проти нього чи неї, коли цей свідок робить свою заяву або на пізнішій стадії провадження (Al-Khawaja and Tahery v. United Kingdom [ВП], 2011, § 118).

Стаття 6 § 3 (d) Конвенції містить презумпцію проти використання показань з чужих слів проти підсудного в кримінальному провадженні. Виняток

⁷ Ухвала ВАКС від 28 вересня 2022 року у справі № 991/6646/20.
URL:<https://reyestr.court.gov.ua/Review/106628514>

використання показань з чужих слів також є виправданим, якщо такі докази можуть сприяти захисту (*Thomas v. the United Kingdom (dec.)*, 2005).

Від заявника не вимагається демонструвати важливість особистої явки та допиту свідка обвинувачення (*Süleyman v. Turkey*, 2020, § 92). У принципі, якщо сторона обвинувачення вирішує, що певна особа є відповідним джерелом інформації, і покладається на її свідчення в судовому засіданні, і якщо показання цього свідка використовуються судом для підтвердження обвинувального вироку, це має презюмуватися, що його чи її особиста явка та допит необхідні (*Кескін проти Нідерландів*, 2021 р., § 45).

Гарантії в пункті 3 (d) статті 6 Конвенції є конкретними аспектами права на справедливий судовий розгляд, викладеного в пункті 1 цього положення, і головним завданням ЄСПЛ відповідно до статті 6 § 1 є оцінка загальної справедливості кримінального провадження. Роблячи таку оцінку, ЄСПЛ розглядає провадження в цілому, включаючи спосіб, у який були отримані докази, беручи до уваги права захисту, а також інтереси громадськості та потерпілих у належному обвинуваченні та, де необхідно, щодо прав свідків (*Шачашвілі (Schatschaschwili) проти Німеччини [ВП]*, 2015, §§ 100-101)⁸.

3. У рішенні по справі «Аль-Хаваджа і Тагері проти Сполученого Королівства» [ВП], 2011 р., §§ 119-147, ЄСПЛ встановив принципи, які мають застосовуватися, коли свідок не з'являється на відкритому судовому засіданні. Ці принципи були додатково роз'яснені у справі *Schatschaschwili* проти Німеччини [ВП], 2015, §§ 111-131. Їх можна підсумувати таким чином (*Seton* проти Сполученого Королівства, 2016, §§ 58-59; *Dimović* проти Сербії, 2016, §§ 36-40; *Т.К.* проти Литви, 2018, §§ 95-96):

(i) Суд спочатку повинен вивчити попереднє питання про те, чи існувала вагома причина для допустимості доказів відсутнього свідка, приймаючи до уваги, що свідки, як правило, повинні давати показання під час судового розгляду, та що необхідно докласти всіх розумних зусиль, аби забезпечити їх присутність.

⁸ KEY THEME Article 6 §§ 1 and 3 (d) Absent witnesses and other restrictions on the right to examine witnesses (Last updated: 31/12/2021). URL: <https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/absent-witnesses-and-other-restrictions-on-the-right-to-examine-witnesses>.

Однак відсутність поважної причини для неявки свідка сама по собі не може бути доказом відсутності справедливості судового розгляду, хоча вона залишається дуже важливим фактором, на який слід зважувати під час оцінки загальної справедливості, і такий, який може схилити терези на користь встановлення порушення статті 6 §§ 1 і 3(d) Конвенції;

(ii) Типовими причинами неявки є смерть свідка або страх помсти. Однак існують інші законні причини, чому свідок може не бути присутнім на судовому засіданні;

(iii) Якщо свідок не був допитаний на жодній попередній стадії провадження, допустимість прийняття заяви свідка замість надання показань під час судового розгляду має бути крайнім заходом;

(iv) Прийняття як доказів заяв відсутніх свідків призводить до потенційного негативного наслідку для підсудного, який, загалом, у кримінальному процесі повинен мати ефективну можливість оскаржити докази проти нього або неї. Зокрема, він або вона повинні мати можливість перевірити правдивість і достовірність показань, наданих свідками, шляхом їх усного допиту в його або її присутності, або в той час, коли свідок надавав показання, або на більш пізньому етапі провадження;

(v) Відповідно до «виключного або вирішального правила», якщо засудження обвинуваченого виключно або головним чином ґрунтується на доказах, наданих свідками, яких обвинувачений не може допитати на будь-якому етапі провадження, його або її права на захист є неправомірно обмеженими;

(vi) У цьому контексті слово «вирішальний» слід розуміти вузько як вказівку на докази такого значення чи важливості, які, ймовірно, будуть визначальними для результату справи. Якщо неперевірені докази, надані свідком, підкріплюються іншими підтверджуючими доказами, оцінка того, чи є вони вирішальними, залежатиме від сили підтверджуючих доказів: чим вагоміші інші викривальні докази, тим менша ймовірність того, що докази відсутнього свідка будуть розглядаються як вирішальні;

(vii) У справі *Schatschaschwili* проти Німеччини [ВП], 2015, § 116, ЄСПЛ пояснив, що, враховуючи те, що його завдання полягало в тому, щоб з'ясувати, чи було провадження в цілому справедливим, він повинен не лише розглядати питання про наявність достатніх врівноважувальних факторів у випадках, коли показання відсутнього свідка були єдиною або вирішальною підставою для засудження заявника, а також у випадках, коли він вважав незрозумілим, чи є спірний доказ виключним чи вирішальним, але, тим не менш, був переконаний, що він мав значну вагу та його прийняття могло створити перешкоди стороні захисту;

(viii) Однак, оскільки пункт 3 статті 6 Конвенції слід тлумачити в контексті загального розгляду справедливості провадження, виключне чи вирішальне правило не повинно застосовуватися у негнучкий спосіб, у тому числі у випадках, коли докази, надані свідком мали значну вагу, і їх прийняття могло завадити стороні захисту;

(ix) Зокрема, якщо показання з чужих слів є виключним або вирішальним доказом проти обвинуваченого, їх прийняття як доказу автоматично не призведе до порушення статті 6 § 1 Конвенції. У той же час, коли засудження виключно або вирішальним чином ґрунтується на підставі доказів відсутніх свідків Суд повинен піддати провадження найретельнішій перевірці. Через небезпеку прийняття таких доказів це було б дуже важливим фактором для зважування обставин справи і чинником, що вимагав би достатніх урівноважуючих факторів, у тому числі наявності сильних процесуальних гарантій. Питання в кожному конкретному випадку полягає в тому, чи існують достатні урівноважуючі фактори, включаючи заходи, що дозволяють здійснити справедливу та належну оцінку достовірності цих доказів. Це дозволило б ґрунтувати обвинувальний вирок на таких доказах, лише якщо вони є достатньо надійними з огляду на їх важливість у справі⁹.

4. Вищенаведені принципи щодо відсутніх свідків застосовуються і до інших випадків, коли підсудний не мав змоги оскаржити належність і достовірність

⁹ KEY THEME Article 6 §§ 1 and 3 (d) Absent witnesses and other restrictions on the right to examine witnesses (Last updated: 31/12/2021). URL: <https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/absent-witnesses-and-other-restrictions-on-the-right-to-examine-witnesses>.

доказів свідків, у тому числі їх правдивість і надійність, шляхом усного допиту свідків у його чи її присутності, або на той час, коли свідок робив заяву, або на більш пізньому етапі провадження. Це може стосуватися:

(i) Анонімних свідчень (Аль-Хаваджа і Тагері проти Сполученого Королівства [ВП], 2011, § 127; Асані проти колишньої Югославської Республіки Македонії, 2018, §§ 36-37; Сулейман проти Туреччини, 2020) ;

(ii) Свідки, включаючи співобвинувачених, які відмовляються давати показання під час судового розгляду або відповідати на запитання захисту (Відген проти Нідерландів, 2012, § 42, щодо співобвинувачених; Сіверт проти Німеччини, 2012, §§ 59-61, щодо свідків);

(iii) Свідки, допитані за спеціальними домовленостями про допит, коли, наприклад, захист не може бути присутнім на допиті (Papadakis проти колишньої Югославської Республіки Македонії, 2013 р., § 89) або коли захист не може мати доступу до джерел, на яких базуються знання або переконання свідка (Donohoe v. Ireland, 2013, §§ 78-79);

(iv) Свідки, чий показання мають значення лише для визначення суворості санкції (Dodoja проти Хорватії, 2021, §§ 33-37)¹⁰.

5. Інші міркування застосовуються до статті 6 §§ 1 і 3 (d) щодо права обвинуваченого викликати свідків сторони захисту. За загальним правилом національні суди мають оцінити надані їм докази, а також належність доказів, які обвинувачені прагнуть надати. Пункт 3(d) статті 6 Конвенції залишає за ними право, знову ж таки як загальне правило, оцінювати, чи доцільно викликати таких свідків. Це не вимагає присутності та допиту кожного свідка з боку обвинуваченого; її основною метою, як вказують слова «на тих самих умовах», є повна «рівність сторін» у справі (Перна проти Італії [ВП], 2003, § 29; Солаков проти колишньої Югославської Республіки Македонія, 2001, § 57; Муртазалієва проти Росії [ВП], 2018, § 139). Однак можуть існувати виняткові обставини, які

¹⁰ KEY THEME Article 6 §§ 1 and 3 (d) Absent witnesses and other restrictions on the right to examine witnesses (Last updated: 31/12/2021). URL: <https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/absent-witnesses-and-other-restrictions-on-the-right-to-examine-witnesses>.

могли б спонукати Суд дійти висновку, що не проведення допиту особи як свідка було несумісним із пунктами 1 та 3 (d) статті 6 Конвенції (там само, § 148).

Так у рішенні по справі «Муртазалієва проти Росії» [ВП], 2018, § 158, ЄСПЛ сформулював такий трискладовий тест для оцінки того, чи було дотримано право на виклик свідка для захисту згідно зі статтею 6 § 3 (d) Конвенції: (1) чи є клопотання про допит свідка достатньо обґрунтованим і має відношення до предмету обвинувачення; (2) чи враховували національні суди належність цих показань до справи і чи навели достатні підстави для свого рішення про відмову у допиті свідка під час судового розгляду; і (3) чи підірвало загальну справедливість судового провадження рішення національних судів відмовити у допиті свідка.

Стосовно *першого елемента* ЄСПЛ постановив, що необхідно перевірити, чи здатні показання свідків вплинути на результат судового розгляду чи можна розумно очікувати, що вони зміцнять позицію захисту. «Достатність» аргументації клопотань захисту про заслуховування свідків залежатиме від оцінки обставин конкретної справи, включаючи застосовні положення національного законодавства, стадії та ходу провадження, аргументації та стратегій, яких дотримуються сторони, та їх процесуальну поведінку. Слід визнати, що в деяких справах належність показань свідка захисту може бути настільки очевидною, що навіть недостатня аргументація з боку захисту буде достатньою для того, щоб відповісти на перше запитання критерію ствердно (там само, §§ 160-161).

Що стосується *другого елемента* перевірки, ЄСПЛ пояснив, що загалом належність щодо обставин справи показань і достатність наведених стороною захисту аргументів визначатимуть обсяг і рівень деталізації оцінки національним судом необхідності забезпечення явки та допиту свідка. Отже, чим сильніші та вагоміші аргументи, що висунуті захистом, тим ретельнішим має бути розгляд і тим переконливішими мають бути аргументи національних судів при відмові в задоволенні клопотання сторони захисту про допит свідка (там само, § 166).

Стосовно загальної оцінки справедливості як *третього елемента* перевірки, ЄСПЛ підкреслив, що відповідність вимогам справедливого судового розгляду має визначатися в кожній справі з огляду на перебіг провадження в цілому, а не

на підставі розгляду одного ізольованого конкретного аспекту або одного конкретного випадку. У той час як висновки з перших двох компонентів цього критерію, як правило, є вагомими показниками справедливості судового розгляду, не можна виключати, що в деяких і, за загальним визнанням, виняткових випадках міркування справедливості можуть призвести до протилежних висновків. (там само, §§ 167-168)¹¹

Таким чином, практика ЄСПЛ демонструє розгалужену систему критеріїв, яких слід дотримуватися судам при розгляді кримінальних справ у разі неявки свідків. Це, своєю чергою, вимагає добросовісної процесуальної поведінки суду задля уникнення формального підходу до застосування, зокрема, відповідних положень ст. 615 КПК.

Казанцев С.,

*асисент кафедри цивільного права
Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого*

АНАЛІЗ СУЧАСНИХ ПОЗИЦІЙ ВЕРХОВНОГО СУДУ ЩОДО ПРАВ НА ЧАСТКУ У КАПІТАЛІ ГОСПОДАРСЬКОГО ТОВАРИСТВА

У цивілістичних колах та у судовій практиці питання про належність частки у статутному (складеному) капіталі господарського товариства до об'єктів права власності традиційно було і залишається дискусійним. Ще більш складною виявляється проблема вирішення належності частки до спільної сумісної власності подружжя або до їх особистої приватної власності у випадку, коли учасником товариства є тільки один з подружжя, а частка придбана за час шлюбу.

10 жовтня 2018 року у справі № 569/6236/16-ц Верховний суд поставив, нарешті, рішення з цього питання. Правова позиція, яка неодноразово відтворювалася і в наступних рішеннях касаційної інстанції, зводилася до

¹¹ KEY THEME Article 6 § 1 and 3 (d) Absent witnesses and other restrictions on the right to examine witnesses (Last updated: 31/12/2021). URL: <https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/absent-witnesses-and-other-restrictions-on-the-right-to-examine-witnesses>.

наступного: «У разі передання подружжям свого майна для здійснення підприємницької діяльності шляхом участі одного з них у заснуванні господарського товариства, це майно належить зазначеному товариству на праві власності, подружжя набуває відповідне майнове право, яке реалізується одним із подружжя (засновником) шляхом участі в управлінні товариством, а другий із подружжя набуває право вимоги виплати йому певних сум у разі поділу майна між подружжям. Тобто частка в статутному капіталі господарського товариства не є спільною власністю подружжя, корпоративні права одного з подружжя-учасника товариства належать виключно йому, тільки він має право розпорядження ними без згоди дружини.»

Але 29 червня 2021 року правова позиція ВС була змінена докорінно.

В постанові у справі № 916/2813/18 Велика Палата Верховного Суду вказала, що вважає за необхідне відступити від висновків Верховного Суду України, викладених у постанові Верховного Суду від 10.10.2018 у справі № 569/6236/16-ц та від 12.11.2019 у справі № 918/598/18, що частка в статутному капіталі, яка придбана за спільні кошти подружжя, не є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя та може бути відчужена одним з них без згоди іншого.

У стислому вигляді мотиви такого висновку наступні: «Законом встановлена презумпція спільності права власності подружжя на майно, яке набуто ними в період шлюбу. Ця презумпція може бути спростована й один з подружжя може оспорювати поширення правового режиму спільного сумісного майна на певний об'єкт, у тому числі в судовому порядку. За змістом пункту 4 частини першої статті 116 ЦК України учасники господарського товариства мають право здійснити відчуження часток у статутному (складеному) капіталі товариства, цінних паперів, що засвідчують участь у товаристві у порядку, встановленому установчим документом товариства та законом. Відповідно до пункту «д» частини першої статті 10 Закону України «Про господарські товариства» учасники товариства мають право: д) здійснити відчуження часток у статутному (складеному) капіталі товариства, цінних паперів, що засвідчують

участь у товаристві, в порядку, встановленому законом. ВП ВС звертає увагу, що в пункті «д», який визначає право учасника здійснити відчуження часток в статутному капіталі товариства, законодавець вжив поняття «закон» в широкому розумінні, що включає в себе, зокрема, положення ЦК України та СК України, які встановлюють особливості розпорядження об'єктами спільної сумісної власності. За вимогами частин першої, другої та четвертої статті 369 ЦК України співвласники майна, що є у спільній сумісній власності, володіють і користуються ним спільно, якщо інше не встановлено домовленістю між ними. Розпорядження майном, що є у спільній сумісній власності, здійснюється за згодою всіх співвласників, якщо інше не встановлено законом. Правочин щодо розпорядження спільним майном, вчинений одним із співвласників, може бути визнаний судом недійсним за позовом іншого співвласника у разі відсутності у співвласника, який вчинив правочин, необхідних повноважень. Згідно із частинами першою, другою та третьою статті 65 СК України дружина, чоловік має право на звернення до суду з позовом про визнання договору недійсним як такого, що укладений другим із подружжя без її, його згоди, якщо цей договір виходить за межі дрібного побутового. Аналіз наведених положень закону, які визначають порядок розпорядження майном, що знаходиться у спільній сумісній власності подружжя, зокрема, часткою в статутному капіталі господарського товариства дозволяє дійти висновку, що чоловік та дружина розпоряджаються цим майном за взаємною згодою, наявність якої презюмується при укладенні договорів одним з подружжя.»

З новим поглядом ВП ВС на стару проблему погодитись важко. Спробуємо навести деякі аргументи на користь протилежної думки.

Корпоративні відносини між засновником (учасником) та товариством будуються через посередництво додаткового специфічного об'єкту — частки у статутному капіталі у ТОВ та ТДВ, частки у складеному капіталі у повному та командитному товаристві, паю у виробничому кооперативі та акції в АТ. Цей об'єкт виступає джерелом корпоративних прав, які, у свою чергу, належать особі, що має право на цей об'єкт. Зазначена вище здатність вказаних носіїв

корпоративних прав бути об'єктом правочинів (оборотоздатність) дозволяє безумовно віднести їх до об'єктів цивільних прав.

З огляду на те, що корпоративні права є втіленими у частці (паї) у статутному (складеному, пайовому) капіталі та впливають з права на частку, корпоративними правами наділяється виключно та особа, яка прийняла участь у створенні товариства чи приєдналася до вже існуючого товариства та, відповідно, має право власності на частку у статутному (складеному, пайовому) капіталі цього товариства. Тобто саме ця особа перебуває з товариством у правовому зв'язку як його учасник. Ніяка інша особа прав учасника товариства мати не може. Це в повній мірі відноситься і до тих осіб, які хоча і знаходяться у правовому зв'язку з учасником товариства, але такому, що лежить за межами корпоративних відносин, наприклад, впливає зі шлюбу, де одним з подружжя є учасник товариства. Інше тлумачення зазначених відносин вело б до парадоксального висновку, що якщо допустити можливість існування спільної власності на об'єкт – носій корпоративного права, то всі співвласники, виходячи з рівності прав на користування спільним майном, мали б рівні корпоративні права (в тому числі право участі) поряд з учасником-співвласником, що зазначений, як такий у відповідних документах товариства), при цьому залишаючись фактично невідомими (до часу, коли вирішать здійснити свої права та звернутися з відповідною вимогою до товариства) як товариству, так і учасникам – власникам інших часток (акцій, паїв) у капіталі товариства. Оскільки вказаний висновок був би, безумовно, хибним, можна дійти висновку, що корпоративні відносини існують виключно між учасником та товариством, тобто закриті для всіх інших суб'єктів цивільного обороту. Наведене дозволяє зробити висновок про односуб'єктність корпоративних відносин учасник — товариство, що виключає множинність осіб на боці учасника товариства. Це стосується в повній мірі і відносин власності — власником частки (паю) у статутному, складеному, пайовому) капіталі може бути тільки одна особа – учасник товариства, прямо вказаний у відповідних документах товариства.

*Крат В.,
кандидат юридичних наук, доцент,
суддя Верховного Суду*

КОНСТРУКЦІЇ РЕТРОСПЕКТИВНОГО ТА ПЕРСПЕКТИВНОГО ЗАСТОСУВАННЯ ВИСНОВКІВ КАСАЦІЙНОГО СУДУ: ОКРЕМІ РЕМАРКИ В КОНТЕКСТІ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

Юридична визначеність завжди привертала увагу. Очевидно, що судові рішення повинні бути розумно передбачуваними. Касаційний суд не має бути джерелом невизначеності судової практики і судові рішення касаційного суду мають бути розумно передбачуваними. Навіщо потрібна розумна передбачуваність судових рішень? Очевидно, що особа, чи фізична чи юридична, має можливість прогнозувати як буде вирішено її спір. Це одне з основних завдань, яке дозволяє зробити вирішення спору прогнозованим.¹²

Саме в контексті юридичної визначеності, зазвичай, і постає питання як застосовуються висновки касаційного суду (ретроспективно чи перспективно). Наприклад,

(а) Касаційний кримінальний суд вказав, що «досвід інших держав указує на те, що в правових системах інших країн існує доктрина «Prospective Overruling», відповідно до якою вважається, що в окремих випадках суд може застосувати нове тлумачення, проголосивши, що в цілях правової стабільності воно буде застосовуватися виключно для майбутніх правовідносин. Наприклад, у США така доктрина була вперше застосована у 1932 році суддею Кардозо у справі *Sunburst*, в якій суддя зазначив, що суд може застосувати існуючий прецедент у справі, яка розглядається, але водночас проголосити, що він більше не буде слідувати цьому прецеденту в майбутньому. Верховний Суд Індії вперше застосував цю доктрину в 1967 році у справі «*Golaknath v. State of Punjab*». На виключно перспективну дію свого нового тлумачення в деяких справах також указує Верховний суд Литви. Наприклад, у рішенні Верховного

¹² Див.: Крат В. І. Принцип юридичної визначеності в практиці Верховного Суду // Слово Національної школи суддів України. – 2021. – № 5 (спеціальний випуск). – С. 66 – 77.

суду Литви від 12 березня 2013 року (справа № 3К-7-32/2013) він зауважив, що з урахуванням нового тлумачення конституційної доктрини, викладеної в постанові Конституційного суду від 28 березня 2006 року, «...зміна практики судів загальної юрисдикції... має наслідки для майбутнього, тобто новостворений прецедент буде використовуватися судами для розгляду нових справ, а не тих, які вже вирішені. Через це щойно змінена прецедентна практика загальної юрисдикції не є підставою для перегляду процесуальних рішень, винесених судами, і особи не мають права звертатися до суду для перегляду рішення, винесеного судом, аргументи якого були перетлумачені в іншій (пізнішій) справі. Розвиток судової практики шляхом додавання нових елементів тлумачення та застосування закону або його тлумачення не можна розглядати як нові істотні обставини, які не були відомі на момент (попереднього) рішення суду»;¹³

(б) Касаційний господарський суд зазначив, що «на практиці складаються ситуації, коли висновки Верховного Суду застосовуються до правовідносин, що виникли задовго до того, як були сформовані такі висновки (ретроспективна дія висновків Верховного Суду). Зазначене ускладнює, якщо не унеможлиблює в окремих ситуаціях, можливість сторонам передбачити наслідки обраної моделі поведінки в певних відносинах. У цій справі позивач звернувся до суду з позовом у 2015 році. На той момент судова практика визнавала відповідний позов учасника про визнання правочинів товариства недійсними належним та ефективним способом захисту його корпоративних прав. Більш того, відповідно до усталеної судової практики позивач звернувся з позовом до суду цивільної юрисдикції, оскільки другою стороною правочину була фізична особа. Після ухвалення рішення на користь позивача судом апеляційної інстанції (загальної юрисдикції) змінилася правова позиція Верховного Суду щодо юрисдикційності таких спорів - було визначено, що такі справи належать до юрисдикції не цивільних, а господарських судів. За таких обставин позивач був змушений починати процес наново - в суді господарської юрисдикції. На

¹³ Див.: Ухвалу ККС ВС від 12.05.2021 у справі № 663/267/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97005607>

момент, коли справа потрапила на розгляд до суду господарської юрисдикції, Велика Палата Верховного Суду кардинально змінила підхід щодо можливості учасника товариства оскаржувати правочини, укладені товариством (постанова від 08 жовтня 2019 року у справі № 916/2084/17), внаслідок чого позов не був задоволений. Колегія суддів Касаційного господарського суду вважає, що застосування правових позицій Верховного Суду, сформованих у 2018-2019 році, до спору, який виник у 2015 році, може призвести до порушення основоположного принципу, який забезпечує верховенство права, - принципу правової визначеності».

У багатьох іноземних країнах саме Верховний Суд вирішує питання щодо надання своїм висновкам ретроспективної чи лише перспективної дії, реалізуючи таким чином принцип правової визначеності як вирішальний елемент верховенства права. З огляду на викладене колегія суддів Касаційного господарського суду вважає, що у цій справі наявна також виключна правова проблема, пов'язана із можливістю ретроспективного застосування правових висновків Верховного Суду та співвідношення такого застосування із дотриманням принципу правової визначеності».14

Зміна правового висновку значно впливає на судову практику, в тому числі на справи, які вже перебувають на розгляді касаційного суду, у судах першої та апеляційної інстанцій. Прийняття одного рішення, де був висловлений певний висновок Великої Палати Верховного Суду, впливає на сотні подібних справ15. Наприклад, така ситуація мала місце коли Велика Палата Верховного Суду в 2018 році відступила від висновку Верховного Суду України про те, що право потерпілого на відшкодування шкоди її заподіювачем

¹⁴ Див.: Ухвалу КГС ВС від 19.05.2022 у справі № 522/22473/15-ц. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104896140>

¹⁵ Суддя Касаційного цивільного суду у складі ВС Василь Крат: «Довіра суспільства до судової влади втрачається швидко, а здобувається важко» // Закон і бізнес. – 2020. – № 26 (1480) – від 27.06-03.07.2020 – URL: https://zib.com.ua/ua/143235-dovira_suspilstva_do_sudovoi_vladi_vtrachaetsya_shvidko_a_zd.html

є абсолютним, і суд не вправі відмовити в такому позові з тих підстав, що цивільно-правова відповідальність заподіювача шкоди застрахована¹⁶.

Проте підхід за якого потерпілий повинен звернутися із заявою (позовом) до страхової компанії, в якій застрахована цивільно-правова відповідальність особи, яка завдала шкоди, по-перше, не розрахований на ті випадки, коли страхова компанія позбавлена ліцензії, виключена із МТСБУ, перебуває в стані припинення (банкрутства), фактично не здійснює діяльності. У перелічених випадках підхід за якого потерпілий в будь-якому випадку повинен звернутися із заявою (позовом) до страхової компанії є несправедливим. Адже очевидно, що потерпіла особа в ДТП, навіть стягнувши із такого страховика страхове відшкодування на підставі судового рішення, не отримає реального відшкодування завданої в ДТП шкоди. Натомість скасування судового рішення, яким стягнуто шкоду безпосередньо з винної особи, в такому разі призведе до неможливості відновлення прав потерпілого. По-друге, підхід за якого потерпілий (кредитор) повинен звернутися із заявою (позовом) до страхової компанії апріорі спрямований на захист інтересів боржника (особи, яка завдала шкоди), а не потерпілого (кредитора), що суперечить принципу розумності. Очевидно, що підхід коли судова практика кардинально змінюється, причому без вагомих на це причин для захисту інтересів боржника, а не кредитора, не є розумно передбачуваним. Це обумовлено тим, що потерпілий (кредитор) позбавлений можливості обирати вільно, на власний розсуд яким чином йому отримати відшкодування. У разі якщо кредитор отримав все відшкодування від боржника, то боржник набуває право вимоги до своєї страхової компанії, з якою він уклав договір страхування¹⁷.

Як правило в іноземних правопорядках виокремлюють матеріальний та процесуальний аспект застосування висновків касаційного суду.

Процесуальний аспект стосується того чи допускає правопорядок зміну висновку касаційного суду як підставу для перегляду судових рішень, які були

¹⁶ Див.: Постанову ВП ВС від 04.07.2018 по справі № 755/18006/15-ц. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/75296543>

¹⁷ Див. напр.: Окрему думку судді КЦС ВС Крата В. І. від 09.11.2022 у справі № 212/7628/21. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107251553>

ухвалені до такої зміни. В українському законодавстві зміна висновку касаційного суду не є підставою для перегляду судових рішень, які були ухвалені до такої зміни. Наприклад, Касаційний цивільний суд вказав, що «виникнення нових або зміна обставин після вирішення спору не можуть бути підставою для зміни або скасування судового рішення. Не вважаються нововиявленими обставинами нові докази, які виявлені після постановлення рішення суду, а також зміна правової позиції суду в інших подібних справах»¹⁸.

Матеріальний аспект охоплює собою те, на які справи має поширюватися висновок касаційного суду. Аналіз чинного процесуального законодавства свідчить про те, що законодавець обрав як загальне правило ретроспективну модель застосування висновків касаційного суду. Про це, зокрема, свідчить використання таких формулювань як «у разі необхідності врахування висновку щодо застосування норм права, викладеного у постанові Верховного Суду після подання касаційної скарги» (наприклад, частина четверта статті 300 ГПК України, частина третя статті 400 ЦПК України, частина третя статті 341 КАС України). Хоча, очевидно, що це не виключає перспективного застосування висновків касаційного суду.

Чинне процесуальне законодавство не обмежує касаційний суд у тому, щоб визначити в постанові з якого моменту та на які справи має поширюватися висновок (тобто, зазначити про перспективне застосування висновку касаційного суду). Зокрема, Касаційний адміністративний суд вказав, що «зміна судової практики, що відбулася після ухвалення судами остаточного рішення, не повинна порушувати принцип правової визначеності та стабільності правового регулювання, чинного на час розгляду справи судами попередніх інстанцій. Також судова палата акцентувала увагу на тому, що задля додержання принципу правової визначеності та забезпечення права на

¹⁸ Див. Постанову КЦС ВС від 24.10.2018 у справі № 642/474/13. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/77507571>. Аналогічний підхід висловлено і в інших юрисдикціях. Див. напр.: Постанову КГС ВС від 25.02.2019 у справі № 916/1527/15-г. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80118089>; Постанову КАС ВС від 19.08.2020 у справі № 807/90/18. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91050581>; Постанову КАС ВС від 10.09.2020 у справі № 802/2344/17-а. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91445076>

справедливий суд, які є елементами принципу верховенства права, зміна сталої судової практики, яка відбулася в бік тлумачення норм права щодо застосування коротших строків звернення до суду, може розглядатися судами як поважна причина при вирішенні питання поновлення строків звернення до суду в податкових правовідносинах, які виникли та набули характеру спірних до зміни такої судової практики»¹⁹.

При цьому вибір на користь перспективного застосування висновків може бути зумовлений тим, якої сфери права він стосується (приватного чи публічного). Наприклад: те, що висновок касаційного суду «погіршує» становище приватних осіб у спорах з фіскальним органом або що висновок касаційного суду «погіршує» становище слабкої сторони (споживача); те, чи відбувається деструктивний вплив ретроспективного застосування висновків касаційного суду та які були очікування учасників обороту щодо вирішення певної категорії спорів.

*Moskvych L.,
Doctor of law, Professor
Yaroslav Mudryi National Law
University (Ukraine)
Visiting fellow RheinMain University
of Applied Sciences (Germany)*

SHORTCOMINGS OF THE DISCIPLINARY PROCEDURE IN THE ASPECT OF INFRINGEMENT ON THE INDEPENDENCE OF JUDGES

The judicial reform in Ukraine in 2016 made significant adjustments to the legal mechanism for bringing judges to disciplinary responsibility, introducing, among other things, an extensive system of disciplinary violations. But the existing procedure for bringing judges to disciplinary responsibility contains risks of illegal interference in the sphere of professional independence of judges. Accordingly, in our view, some aspects of the disciplinary procedure are not uncontroversial in terms of procedural requirements for several reasons.

¹⁹ Див.: Постанову СП КАС ВС від 27.01.2022 у справі № 160/11673/20. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/103034921>

First, a judge can appeal the decision of the Disciplinary Chamber to impose a disciplinary penalty only with the "permission" of the disciplinary chamber itself. Also taking into account the limitation of the possibility of his appeal only to the High Council of Justice, the specified limitation of the judge's right contains, in our opinion, a limitation of his constitutional right to defense. While not denying the expediency of limiting the right to appeal the decision of the Disciplinary Chamber to impose a disciplinary penalty exclusively to the High Council of Justice, we consider the possibility of "prohibition" or "not granting permission" for such an appeal to be a dubious legal provision.

Secondly, the appeal against the decision of the Disciplinary Chamber regarding the imposition of a disciplinary penalty in the form of a motion for dismissal and then the very motion of the Disciplinary Chamber for the dismissal of a judge is considered by the same body - the Supreme Council of Justice in full (with the exception of members of the Disciplinary Chamber who made a decision to submit a motion for dismissal). In our opinion, this organization of the work of the High Council of Justice does not in any way ensure the impartiality of the decision-making procedure on the dismissal of a judge, because previously the members of the High Council of Justice have already formed their opinion when considering a complaint (if there was one) against the decision of the Disciplinary Chamber and if during its consideration it is not a decision was made to cancel the contested decision of the Disciplinary Chamber on filing a motion to dismiss the judge.

Thirdly. In our opinion, a high level of risk of encroachment on the independence of judges is the power given to the disciplinary body to demand the materials of the court case (by the way, Ukrainian legislation allows the possibility to demand materials (copies) even of unfinished court proceedings). That is, the procedure of disciplinary proceedings allows for the possibility of legal evaluation of the judge's decision outside the judicial procedure of verification of such a decision. We believe that this may endanger the principle of independence of the judicial branch of government. In the practice of democratic, legal countries, there is a general understanding that the interpretation and application of the law by a judge is

not subject to disciplinary review, as this is the prerogative of procedural control carried out within the framework of an appeal, cassation or other procedural review of a court decision. The practice of reviewing the content of court decisions by disciplinary bodies can have a number of negative consequences. First, in the most general sense, it can limit the independence of courts in the decision-making process and pose a threat to the principle of separation of powers. Second, it can turn disciplinary proceedings into de facto appellate proceedings, where issues that should be reviewed in the normal procedural order according to the judicial hierarchy will be reviewed by disciplinary authorities. Third, it may lead to situations where the disciplinary body may turn into a body of precedential interpretation of the law, as judges under the jurisdiction of the disciplinary body will be forced to take into account the findings of that body in previous disciplinary cases. Fourth, it affects the principle of *res judicata* regarding court decisions that have become final, but are subsequently subject to disciplinary review in part of their content.

Fourthly. The legislator tried to formalize as much as possible the composition of the judge's disciplinary offenses, which can be the basis for a conclusion about the necessity (expediency) of the judge's dismissal from office. The composition of disciplinary offenses that may result in the initiation of the procedure for the dismissal of a judge is quite broad and inexhaustible, which gives rise to a rather wide discretion of the disciplinary body.

Fifthly. The procedure for dismissing a judge as a result of bringing the judge to disciplinary responsibility does not provide for the principles of competition and the exercise of the right to due protection. In particular, at the meeting of the High Council of Justice, the content of the submission of the disciplinary body is examined, but the position of the judge, in respect of whom the said submission was made, is not heard. Yes, the law provides for such a possibility for the participation of a judge, but does not oblige the High Council of Justice to take all necessary actions for the participation of a judge and his ability to protect his interests. In addition, the procedure for consideration of the issue by the High Council of Justice is not provided with guarantees of independence and impartiality, as required by the

standard of due legal procedure. Although the law contains a requirement to limit the participation in the meeting of the High Council of Justice of its members who, within the framework of the disciplinary procedure, made a decision to file a petition for the dismissal of a judge, there are no reservations regarding consideration in the same composition as complaints against the decision of the disciplinary body to impose disciplinary enforcement, as well as cases of dismissal of a judge. In conditions where the law provides for the right of a judge to appeal the decision to bring him to disciplinary responsibility exclusively to the High Council of Justice, the judge is effectively deprived of the guarantees of proper legal protection and the risk of undue influence on the judge by the body, which in fact embodies both the disciplinary power over judges, and body that makes a decision on the dismissal of a judge. At the same time, the law actually forces the judge to appeal the decision of the disciplinary chamber, since only the decisions of the High Council of Justice based on the results of the review of the judge's complaint about bringing him to legal responsibility are subject to judicial administrative control. In such a situation, the procedure for considering the issue of dismissing a judge takes on a formal character. The situation is complicated by the third defective legal provision. We are talking about limited judicial control over the decisions of the High Council of Justice, adopted within the framework of the procedure for consideration of a petition for dismissal of a judge (see Part 2 of Article 57 of the Law of Ukraine "On the High Council of Justice").

Therefore, in our opinion, the legal regulation of the powers of the High Council of Justice to control compliance with the law when bringing judges to disciplinary responsibility and to dismiss a judge actually created conditions for potential risks of undue influence on judges, which under conditions of limited judicial control contains a threat to the independence of judges.

*Панайд Я.,
аспірантка
кафедри цивільної юстиції та адвокатури
Національного юридичного
університету імені Ярослава Мудрого*

ЗЛОВЖИВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИМИ ПРАВАМИ З МЕТОЮ ЗАТЯГУВАННЯ РОЗГЛЯДУ СПРАВИ: ПРАКТИКА ЄСПЛ

Одним з елементів судової реформи, започаткованої з набранням чинності Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, кодексу адміністративного судочинства та інших законодавчих актів» стало запровадження на законодавчому рівні інституту зловживання процесуальними правами. Так, у ч. 3 ст. 2 ЦПК України серед основних засад (принципів) судочинства вказується неприпустимість зловживання процесуальними правами. Відповідно до ч. 3 ст. 27 ЦПК України особи, які беруть участь у справі, зобов'язані добросовісно здійснювати свої процесуальні права і виконувати процесуальні обов'язки. Вказані норми отримали певну конкретизацію в ст. 44 ЦПК України, що містить невичерпний перелік дій, які, залежно від конкретних обставин, суд може визнати зловживанням процесуальними правами. При цьому фактично законодавець під зловживанням процесуальними правами розуміє дії, що «суперечать завданню цивільного судочинства» (ч. 2 ст. 44 ЦПК України).

Однією з форм зловживання процесуальними правами чинне цивільне процесуальне законодавство визначає дії, що спрямовані на безпідставне затягування розгляду справи, зокрема, подання скарги на судові рішення, яке не підлягає оскарженню, не є чинним або дія якого закінчилася (вичерпана), подання клопотання (заяви) для вирішення питання, яке вже вирішено судом, за відсутності інших підстав або нових обставин, заявлення завідомо безпідставного відводу (п. 1 ч. 2 ст. 44 ЦПК України).

Для України як держави, що перебуває в процесі реформування своєї правової системи, досить важливою в цьому контексті є практика Європейського суду прав людини (далі – ЄСПЛ), який неодноразово вказував, що тривалість судового провадження слід оцінювати з урахуванням складності

справи, поведінкою державних органів, а також поведінкою самого заявника [1].

Варто зауважити, що з урахуванням оціночного характеру критеріїв, що лежать в основі кваліфікації дії особи як зловживання, навряд чи можливо передбачити на законодавчому рівні модель, яка б унеможливила зловживання правом. У зв'язку з цим, першочерговим кроком має стати напрацювання судовою практикою на національному рівні ознак та критеріїв зловживання процесуальними правами з метою затягування розгляду справи. Суголосна позиція висловлюється і ЄСПЛ, який вказує, що саме на національні суди покладено завдання запобігати неналежній та такій, що затягує справу, поведінці сторін у цивільному процесі [2].

Так, одним із видів зловживання процесуальними правами з метою затягування розгляду справи визнається заявлення завідомо безпідставного відводу (у п. 1 ч. 2 ст. 44 ЦПК). Водночас поняття «завідомо безпідставний» є оціночним, а тому його тлумачення має відбуватися з урахуванням конкретних обставин справи. На думку ВС, відвід вважається завідомо безпідставним, якщо у заяві про відвід відсутні будь-які докази, які свідчили б про необ'єктивність чи упередженість судді щодо заявника, тобто підстави для відводу ґрунтуються на власних припущеннях заявника, або якщо підставою для відводу є непогодження сторони із процесуальними рішеннями судді. Додатковою підставою для визнання відводу зловживанням процесуальними правами є порушення строків для його заявлення [3].

Проте, в контексті кваліфікації як зловживанням правом подання безпідставних відводів варто звернути увагу на зовнішні прояви поведінки судді в ситуації, коли один і той самий склад суду розглядає справу та питання щодо притягнення до відповідальності за вказане зловживання. Загалом, ЄСПЛ наголошує, що суддям слід проявляти максимум обережності щодо справ, які вони розглядають, для того, щоб зберегти їх імідж як неупереджених [3]. Так, у справі *Chmelíř v. Czech Republic* заявник подав клопотання про відвід голові палати Верховного суду, у провадженні якої перебувала його справа,

стверджуючи, що він раніше перебував у інтимних стосунках із цією суддею. Верховний суд визначив, що насправді заявник, заявляючи відвід, намагався затягнути розгляд справи, а твердження заявника були визнані «провокаційним і безпрецедентним випадом проти судді». Заявник був оштрафований, а його друге подібне клопотання було визнане «провокаційним перешкоджанням правосуддю та повторним випадом проти моральної цілісності судді». Проте, ЄСПЛ, розглядаючи цю справу, зауважив, що мотивування рішення про накладення штрафу свідчить про те, що суддя почувала себе мішенню для нападок і образ та оцінювала поведінку заявника, виходячи з власних стандартів поведінки людини та почуття гідності. Таким чином, рішення щодо того, чи мав місце факт завдання образи суду в цій справі, було прийнято суддею виключно на підставі її власної оцінки ситуації. Відтак, у заявника були об'єктивні підстави для побоювань щодо упередженості судді, палати, яка розглядала його справу [5].

Отже, інститут відводу судді є важливим механізмом для забезпечення принципу неупередженості суду в цивільному судочинстві. Проте, часто вказаний механізм застосовується сторонами провадження з метою затягування розгляду справи, у зв'язку з чим вкрай важливою є правильна кваліфікація дій учасників судового процесу в контексті зловживання процесуальним правом та дотримання при цьому гарантій неупередженості суду.

Література:

1. Bieliński v. Poland, № 48762/19, 21 July 2022. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-218430>
2. Musiyenko v. Ukraine, №26976/06, 20 January 2011. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-102920>
3. Ухвала Касаційного цивільного суду від 20 січня 2020 року у справі № 2-1184/11 <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87297829>
4. Buscemi v. Italy, № 29569/95, 16 September 1999. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58304>
5. Chmelíř v. the Czech Republic, № 64935/01, 07 June 2005. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-3809>

Науковий керівник – Т. А. Цувіна, докторка юридичних наук, доцентка кафедри цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Rudelka Joerg,

*Суддя адміністративного суду,
м. Берлін, Німеччина*

СУЧАСНЕ АДМІНІСТРАТИВНЕ - ПРОЦЕДУРНЕ ПРАВО УКРАЇНИ ТА ЙОГО ЗАСТОСУВАННЯ В СФЕРІ ПОДАТКОВОГО ПРАВА

У Німеччині адміністративно-процесуальне право загалом регулюється однаково. Тим не менш, і перш за все з історичних причин, воно розділено на три закони з майже однаковим змістом: загальний Адміністративно-процедурний закон (далі - ЗАП), Закон о соціальних процедурах (далі - ЗСП) та Закон о податкових процедурах (далі - ЗПП). Найстарішим із цих законів є Закон о податкових процедурах, який виник за дуже короткий проміжок часу понад 100 років тому після Першої світової війни і з тих пір майже не змінився в своїх основних нормах. Тому цей Закон містить, м'яко кажучи, не зовсім нові правила, які були швидко складені у післявоєнний період в 1919 році. У той час швидко було кодифіковано те, що вже розвивалося протягом десятиліть чи століть як загальні принципи адміністративно-процедурного права. Це правове регулювання було першим у податковому законодавстві, тому що державі були терміново потрібні гроші після війни, і, враховуючи погане економічне становище платників податків, вона не могла регулювати це шляхом підвищення податкових ставок, а скоріше мала зробити увесь процес збору податків більш ефективним.

Соціально-процедурне право та загальне адміністративно-процедурне право пізніше також були врегульовані і майже не відрізняються один від одного в суттєвих моментах у Німеччині. Зокрема, основні терміни є ідентичними, наприклад найважливіший основний термін: адміністративний акт.

В Україні новий Закон «Про адміністративні процедури» (далі – ЗАП) від 17.02.22 (який набуде чинності наприкінці 2023 року) у статті 1 передбачає, що цей Закон регулює відносини органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, інших суб'єктів, які відповідно до закону уповноважені здійснювати функції публічної адміністрації, з фізичними та юридичними особами щодо розгляду і вирішення адміністративних справ шляхом прийняття та виконання адміністративних актів. Сюди ж відноситься і порядок оподаткування. Оскільки податкове законодавство не виключається зі сфери застосування статті 1 абзацу 2 ЗАП України, як це має місце в деяких країнах, наприклад, в Узбекистані, це означає, що загальні адміністративно-процедурні ідеї також застосовуватимуться до податкового законодавства в Україні.

Адміністративний акт як основний інструмент реалізації адміністративних процедур Німеччини:

а). Поняття.

Адміністративний акт є центральною формою дії виконавчої влади на практиці, а також центральним поняттям загального адміністративного права в юридичній науці. Можна сміливо сказати, що сучасне адміністративне право сформувалося навколо поняття адміністративного акту. "Батько німецького адміністративного права" Отто Майєр (Otto Mayer) визначав адміністративний акт як адміністративне судження, що встановлює в конкретному випадку для підвладного те, що є правильним.

Сьогодні § 35 пропозиція 1 Адміністративно-процедурний закон Німеччини дає таке його визначення: «Адміністративний акт – це будь-яке розпорядження, рішення чи інша владна міра, прийнята адміністративним органом з метою регулювання конкретного випадку у сфері публічного права і спрямована на безпосередній правовий вплив зовні».

§ 118 Закону о податкових процедурах (ЗПП) повторює це визначення для галузі податкового права з таким же змістом.

Таким чином можна сказати, що сьгоднішнє визначення значною мірою практично збігається з визначенням, даним Отто Майєром, а відмінності, пов'язані з мовними змінами або суспільно-політичними змінами у термінології, відбулися з часом. Так, наприклад, говорячи про «підвладних», Отто Майєр мав на увазі ніщо інше, як те, що міститься в § 35 ЗАП / § 118 ЗПП, та що вказує на зовнішній вплив. В обох випадках сенс висловлювання полягає в тому, що йдеться не про внутрішньовідомчі питання, а він торкається суб'єкта права, який стоїть поза виконавчою владою.

Це також стосується і в Україні: згідно зі ст. 2 п.1 п.3 адміністративний акт - рішення або юридично значуща дія індивідуального характеру, прийняте (вчинена) адміністративним органом для вирішення конкретної справи та спрямоване (спрямована) на набуття, зміну, припинення чи реалізацію прав та/або обов'язків окремої особи (осіб). Таке визначення цілком відповідає визначенню Отто Майєра та німецькому ЗАП або німецькому ЗПП.

Існування адміністративного акту має значення у багатьох відношеннях. По-перше, багато положень Закону про адміністративні процедури Німеччини прямо застосовні лише до адміністративних актів. По-друге, виконавча влада може сама виконати адміністративні акти. Тим самим вона сама може видати собі виконавчий документ. В обмін за цей привілей адміністративного органу громадянин у принципі має змогу призупинити можливість виконання адміністративного акту шляхом подання заперечення на нього (§§ 68 та слід. Адміністративно-процедурного закону Німеччини). В Україні Закон про адміністративні процедури цього не передбачає.

По-третє, наявність адміністративного акту має значення для судового захисту. Так, наприклад, допустимий вид позову і разом з ним також процесуальні передумови допустимості позову значною мірою залежать від предмету позову.

b) ознаки поняття адміністративного акту в письмовій версії.

Вимоги до адміністративних актів.

Якщо Закон про адміністративні процедури України у майбутньому поширюватиметься і на податкове законодавство, то залишиться багато питань, які потрібно буде вирішити відповідно до розділу 9 ЗАП України протягом наступних місяців до набрання ним чинності. Зробити це можна або шляхом адаптації Закону про адміністративні процедури, або спеціальними нормами податкового права, які доповнюють ЗАП. Нижче я хотів би коротко зупинитися на деяких із цих моментів.

Адміністративно-процесуальний закон Німеччини, як правило, передбачає свободу форми. Стаття 70 Закон про адміністративні процедури України передбачає, як правило, письмову форму і допускає відхилення від неї лише у випадку юридично нормованого винятку. Це може призвести до проблем у загальній адміністративній практиці, оскільки багато адміністративних актів (наприклад акти поліції) видаються усно. Щодо податкового законодавства, то ймовірно, буде менше проблем, оскільки податкові нарахування та інші адміністративні акти в податковому законодавстві у більшості випадків будуть видаватися в письмовій (або електронній) формі.

В) Чинність (ефективність)

Відповідно до § 74 Закону про адміністративні процедури України або § 43 Адміністративно-процедурного закону Німеччини адміністративний акт набирає чинності стосовно учасника адміністративного провадження з дня доведення його до відома відповідної особи, якщо інший строк набрання ним чинності не передбачено законом або самим адміністративним актом.

Відповідно до статей 76 Закону про адміністративні процедури України та 43 Адміністративно-процедурного закону Німеччини, адміністративний акт залишається чинним, доки його не буде скасовано. Це означає, що навіть незаконний адміністративний акт залишається чинним і може бути підставою для примусового виконання податкової вимоги. Єдиним винятком із цього є випадки недійсних адміністративних актів, які перелічені в § 43

Адміністративно-процедурного закону Німеччини, 124 Закону о податкових процедурах Німеччини та 77 Закону про адміністративні процедури України. Ці адміністративні акти, які містять особливо серйозні помилки, навіть не набувають чинності, а є недійсними від самого початку.

G) відкликання та відміна.

Також важливу роль відіграють норми про скасування адміністративних актів (§§ 48, 49 Адміністративно-процедурного закону Німеччини, 88, 89 Закону про адміністративні процедури України). Ці положення встановлюють часто суперечливі підпринципи принципу верховенства права, а саме принцип законності та принцип захисту довіри, у відповідності співвідношення та залежно від конкретного окремого випадку. Не завжди всі неправомірні адміністративні акти підлягають скасуванню. Однак, і всі адміністративні акти, яким довіряє адресат, не можуть існувати вічно. Зрештою, інтереси збалансовані на основі згаданих принципів шляхом зважування, хто «ближче» до помилки адміністративного акту.

Якщо громадянин спричинив видачу незаконного адміністративного акту з неповною інформацією, то він повинен погодитися на його скасування та не може посилатися на захист довіри. З іншого боку, добросовісний адресат сприятливого адміністративного акту може в основному вірити в його подальше існування, так що такий адміністративний акт, навіть якщо він виявиться незаконним, не може бути скасований (або тільки у частині відшкодування збитків).

Ще один момент стосується виконання адміністративних актів. Правила, які регулюються в Німеччині, окремим законом про адміністративне примусове виконання, можна знайти в Україні в статті 92 і наступних Закону про адміністративні процедури України.

І в Німеччині, і в Україні передбачені класичні засоби примусового виконання, заміна виконання, грошове стягнення та безпосередній вплив (наприклад, ст. 93, п. 2 Закону про адміністративні процедури України). Проте

податкове законодавство, зокрема, регулярно розглядатиме грошові вимоги, примусове виконання яких ґрунтується на загальних положеннях податкового законодавства, які в Німеччині посилаються на положення про примусове виконання згідно з цивільним процесуальним законодавством. Відповідна уточнююча довідка в українському Законі про адміністративні процедури України наразі відсутня.

Висновок. Таким чином, прийняття українського Закону про адміністративні процедури є важливим кроком у розвитку верховенства права. Цей законодавчий акт доповнює КАСУ, який був чинним багато років, процедурною частиною для органів влади та робить сферу дії закону ще більш загальною або навіть ширшою, ніж у Німеччині. Єдність податкового процесуального законодавства та загального адміністративно-процесуального законодавства в цій мірі встановлено, хоча ще належить з'ясувати, наскільки окремі положення Закону про адміністративні процедури України фактично застосовуються чи все ще потребують вдосконалення. Я маю на увазі перш за все питання форми, призупинення дії у разі заперечення (оскарження) або питання примусового виконання. Проте також є фактом те, що зараз в Україні існує повноцінна система адміністративної юстиції, яка ще буде об'єктом дослідження для всіх професіоналів у галузі права протягом років, якщо не десятиліть, у майбутньому.

*Савчин Н.,
кандидатка юридичних наук, асистентка
кафедри процесуального права Чернівецького
національного університету імені Юрія Федьковича*

ПОРУШЕННЯ СТРОКІВ РОЗГЛЯДУ СПРАВИ: ОЧИМА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Сьогодні ні для кого вже не секрет, що останнім часом значно збільшилася кількість звернень проти України до Європейського суду з прав людини (далі – Європейський Суд). Аналіз предмету скарг, поданих проти

України, свідчить, що переважна кількість скарг стосується надмірної (нерозумної) тривалості досудового розслідування, судового розгляду чи виконання рішень національних судів та відсутності правових засобів для вирішення цієї проблеми на національному рівні.

Для визначення того, чи була розумною тривалість розгляду справи у суді, Європейський Суд встановлює початок цього строку та його закінчення.

Перебіг строку у справах про цивільні права та обов'язки відраховується з моменту відкриття провадження у справі, а в окремих випадках – і з моменту виникнення права на подання позову до суду.

Різним є момент закінчення перебігу строку. У справах про цивільні права та обов'язки таким моментом найчастіше Європейський Суд визнає повне виконання судового рішення. У справах про кримінальне обвинувачення перебіг строку розгляду справи закінчується ухваленням остаточного рішення у справі.

Для встановлення розумності строку розгляду конкретної справи у національних судових органах Європейський Суд виробив у своїй практиці кілька взаємопов'язаних критеріїв: складність справи; поведінка заявника (тобто особи, яка звернулася до Європейського Суду); поведінка судових та інших державних органів; важливість предмету розгляду для заявника.

Довга тривалість розгляду справи може бути визнана розумною, якщо сама справа є складною як з фактичного, так і з правового боку.

У разі необхідності, особа, яка звертається до Європейського Суду із заявою про визнання розгляду справи необґрунтовано довгим, має довести, що вона особисто не вчиняла дій, спрямованих на затягування процесу. Тобто, Європейський Суд кожного разу оцінює поведінку заявника та її вплив на тривалість розгляду справи.

Яскравим прикладом, коли поведінка заявників стала однією з причин тривалого розгляду спору, є справа Чірікоста і Віола проти Італії, де 15-річний строк розгляду було визнано виправданим, оскільки самі заявники 17 разів

зверталися з проханням про відстрочення процесу і не заперечували проти б перенесень розгляду, здійснених на підставі заяви іншої сторони у справі [4].

Водночас використання всіх засобів оскарження, які передбачені національним законодавством, не вважається Європейським Судом таким, що свідчить про затягування строків розгляду справи через поведінку заявника.

Крім поведінки заявника, при встановленні розумності строків розгляду справ Європейський Суд аналізує і поведінку органів влади. Серед основних причин затягування розгляду справ з вини держави, як правило, бувають: велике навантаження на суди, недофінансування судів, відсутність достатньої кількості суддів та допоміжних працівників тощо. Подібні проблеми в організації правосуддя притаманні не лише для України. Свого часу Європейський Суд зазначив, що «... навіть реформування Цивільного процесуального кодексу не змогло розв'язати реальну проблему функціонування судів в Італії, яка полягає в постійній нестачі засобів та персоналу на всіх рівнях судової системи» [4].

Подолання зазначених проблем є завданням кожної держави, оскільки держави-учасниці Ради Європи зобов'язані організувати свою правову систему таким чином, щоб забезпечити дотримання вимог параграфу 1 статті 6 Конвенції, разом із вимогами судового розгляду продовж розумного строку.

Затягування строків розгляду справ може відбуватися також внаслідок несвоєчасного проведення судових експертиз. Європейський Суд зобов'язує суддів слідкувати за проведенням цих експертиз: «Експерти працюють в межах судового розгляду, який контролюється суддею. Він залишається відповідальним за підготовку справи до судового розгляду та швидкий хід процесу» [1].

Порушенням розумних строків розгляду справ про цивільні права та обов'язки може вважатися тривале невиконання судових рішень з вини державних органів. Згідно з прецедентною практикою Європейського Суду, процедура виконання рішень суду є невід'ємною частиною судового розгляду. У цьому випадку неможливо не процитувати прецедентне положення рішення

у справі Горнсбі проти Греції: «параграф 1 статті 6 Конвенції гарантує кожній особі розгляд судом спорів про її цивільні права й обов'язки; у такий спосіб реалізується «право на суд», найважливішим аспектом якого є право доступу до правосуддя, тобто право звернутися до суду у цивільних справах. Однак це право стало б ілюзією, якби правова система держави дозволяла, щоб остаточне, обов'язкове судове рішення залишалося недіючим на шкоду одній зі сторін. Важко уявити, що стаття 6 Конвенції, докладно описуючи надані сторонам процесуальні гарантії – справедливий, публічний і швидкий розгляд, залишила реалізацію судових рішень без захисту. Якщо вважати, що дана стаття 6 Конвенції говорить тільки про доступ до правосуддя і судового процесу, то це, імовірно, призвело б до ситуацій, несумісних із принципом верховенства права, який Договірні Держави зобов'язалися дотримуватися, коли вони ратифікували Конвенцію. Виконання рішення, ухваленого будь-яким судом, повинне розглядатися як невід'ємна частина судового розгляду справи» [3].

Таким чином, найбільш поширеними причинами порушення строків судового розгляду справ можна назвати наступні: неявка сторін у судові засідання; вчинення зацікавленою стороною навмисних дій по затягуванню розгляду справи, на що суддя не реагує або реагує неефективно; невиправдано тривалі перерви в судових засіданнях; безпідставне зупинення провадження у справі; призначення судової експертизи та необґрунтована тривалість її проведення; тривале невиконання судових рішень.

Література:

1. Аналіз порушення процесуальних строків при розгляді справ у порядку цивільного судочинства (за результатами роботи судів Миколаївської області в 2013 році). URL: <https://cutt.ly/A1cwSyj> (дата звернення: 15.11.2022).
2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: Конвенція, Міжнародний документ від 04.11.1950. Рада Європи. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 25.11.2022).
3. Справа Горнсбі проти Греції (Case of Hornsby v. Greece). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_079#Text (дата звернення: 17.11.2022).
4. Справа Чірікоста і Віола проти Італії (Ciricosta and Viola v. Italy). URL: <https://cutt.ly/X1zPft0> (дата звернення: 19.11.2022)

Стефанчук М.,
доктор юридичних наук, доцент,
професор кафедри нотаріального,
виконавчого процесу та адвокатури,
прокуратури, судоустрою
Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка

ПРІОРИТЕТНІ ЦІЛІ СУДОВОЇ РЕФОРМИ: РИЗИКИ

ДОСЯГНЕННЯ

Широкомасштабна збройна агресія російської федерації проти України загострила існуючі та спричинила нові виклики у сфері правосуддя, спроби врегулювання яких на сучасному етапі знайшли своє відображення у Проекті Плану відновлення України (далі – Проект Плану) [1], підготовленому експертами робочої групи «Юстиція» Національної Ради відновлення України від наслідків війни.

У цьому документі визначено пріоритетні цілі судової реформи, що обумовлені потребою подолання тяжких та масштабних викликів, та вимагають негайних і дієвих рішень. Першочерговим завданням на цьому етапі у Проекті Плану визначено відновлення роботи Вищої ради правосуддя (далі – ВРП), без повноважного складу якої неможливо сформувати Вищу кваліфікаційну комісію суддів України (далі - ВККС України), від якої залежить поповнення суддівського корпусу професійними і добросовісними кадрами, а також Службу дисциплінарних інспекторів, відсутність якої призводить до накопичення дисциплінарних скарг на дії суддів, які потребують розгляду та прийняття у визначені законом терміни відповідних рішень.

На основі визначених проблемних напрямів окреслено відповідні заходи для досягнення цих цілей, серед яких:

– відновлення повноцінної роботи новосформованих ВРП та ВККС України;

– структурна модернізація й оптимізація органів судової влади, у тому числі проведення всебічного аудиту повноважень органів та установ системи правосуддя (ВРП, ВККС України, Державної судової адміністрації України, Служби судової охорони, Національної школи суддів України та інших) з метою усунення дублювання функцій та забезпечення процедур ефективного використання ресурсів;

– заповнення штатних посад суддів у найбільш завантажених судах першої та апеляційної інстанцій;

– удосконалення процедур призначення на посади, звільнення, притягнення до дисциплінарної відповідальності суддів;

– оптимізація існуючої мережі загальних судів відповідно до нового адміністративно-територіального устрою та існуючих викликів, розробка та прийняття відповідних проектів законів щодо ліквідації (реорганізації) та утворення місцевих загальних та спеціалізованих судів, у результаті чого кількість місцевих загальних судів планується до зменшення щонайменше втричі;

– цифровізація судового процесу, розвиток дистанційного судочинства та інші.

Водночас одним із ризиків досягнення визначених пріоритетних цілей з оновлення складу ВРП та ВККС України у Проекті Плану визначено неможливість Держави одноособово відповідати за тривалість цих процесів з урахуванням того, що формування повноважних складів цих органів здійснюється у рівноцінному партнерстві з незалежними суб'єктами – міжнародними партнерами та суддівським самоврядуванням (п. 2.1.4).

У цьому контексті слід зауважити, що визначені заходи у сфері реформування органів суддівського врядування спрямовані на усунення дисфункції судової системи та спровоковані, передусім, недоліками законодавства щодо припинення повноважень всього складу ВККС України,

внаслідок чого зупинився добір кандидатів на суддівські посади та кваліфікаційне оцінювання суддів, що унеможливило заповнення вакансій суддів в судах. Водночас законодавчий акт, спрямований на перезавантаження ВРП, має на меті удосконалення порядку обрання (призначення) на посади членів ВРП для практичної реалізації принципу верховенства права, забезпечення відповідності кандидатів на посаду члена ВРП критеріям професійної етики та доброчесності, підвищення інституційної спроможності ВРП, підвищення рівня суспільної довіри до органів суддівського врядування зокрема та судової влади загалом. Власне, така зміна підходів до формування кадрової складової судової системи стала своєрідною рефлексією на заклики низки громадських експертних організацій щодо необхідності в процесі судової реформи перезавантажити ВРП шляхом припинення повноважень деяких членів ВРП за результатами перевірки, проведеної за участі громадськості та міжнародних експертів, а також залучення міжнародних експертів і представників громадськості до процедури добору нових членів ВРП [2].

Отже, Українська держава свідомо та добровільно обрала формат залучення міжнародних експертів до вказаних процесів попри неоднозначне сприйняття цього рішення правничою спільнотою, аж до звернення Верховного Суду до Конституційного Суду України з конституційним поданням щодо відповідності Конституції України закону, яким такі зміни запроваджувались. На цьому тлі такий аргумент в якості ризику недосягнення цієї цілі реформи видається, до певної міри, контроверсійним, та таким, що спрямований радше на пошук адекватної причини неспроможності забезпечити функціонування впродовж більше трьох років інституції з добору та кваліфікаційного оцінювання суддів.

Ба більше, такі детермінанти провокують нарікання на політичний популізм та підігрівання протистояння громадськості та суддів, що дозволяє ефективно зберігати ієрархічну структуру правосуддя, причиною чого у експертному середовищі визнають традиційний державницький патерналізм із спрощенням фундаментальних основ демократичного устрою. Як наслідок –

реальний зміст реформи звужується до формальних регуляторних та кадрових процедур, а не до системних змін, що за законами соціальної психології загрожує тим, що система традиційно перемагає персоналії [3]. У якості підтвердження цієї тези привертає увагу оцінка експертних громадських організацій деяких рішень Етичної ради, яка була створена з метою якісного оновлення ВРП, як таких, що попри переважний голос міжнародних експертів, викликають подив та негативну реакцію, аж до створення загрози для сучасної реформи [4].

У цьому контексті вкотре слід звернутися до позиції Венеційської комісії щодо стабільності, послідовності та узгодженості законодавчого регулювання ключових принципів суддівського врядування, що віднаходить свій прояв у чіткій кореляції між незалежністю судової системи та її стабільністю, за якої постійна інституційна нестабільність може бути небезпечною з точки зору довіри суспільства до органів судової влади як до незалежних та безсторонніх інституцій [5].

Отже, реформа системи правосуддя, яка на сучасному етапі опосередкована переважно зміною підходів до формування кадрової складової судової системи, що, ще не завершившись, подекуди не виправдовують очікувань їхніх ідейних натхненників, вкотре наштовхує на висновок про дефіцит системного бачення реформування цієї системи з урахуванням досвіду успішних іноземних практик.

Література:

1. Проект Плану відновлення України. URL: https://uploads-ssl.webflow.com/625d81ec8313622a52e2f031/62dea471331181b583d43ec5_Юстиція.pdf (дата звернення: 26 листопада 2022 р.).
2. Справжня судова реформа неможлива без якісного оновлення Вищої Ради Правосуддя – заява. URL: <https://ti-ukraine.org/news/spravzhnya-sudova-reforma-nemozhlyva-bez-yakisnogo-onovlennya-vyshhoi-rady-pravosuddya-zayava/> (дата звернення: 26 листопада 2022 р.).
3. Психологія судової справедливості та ресурс відкритого діалогу. Рефлексія з-під мантиї. URL:

https://lb.ua/blog/kostjantyn_harakoz/528348_psihologiya_sudovoi_spravedlivosti.html/
(дата звернення: 26 листопада 2022 р.).

4. Судова реформа на межі катастрофи: Етична рада пропускає до ВРП сумнівних кандидатів, блокує гідних і не пояснює своїх рішень. URL: <https://dejure.foundation/tpost/uafsk9opu1-sudova-reforma-na-mezh-katastrofi-etichn>
(дата звернення: 26 листопада 2022 р.).

5. CDL-AD (2020)022-e Ukraine – Joint Opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe on the draft amendments to the Law 'on the Judiciary and the Status of Judges' and certain Laws on the activities of the Supreme Court and Judicial Authorities (draft Law no. 3711), adopted by the Venice Commission at its 124th online Plenary Session (8-9 October 2020). URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2020\)022-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2020)022-e) (дата звернення: 26 листопада 2022 р.).

СЕКЦІЯ Ш.

ПЕРШІ КРОКИ В НАУЦІ

Бурдюкова В.,

04-22м-01

*Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого*

ДОСТУП АДВОКАТА ДО НАДАННЯ БЕЗОПЛАТНОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ В УКРАЇНІ

Діяльність будь-якого суспільства завжди пов'язана із виникненням різного роду конфліктів, в тому числі і правових. В свою чергу зобов'язанням держави є рівний доступ кожної людини до захисту власних прав та законних інтересів. Одним із інструментів виконання такого зобов'язання є створення і подальше функціонування інституту безоплатної правової допомоги. Така діяльність спрямована на корисну для суспільства справу, а саме безоплатне вирішення правових конфліктів населення із дотриманням вимог верховенства права.

Правова допомога має важливе значення для гарантування рівного доступу до правосуддя для всіх, як це передбачено статтею 8 Загальної декларації прав людини. Особливо для громадян, які не мають достатніх

фінансових можливостей, надання юридичної допомоги клієнтам з боку держави підвищує ймовірність під час судового розгляду отримати безоплатну чи значно дешевшу допомогу від компетентних правників [1].

В національному законодавстві це право закріплено в статті 21 Конституції України, гарантуючи будь-якій фізичній або юридичній особі, незалежно від громадянства або статусу, отримати повну та якісну правову допомогу [2].

Уповноваженими суб'єктами надання безоплатної правової допомоги в Україні є адвокати та студенти-консультанти юридичних клінік при навчальних закладах юридичної освіти. На жаль, поки що вітчизняним юридичним клінікам при вищих навчальних закладах дозволено надавати лише первинну правову допомогу, тобто вони позбавлені можливості, як і будь-який інший практикуючий юрист, допомагати своїм клієнтам у судовому процесі. Таким правом наділені виключно адвокати.

Відповідно до пункту 1 частини першої статті 27 Закону України «Про безоплатну правову допомогу», порядок і умови проведення конкурсу та вимоги до професійного рівня адвокатів, які залучаються до надання безоплатної вторинної правової допомоги затверджується Кабінетом Міністрів України.

Організацію та проведення конкурсу (відповідно до пункту 8 частини першої статті 28 Закону) покладено на головні управління юстиції в регіонах, які утворюють конкурсні комісії (у складі не менш як сім осіб), персональний склад яких формується з представників адвокатури, головного територіального управління юстиції, центрів з надання безоплатної вторинної правової допомоги, а також суддів, представників громадських об'єднань та юридичних вищих навчальних закладів (за їх згодою).

Оголошення про проведення конкурсу оприлюднюється на офіційних веб-сайтах Мін'юсту, Координаційного центру, відповідних головних територіальних управлінь юстиції, регіональних центрів з надання безоплатної

вторинної правової допомоги не пізніше ніж за 30 днів до кінцевого строку реєстрації для участі у конкурсі [3].

Безоплатна правозахисна діяльність тісно пов'язана із «Правом суспільних інтересів». Це сукупність різних інтересів суспільства із забезпеченням його благополуччя, стабільності, безпеки та сталого розвитку.

Право "про суспільні інтереси" відноситься до юридичної практики, що вживається для допомоги бідним, маргіналізованим або недостатньо представницьким людям для зменшення соціально-політичної напруженості в їх суспільних інтересах на "некомерційних" умовах (*pro bono publico*). Воно охоплює практичну сферу права, яка зосереджена на суспільному блазі. Частіше це стосується сфер громадянських прав та свобод, таких як свобода віросповідання, права людини, права жінок, споживачів, працюючих, охорона навколишнього середовища і так далі [4].

Робота із суспільними інтересами також не обмежується якоюсь однією політичною ідеологією; це робота, що робиться для просування концепцій справедливості, чесності та захисту суспільства, а не з метою комерційної чи особистої вигоди. Адвокати, які представляють суспільні інтереси, шукають доступ до правосуддя для всіх, незалежно від їхнього походження чи доходу. Вони служать суспільству, працюючи в організаціях з цивільних юридичних послуг, некомерційних організаціях, організаціях громадського захисту, прокуратурі, державних установах, лобіюючи просування прав людини тощо.

Більша частина роботи, яку виконують організації, що займаються захистом громадських інтересів, не приносить грошей, тому що їхні клієнти часто не можуть дозволити собі приватного адвоката. Ці організації покладаються на державне субсидювання, гранти приватних фондів, пожертвування, державні фонди, гонорари адвокатів, членські внески, заходи щодо збору коштів та стипендії нових юристів. Субсидії від держави та приватні пожертвування є найбільшими джерелами фінансування для більшості таких організацій, проте розмір фінансування може залежати від типу організації [5].

Судовий процес у суспільних інтересах повинен стосуватися не лише приватних інтересів однієї або декількох осіб, а й прагнення за допомогою стратегічного судового процесу досягти певних змін в законодавстві або в державних справах загалом, або якийсь загальноприйнятий результат від імені великого класу людей, узагальнено - просувати суспільні інтереси. Хоча це і не закріплено в жодному законі чи нормативно-правовому акті, більшістю правників тлумачать таке визначення з точки зору того, що така справа стосується суспільства в цілому, чи хоча б певної суспільної групи.

Література:

1. Загальна декларація прав людини. Прийнята і проголошена резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 року.
2. Конституція України. (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141).
3. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (Відомості Верховної Ради (ВВР), 2013, № 27, ст.282).
4. Джеффрі, Косби (2017). «Предпочтения доноров и кризис в законе об общественных интересах». Обзор закона Санта-Клары. 57: 43–96.
5. Електронне джерело URL:
https://arm.naiu.kiev.ua/books/JD_book/lectures/kon_5.html

Науковий керівник – Т.Б. Вільчик, докторка юридичних наук, професорка кафедри цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Вергелес О.,

18-20-01

*Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого*

АДВОКАТСЬКА ТАЄМНИЦЯ ЯК ГАРАНТІЯ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Одними з необхідних елементів успішної реалізації діяльності адвоката з захисту прав та законних інтересів клієнта (довірителя) є додержання адвокатської таємниці. Між захисником і клієнтом мають існувати довірчі відносини, адже постійна взаємодія, отримання інформаційних даних, обставин справи є головною передумовою для захисту прав, інтересів клієнта, а також виконання завдань та функцій, які покладені в основу професії адвоката.

Відповідно до частини 1 статті 22 ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» 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 [1].

У своєму науковому дослідженні В. Заборовський, К. Гечка зазначили, що в даній статті вище наведеного Закону, поняття адвокатської таємниці є досить широким, що дає підстави тлумачити його різними способами, з певними розбіжними межами його дії. Формулювання «...будь-яка інформація... про клієнта» видається авторам такою, що передбачає віднести до себе і факт звернення конкретної особи за юридичною допомогою. В результаті чого, предмет адвокатської таємниці не повинен обмежуватися інформацією, яка була отримана адвокатом на умовах конфіденційності, а зокрема включає в себе будь-яку інформацію, яка була отримана ним у зв'язку з виконанням ним доручення [2, с. 275-276] .

Відносини, які виникають між захисником і клієнтом повинні базуватися на принципі конфіденційності. Даний принцип являє собою право адвоката на зберігання адвокатської таємниці від доступу будь-яких третіх осіб до неї. Інформацію, що становить адвокатську таємницю, можна умовно поділити на декілька частин: щодо факту звернення особи до адвоката; щодо порад, які надає адвокат; щодо інформації, отриманої у процесі спілкування.

На думку Ю. Полонського збереження адвокатської таємниці є однією з важливих засад здійснення діяльності адвокатом, її розкриття вважається порушенням, але така дія може бути здійснена лише за письмової згоди клієнта.

Іншу точку зору має адвокат Д. Кухнюк, який переконаний, недопустимим є розголошення адвокатської таємниці за будь-яких умов. Він зауважує, що під час отримання свідoctва про право на зайняття адвокатською діяльністю адвокат приймає присягу, в якій бере на себе обов'язок суворо зберігати адвокатську таємницю. Також стверджує про те, що розголошення адвокатської таємниці є порушенням ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та Присяги адвоката України, тому адвокатську діяльність такого адвоката може бути призупинено, а видане йому свідoctво анульоване [3, с. 157].

Цікавою видається позиція Т. Вільчик щодо того, що адвокатська таємниця не абсолютною, вона виникла в інтересах суспільства. Вважаємо, Дослідниця пропонує доцільним закріпити можливість розголошення адвокатської таємниці заради найбільш високих людських цінностей, котрі й складають принцип верховенства права. Зокрема адвокату має бути надано право відмови від збереження таємниці у разі отримання інформації про підготовлюваний особливо тяжкий або тяжкий злочин проти особистості. Відмова адвоката від збереження таємниці в разі отримання інформації про злочинні діяння особистості повинна передувати діям адвоката, спрямованим на попередження такого злочину. [4, с. 348-349].

На мою думку, питання є доволі актуальним щодо розголошення таємниці у випадку отримання будь-якої інформації про злочин проти особи. З однієї сторони така інформація належить до таємниці, а з іншої вона може загрожувати інтересам громадян та держави. Я погоджуюсь з позицією Т. Вільчик, можливість розголошення відомостей повинно передбачати спеціальний порядок вирішення, зокрема за заявою захисника до Ради адвокатів України. Також варто зазначити, що розголошення даних буде нести за собою набагато менше збитків, аніж шкода, що настане внаслідок вчинення суспільно небезпечного діяння.

Отже, адвокат займає важливе місце в захисті прав та інтересів осіб. На нього покладено виконання різноманітних завдань, функцій та повноважень,

але зокрема дана діяльність обмежена значною кількістю обов'язків. Професія адвоката вимагає приділенню великої уваги адвокатській таємниці, адже надання інформації має відбуватися в розумних межах, а не розголошення більшого обсягу, ніж це потрібно.

Література:

1. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 року № 5076-VI. Ред. від 05.07.2012. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text>
2. Заборовський В.В., Гечка К.В. Проблемні питання визначення поняття «адвокатська таємниця». *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Вип. 25. 2014. С.274 –277.
3. Мисливий, В. А. Адвокатська таємниця: теорія та практика. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Вип. 24. 2014. С. 152–153.
4. Вільчик Т. Б. Адвокатура як інститут реалізації права на правову допомогу: порівняльно-правовий аналіз законодавства країн Європейського Союзу та України: дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.10. Харків, 2016. С. 490

Науковий керівник – Т.Б. Вільчик, докторка юридичних наук, професорка кафедри цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

*Діденко В.,
18-21-01*

*Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого*

АДВОКАТ ЯК ESCROW AGENT: ПЕРСПЕКТИВИ ЗАКОНОДАВЧОГО ЗАКРІПЛЕННЯ В УКРАЇНІ

Терміноконструкція «Escrow» (далі – «ескроу»), відповідно до тлумачення, запропонованого авторами Кембриджського словника, позначає «угоду між двома особами або організаціями, згідно з якою гроші або майно зберігаються третьою особою або організацією до виконання певної умови». За іншою версією, даний термін має старофранцузьке походження і позначає «сувій, перелік, список» [1].

На відміну від інших країн Західної Європи та Північної Америки, правова регламентація ескроу в Україні знайшла своє відображення відносно нещодавно – з прийняттям Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах» від 23.03.2017 р. № 1983-VIII [2]. Останнім, зокрема, було здійснено доповнення тексту глави 72 Цивільного кодексу параграфом 2, що має назву «Рахунок умовного зберігання (ескроу)».

Системний аналіз цього параграфу [3, пар. 2 гл. 72] дає підстави стверджувати, що зміст договору ескроу за цивільним законодавством України полягає у наступному. Сторони основного зобов'язання одночасно укладають з ескроу-агентом (посередником) договір, відповідно до якого одна сторона (депонент) передає в тимчасове володіння посереднику грошові кошти, а останній зобов'язується прийняти, зберігати і здійснити передачу цих коштів іншій стороні договору (бенефіціару), у випадку настання визначеної договором обставини (на підтвердження чого бенефіціар надає обумовлені договором документи. У тому разі, коли надані документи не відповідають умовам договору ескроу, посередник зобов'язаний відмовити у передачі бенефіціару визначеного активу, якщо інше не буде встановлено за домовленістю сторін вищезазначеного договору).

Важливо наголосити на тому, що приписами національного законодавства прямо визначено лише одного суб'єкта, що може бути ескроу-агентом – банк [3, ст. 1076¹]. При цьому, світова практика вказує на те, що ескроу-агентами можуть виступати також кредитні та страхові організації, брокери, а що більш поширено – адвокати. Так, адвокати, як правило, виступають посередниками за договором умовного депонування (автор погоджується з Л. Василевською в тому, що договір умовного депонування та договір ескроу є тотожними за своїми сутнісними характеристиками [4]) у таких країнах як Німеччина, Франція, Голландія, Велика Британія, цілий ряд штатів США тощо [5].

Важливо відзначити, що у цих державах діяльність ескроу-агента є чітко регламентованою. Так, наприклад, у розділі 6 Каліфорнійського фінансового

Кодексу вказано на те, що ескроу-агент (яким може стати будь-яка особа, у тому числі адвокат) має право зберігати не лише гроші на умовному депонуванні, а й цінні папери та (або) інші активи.

Вищевказаним актом на особу, яка має бажання працювати як ескроу-посередник, покладається обов'язок отримати ліцензію, Відповідно до сьомого розділу Кодексу, претенденти на отримання ліцензії мають бути платоспроможними, на підтвердження чого, вони повинні надати гарантію виконання власних зобов'язань шляхом сплати застави в обсязі двадцять п'ять тисяч американських доларів. У подальшому депозиційні агенти зобов'язані щорічно сплачувати заставу розміром, починаючи від суми у двадцять п'ять тисяч доларів і закінчуючи п'ятьмастами тисячами доларів (залежно від загальної суми укладених контрактів) [6, пар. 17000, 17202]. Такі ж умови встановлюються і для «internet escrow agent». Єдина відмінність останніх від звичайних посередників за договором умовного депонування полягає у тому, що вони здійснюють операції з активами, визначеними ескроу, переважно, шляхом використання веб-інструментів.

Окрім того, звичаї ділового обороту зобов'язують ескроу-агентів дотримуватися принципу нейтральності під час виконання власних функцій. Так, наприклад, ще Верховний суд Монтани у своєму рішенні по справі «Turbiville v. Hansen» від 6 вересня 1988 року зазначив наступне: «вкрай важливо, щоб ескроу-агент залишався неупередженим до обох сторін, суворо дотримуючись інструкцій договору про ескроу». Посередник має уникати будь-якої поведінки, що за своїми змістовними ознаками суперечить його обов'язкам перед депонентом та бенефіціаром і проявляти належну дбайливість (duty of care) при здійсненні повноважень, покладених на нього відповідно до умов та процедури, передбачених договором та чинним законодавством [7].

З попереднього, можна зробити проміжний висновок стосовно того, що договір умовного депонування (ескроу-договір), не залежно від того, укладений він з банківською установою чи адвокатом, брокером, іншим ескроу-агентом, є досить прогресивним фінансовим інструментом, котрий дозволяє суб'єктам

права мінімізувати ризики під час здійснення майнових правочинів, зокрема таких як купівля-продаж, оренда тощо.

Проте, водночас, варто визнати той факт, що беззаперечною перевагою укладення ескроу-договору не з банком, а за участю саме фізичної особи (передусім – адвоката) в іноземних державах є те, що останній, внаслідок своєї доброї репутації та ділових якостей може викликати у потенційних сторін договору більшу довіру, у порівнянні з банківськими установами. Адвокати, що, в більшості випадків, володіють глибокими юридичними знаннями, можуть провадити координацію ескроу-договору навіть більш ефективно, аніж співробітники банків, здійснюючи при цьому паралельне теоретико-практичне консультування сторін основного зобов'язання (адже досить часто положення ескроу-договору включаються до іншого юридично-зобов'язуючого документу за відповідною угодою, зокрема, до договорів купівлі-продажу, опціонів тощо, за результатом чого формується конструкція договору, що у науково-правовій доктрині дефініюється як «змішаний».).

Можна, звичайно, припустити, що укладення договору ескроу за посередництва адвоката є можливим в Україні, на підставі принципу свободи договору, закріпленого у статті 627 ЦК України, зміст якого полягає у тому, що «сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог Цивільного кодексу України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості» [3]. Однак відмова національного законодавця від прямої об'єктивації права адвоката виступати посередником за договором умовного депонування несе в собі негативні наслідки.

Зокрема, відсутність системної регламентації обумовлює те, що потенційні сторони договорів ескроу, недовіряючи національним банкам, водночас, виголошують побоювання щодо укладення таких договорів і за посередництва адвокатів в Україні [8], вказуючи на те, що будь-яка правова невизначеність виступає підґрунтям для спорів, виникнення яких ніяким чином

не відповідає інтересам суб'єктів договору (звичайно, за умови добросовісності останніх).

Попереднє є деструктивним чинником, адже а) фактично позбавляє адвокатів України можливості виступати посередниками за договором ескроу (а, отже, отримувати дохід з цього виду діяльності); б) унеможлиблює надходження до державного бюджету податкових коштів з договорів ескроу за посередництва адвокатів; в) знижує авторитет держави в колі міжнародно-правової спільноти, адже неврегульованість питання щодо укладення договору ескроу за посередництва адвокатів суперечить загальновизнаному принципу дружнього ставлення до міжнародного законодавства. Крім того, юридичне закріплення національним законодавцем можливості провадити відповідну діяльність лише за однією категорією суб'єктів права (банківські установи) знижує конкуренцію у даній сфері, що у свою чергу, негативно впливає на якість послуг з посередництва за договором умовного депонування.

Припустимим є також те, що нормативне розширення кола суб'єктів, що можуть бути посередниками за ескроу-договором (з включенням до нього, зокрема, адвокатів), спростить ведення судочинства: суддям при тлумаченні статусу ескроу-агента не доведеться «фантазувати», аналізуючи правові положення інших держав і застосовуючи їх принципи до відносин, що виникли в межах національної правової системи – достатньо буде посилатися на норми українського законодавця.

З огляду на таке, на погляд автора, доцільно було б юридично визначити право адвокатів провадити діяльність ескроу-агентів в Україні, за умови отримання ними відповідної ліцензії. На рівні ординарного закону (наприклад, Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність») необхідно чітко встановити права, обов'язки, принципи та гарантії діяльності адвоката як ескроу-агента; закріпити підстави притягнення останнього до юридичної відповідальності, у разі порушення приписів законодавства, що стосується договорів умовного депонування тощо.

Література:

1. Meaning of escrow in English Cambridge dictionary Plus. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/escrow> (дата звернення - 27.11.2022 р.)
2. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах: Закон України від 23.03.2017 р. № 1983-VIII. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1983-19> (дата звернення – 27.11.2022 р.)
3. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003р. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40-44. Ст. 356. (дата звернення – 28.11.2022 р.)
4. Василевская Л. Договор счета эскроу: проблемы правовой квалификации. Юридичний журнал. 2016. № 2 с. 37-49 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://electronic.ruzh.org/?q=en/system/files/vasilevskaya.pdf> (дата звернення – 29.11.2022 р.)
5. Згама А.О. Правова природа договору умовного депонування (ескроу). Юридичний електронний науковий журнал. 2018. № 1 с. 36-39
6. California Financial Code. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://leginfo.ca.gov/faces/cCode=fin>. (дата звернення – 29.11.2022 р.)
7. Turbiville v. Hansen 761 P.2d 389 (Mont. 1988). Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://www.casemine.com/judgement/us/59148b64add7b049345217cd> (дата звернення - 02.12.2022 року).
8. Олійник П. За принципом ескроу: запровадження світових стандартів в українському законодавстві. Юридична газета online: №16 (566). [Електронний ресурс]. – Режим доступу <http://yur-gazeta.com/publications/practice/korporativne-pravo-ma/za-principom-eskrou-.html>. (дата звернення – 01.12.2022 р.)

Науковий керівник – Т.Б. Вільчик, докторка юридичних наук, професорка кафедри цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

*Завада А.,
18-21-01*

*Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого*

**ОСОБЛИВОСТІ ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ АДВОКАТА
В РЕСПУБЛІЦІ ПОЛЬЩА**

Одним із фундаментальних інститутів, що безпосередньо стосується системи адвокатури, безперечно, є інститут дисциплінарної відповідальності суб'єктів надання професійних адвокатських послуг.

Необхідність дослідження особливостей притягнення представників адвокатської професії до дисциплінарної відповідальності у Польщі обумовлюється потребою приведення окремих аспектів інституту адвокатури в Україні до міжнародно-правового стандарту. Примітною у такому світлі є позиція Т.Б. Вільчик, згідно з якою «вивчення зарубіжного досвіду організації адвокатури дає змогу виявити певні особливості цього інституту, напрями, тенденції його розвитку..., робить можливим ефективне вирішення питань, які вже давно врегульовані в більшості країн сталої демократії...» [1, с.13].

Польський законодавець чітко встановив, що репресивні (каральні) заходи можуть застосовуватися до суб'єктів права виключно на підставі та у спосіб, котрі передбачені законом. З огляду на попереднє – притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності можливе лише на підставі приписів Закону про адвокатуру Республіки Польща від 26 травня 1982 року.

Відповідно до параграфу 80 вище згаданого Закону [2, пар. 80], у Польщі встановлюється чотири підстави притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності: протиправна поведінка; поведінка, що суперечить принципам етики та гідності професії; порушення професійних обов'язків; невиконання обов'язку щодо укладення договору страхування, передбаченого ст. 8а. 1 Закону.

Водночас, цікаво було б відзначити, що у польській науково-правовій доктрині існують свого роду дискусії, з приводу параграфу 80 Закону про адвокатуру. Так, деякі науковці [наприклад, 3, с. 39] вказують на те, що «порушення правил адвокатської етики» як підстава притягнення до дисциплінарної відповідальності є занадто абстрактною, а тому – потребує конкретизації. Важко назвати таку пропозицію раціональною, зважаючи на те, що у Республіці Польща вже існує кодифікований акт («Kodeks Etyki

Adwokackiej» - польск.) [4], 70 параграфів якого присвячено засадам етичної поведінки особи, котра здійснює адвокатську діяльність.

Відповідно до параграфу 81 Закону про адвокатуру Республіки Польща, до адвоката, що вчинив дисциплінарне правопорушення можуть бути застосовані наступні заходи дисциплінарної відповідальності: нагадування; догана; грошове стягнення; відсторонення від професійної діяльності на строк від трьох місяців до п'яти років; звільнення з адвокатури. Крім того, можливо також застосування додаткових заходів дисциплінарної відповідальності. Як вказується у частинах 2- 3а, параграфу 81 Закону, окрім догани та штрафу, на адвоката-порушника може бути накладено заборону на патронат на строк від одного до п'яти років (або на строк від двох до десяти років, за умови, що на адвоката було накладено основне дисциплінарне стягнення у вигляді відсторонення від професійної діяльності). Також, на адвоката, в рамках даного виду відповідальності, може бути покладено обов'язок вибачитися перед потерпілою стороною [2, пар. 81].

Такий перелік видається досить розгорнутим і таким, що дозволяє здійснити найбільш повну індивідуалізацію покарання, з урахуванням конкретних обставин справи, її сторін тощо.

Для порівняння, перелік заходів дисциплінарної відповідальності, що можуть бути застосовані до адвокатів в Україні, є набагато вужчим, адже охоплює виключно попередження; зупинення права на заняття адвокатською діяльністю на строк від 1 місяця до 1 року; для адвокатів України - позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю з наступним виключенням з Єдиного реєстру адвокатів України, а для адвокатів іноземних держав - виключення з Єдиного реєстру адвокатів України [5, ст. 35].

У світлі такого погоджуємося з позицією вчених-правознавців, зокрема Т.Б. Вільчик [6], відповідно до якої існуючий перелік дисциплінарних стягнень адвокатів повинен бути розширений, що дасть можливість компетентному суб'єкту в Україні накладати найбільш справедливі дисциплінарні стягнення на адвокатів, з точним урахуванням тяжкості допущеного ними проступку

Владними суб'єктами здійснення дисциплінарного провадження щодо адвоката, відповідно до параграфу 91 Закону про адвокатуру є Дисциплінарний суд палати адвокатів, а також Вищий дисциплінарний суд [2, пар. 91].

Примітним є те, що Дисциплінарний суд, як суб'єкт накладення дисциплінарного стягнення на адвокатів в Польщі, може зобов'язати органи адвокатського самоврядування оприлюднити рішення про застосування дисциплінарного стягнення до конкретної особи в журналі, який видається колегією адвокатів [2, пар. 82]. Останнє – виступає серйозним запобіжником до вчинення адвокатами дисциплінарних деліктів, адже становить потенційну загрозу для їх ділової репутації. Припустимим є те, що законодавче встановлення вище вказаного механізму в Україні також матиме позитивний результат.

Дисциплінарне провадження закінчується відповідною постановою або рішенням, що направляється до учасників і міністра юстиції протягом 14 днів з моменту її прийняття.

Література:

1. Вільчик Т.Б. Інститут адвокатури у національній правовій доктрині (Вступне слово) // Право України. – № 12. – 2019 р. – с.11-15.
2. Про адвокатуру: Закон Республіки Польща від 26 травня 1982 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://sip.lex.pl/akty-prawne/dzuziennik-ustaw/prawo-o-adwokaturze-16790926>
3. Katarzyna Dudka / Stosowanie przepisów kodeksu postępowania arnego w postępowaniach dyscyplinarnych uregulowanych w prawie o adwokaturze oraz ustawie o radcach prawnych. – PRAWO W DZIAŁANIU SPRAWY KARNE № 18/2014, 37-59 с.
4. Кодекс адвокатської етики Польщі. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://surl.li/ebdtl>
5. Про безоплатну правову допомогу: Закон України від 2 червня 2011 р. № 3460-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 51. – Ст. 577
6. Дисциплінарна та цивільно-правова відповідальність адвокатів / Т. Б. Вільчик // Інформація і право. - 2015. - № 3. - С. 115-122. - Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Infpr_2015_3_19

Науковий керівник – Т.Б. Вільчик, докторка юридичних наук, професорка кафедри цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

*Кіянська Н., 18-21-01
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого*

РОЗДУМИ ЩОДО КОНСТИТУЦІЙНОСТІ ЗАКРІПЛЕННЯ

ОБОВ'ЯЗКОВОГО ЧЛЕНСТВА АДВОКАТІВ У НААУ

Згідно з нормативно-правовим приписом частини 1 статті 45 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» Національна асоціація адвокатів України (далі – НААУ) є недержавною некомерційною професійною організацією, яка об'єднує всіх адвокатів України та утворюється з метою забезпечення реалізації завдань адвокатського самоврядування [1, ч.1 ст.45].

Відповідно до Статуту НААУ [2, ст. 2], затвердженого Рішенням установчого з'їзду адвокатів України від 17 листопада 2012 року, основні завдання Асоціації полягають у сприянні гармонізації національного законодавства із стандартами Європейського Союзу; легальній підтримці реформування української системи нормативного регулювання суспільних відносин, з використанням передового досвіду розвинених демократичних країн; забезпеченні захисту законних прав та інтересів адвокатів; сприянні розвитку правових форм самоорганізації адвокатської спільноти тощо.

Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» встановлює обов'язкове членство адвокатів у НААУ. Так, згідно з частиною 6 статті 45 вище згаданого Закону із моменту державної реєстрації Асоціації, (відбулася 19.11. 2012 року) її членами стали всі особи, які мали свідоцтво, котре засвідчувало їх право на провадження адвокатської діяльності. Інші особи набувають статусу членів НААУ з моменту складання присяги адвокату України [1, ч.6 ст. 45].

Дане правове положення відразу після його об'єктивації у Законі стало причиною гострих суперечок серед вчених – діячів у галузі юридичної науки.

Ряд науковців вказували на те, що закріплення безальтернативного обов'язку адвокатів бути членом НААУ суперечить конституційному положенню, визначеному у статті 36 Основного Закону України, відповідно до якого «Ніхто не може бути примушений до вступу в будь-яке об'єднання громадян чи обмежений у правах за належність чи неналежність до політичних партій або громадських організацій» [3].

Так, наприклад, С. Сафулько, у своєму дослідженні [4, с.61] доходить висновку, що існування загального, визначеного на вищому (законодавчому) рівні обов'язку осіб, що займаються адвокатською діяльністю бути членами НААУ призводить до того, що адвокат стає залежним від власної організації. На офіційному веб-сайті видання «Правовий тиждень» А. Климчук вказує на те, що «не можна змушувати адвокатів, які за своєю суттю є незалежними, вступати в будь-які організації проти їхньої волі». При цьому, дослідник апелює до статті 11 Європейської конвенції прав людини і основоположних свобод, згідно з якою кожен має право на свободу (а не обов'язок) об'єднань [5].

Водночас, як на наш погляд, позиції вище згаданих вчених не враховують ряду важливих аспектів, котрі є вирішальними при розв'язанні питання конституційності обов'язкового членства адвокатів в НААУ.

Одним із таких аспектів є, передусім те, що кожна держава є вільною у виборі шляхів і форм організації адвокатури, звичайно, зобов'язуючись при цьому дотримуватися загально визнаних принципів гуманізму, пропорційності, справедливості та правовладдя. Закріплення обов'язку адвокатів, щодо членства в НААУ жодним чином не суперечить вказаним принципам, а навпаки – виступає розумним заходом, необхідним для захисту правників, в першу чергу, від посягань з боку держави, адже саме державна влада надає найбільше можливостей для зловживань недобросовісних суб'єктів.

Крім того, не зважаючи на закріплення обов'язковості членства в Асоціації, кожна особа залишається вільною вчиняти вибір: займатися їй адвокатською діяльністю (і як наслідок ставати членом НААУ) або здійснювати

інші види юридичної практики, зокрема нотаріальну, консультативно-правову тощо. Звичайно, що за такого стану речей, не можливо говорити про існування певного роду обмежень, тиску чи порушення права на свободу асоціацій.

При цьому, варто також звернутися до міжнародно-правових положень, адже, як слушно зазначає Т.Б. Вільчик, саме «вивчення зарубіжного досвіду організації адвокатури дає змогу виявити певні особливості цього інституту, напрями, тенденції його розвитку... (дозволяє) ефективно вирішити питання, які вже давно врегульовані в більшості країн сталої демократії [6]. У світлі такого, важливим є правове положення, викладене у Хартії основоположних принципів діяльності європейських адвокатів 2006 р., згідно з яким «саморегулювання (самоврядування) адвокатської професії має життєво важливе значення в підтримці незалежності практикуючого адвоката... без нього адвокати не зможуть виконувати свою професійну і юридичну роль» [7, пр. «j»].

Погоджуємося з позицією, викладеною у Звіті про круглий стіл ССВЕ («Рада адвокатів та юридичних спільнот» - укр.) з приводу Закону України «Про адвокатуру», що відбувся 26.09.2008, де вказується на те, що адвокатські асоціації більшості європейських держав характеризуються обов'язковим членством у них, що, у свою чергу, не може вважатися шкідливим для незалежності адвокатів або таким, що порушує їхні права» [8, п.2].

Вказаної позиції дотримується і ЄСПЛ. Для прикладу, у Рішенні щодо допустимості скарги по справі «А. й інші проти Іспанії» [9] Суд доходить висновку, що асоціація адвокатів не може розглядатися у світлі об'єднання, визначеного у статті 11 ЄКПЛ. Зважаючи на те, що асоціація адвокатів має на меті загальний інтерес (сприяння незалежній і кваліфікованій юридичній допомозі) обов'язкове членство в ній не може вважатися за порушення права на свободу об'єднань.

З огляду на вище викладене, ми вважаємо, що доцільно було б стверджувати про недопустимість розгляду закріплення за адвокатами обов'язку стосовно членства в НААУ у якості порушення конституційного

припису статті 36 Основного Закону України щодо свободи об'єднань. Навпаки, на наш погляд, такий обов'язок відповідає міжнародно-правовому стандарту і є важливою гарантією незалежності та захисту адвокатури від протиправних посягань з боку потенційно недобросовісних суб'єктів, в тому числі, державної влади.

Література:

1. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України № 5076-VI від 05.07.2012 р. // Відомості Верховної Ради України. - 2012 р., № 62. 17 с.
2. Статут Національної асоціації адвокатів України : Рішення Установчого з'їзду адвокатів України від 17.11.2012 р. – [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://unba.org.ua/assets/uploads/legislations/inshidokumenty/statut_naau.pdf
3. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 140
4. Сафулько С. Адвокатура поза пірамідою ієрархії: Роль адвокатури у соціальному житті країни, повноваження, обговорення закону «Про адвокатуру» / С. Сафулько // Дзеркало тижня. - 2005. - № 9. - С. 6.
5. Климчук А. Залежна незалежність, або Чому я не хочу сьогодні бути адвокатом / А. Климчук І Правовий тиждень. - 2013. - № 43-46
6. Вільчик Т.Б. Інститут адвокатури у національній правовій доктрині (Вступне слово) // Право України. – № 12. – 2019 р. – с.11-15.
7. Хартія основних принципів європейської адвокатської професії. Рада адвокатських асоціацій та правничих товариств Європи. - від 25.11.2006 р. [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <https://ips.ligazakon.net/document/MU06301>
8. Report on the CCBE roundtable conference Kiev/Ukraine, 26.09.2008 [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://surl.li/dzxwg>
9. Рішення Європейського суду із прав людини у справі «A. and others v. Spain» (Заява № 13750/88) від 2 липня 1990 р. [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <file:///C:/Users/admin/Downloads/v.%20ESPAGNE.pdf>

Науковий керівник – Т.Б. Вільчик, докторка юридичних наук, професорка кафедри цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Кондратьєва В.,
18-20-05

*Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого*

ПРАВО АДВОКАТА НА ДОСТУП ДО ІНФОРМАЦІЇ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

Указом Президента України від 24.02.2022 «Про введення воєнного стану в Україні» у зв'язку з військовою агресією було введено воєнний стан [1]. За таких надзвичайних умов роль адвокатури як правозахисного інституту вимагає зміну підходів її функціонування й організації з метою продовження надання професійної правничої допомоги й забезпечення ведення адвокатами своєї діяльності. Актуальним за таких умови є питання надання адвокатам доступу до інформації, оскільки розпорядники інформації нерідко можуть зловживати своїми повноваженнями, вимагаючи додаткові документи або ж надаючи необґрунтовану відмову в наданні такого доступу.

Особливу роль в цьому аспекті відіграє саме подання адвокатського запиту, який є гарантованим законодавством способом отримання матеріалів справи та іншої інформації від органів державної влади для надання юридичної допомоги клієнту [4]. Відповідно до Конституції та Закону України «Про правовий режим воєнного стану» можуть визначатися правовий статус та обмеження прав і свобод громадян, юридичних осіб в умовах воєнного стану [2]. У ст. 64 Конституції визначається, що не можуть бути обмежені права і свободи, передбачені, зокрема, ст. 24 (щодо рівних конституційних прав), 59 (кожен має право на професійну правничу допомогу) Конституції [3]. Ст. 24 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» гарантує право адвоката на отримання інформації для надання клієнту правової допомоги [4]. В контексті ч. 3 ст. 34 Конституції [3] та ст. 6 Закону «Про доступ до публічної інформації» [5] слід підкреслити, що право на доступ до інформації підлягає обмеженню за умови дотримання трискладового тесту: 1) якщо обмеження стосується інтересів національної безпеки, територіальної цілісності або громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи кримінальним правопорушенням, для охорони здоров'я населення, для захисту репутації або прав інших людей, для запобігання розголошенню інформації, одержаної конфіденційно, або для підтримання авторитету і неупередженості правосуддя;

2) розголошення інформації може завдати істотної шкоди таким інтересам;
3) шкода від оприлюднення такої інформації є більш суттєвою, ніж суспільний інтерес в отриманні такої інформації. Таким чином, враховуючи правовий режим воєнного стану, адвокатський запит на отримання інформації для захисту прав та інтересів клієнта повинен бути належним чином сформульованим та обґрунтованим, а також підтвердженим додатковими документами: копією свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю, ордера або доручення органу надання безоплатної правової допомоги, оскільки їх наявність може є додатковим аргументом на користь того, що така інформація дійсно потрібна адвокату для надання послуг клієнту, а не для певних власних цілей, про що зазначено у ст. 24 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [4]. Також у цьому законі наголошується, що вимагати подання інших документів, окрім зазначених вище, заборонено. Окрім цього, варто звернути увагу, що можна обмежити доступ в наданні інформації, однак якщо документ містить таку інформацію, адвокат має право ознайомитися з інформацією в ньому, доступ до якої не обмежено.

Окремого питання заслуговує дослідження доступу адвоката до реєстрів, як до одного з джерел отримання інформації задля виконання своїх функцій, оскільки з лютого 2022 р. реєстри зупинили свою роботу. Згідно з постановою КМУ «Деякі питання державної реєстрації та функціонування єдиних та державних реєстрів, держателем яких є Міністерство юстиції, в умовах воєнного стану» доступ до єдиних та державних реєстрів можливий для користувачів, які відновили такий доступ або отримали його за загальною процедурою через ДП «НАІС» і лише в межах тих адміністративно-територіальних одиниць, де не ведуться бойові дії [6]. Таким чином, на даний час адвокати можуть отримати витяги зі Спадкового реєстру, Державного реєстру актів цивільного стану, Державного реєстру обтяжень на нерухоме майно, Єдиного державного реєстру судових рішень та ряду інших.

Отже, підсумовуючи все сказане, можемо дійти висновку, що під час дії воєнного стану організація й порядок здійснення адвокатом своєї діяльності в

аспекті подання адвокатського запиту на отримання інформації та доступу до державних реєстрів фактично не змінився, дотримуючись принципів верховенства права та законності зберігається основна місія адвокатури як правозахисного інституту, - спрямування діяльності на забезпечення законних прав та інтересів клієнтів.

Література:

1. Закон України «Про введення воєнного стану в Україні», затв. Указом Президента України від 24.02.2022 р. № 64/2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/64/2022#Text>
2. Закон України «Про правовий режим воєнного стану» від 12.05.2015 р. № 389-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text>
3. Конституція України : від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text>
4. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 р. № 5076-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text>
5. Закон України «Про доступ до публічної інформації» від 13.01.2011 р. № 2939-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2939-17#Text>
6. Постанова Кабінету міністрів України від 06.03.2022 № 209 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/209-2022-%D0%BF#Text>

Науковий керівник – Я.О. Ковальова, кандидатка юридичних наук, доцентка, асистентка кафедри цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

*Курільчук Д.,
18-20-01,*

*Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого*

ПРОФЕСІЙНА ЕТИКА ТА ЮРИДИЧНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ АДВОКАТІВ

Через сучасну нестабільність та соціальні виклики діяльність адвокатів є досить складним процесом. Без наявності у правника комплексу потрібних йому вмінь та знань надання правової допомоги набуватиме неякісного характеру, потребуватиме невідкладного реагування з боку правників-професіоналів та притягненням його до юридичної відповідальності.

У даній роботі розглядається актуальне питання щодо специфіки відповідальності адвокатів за порушення правил адвокатської етики та щодо дисциплінарної відповідальності, які регулюються нормами відповідних законодавчих актів.

Відтак, юридична відповідальність є однією з головних ознак права та необхідним елементом державно-правової системи. Адвокат лише як професійна особа може бути притягнутий до дисциплінарної відповідальності. Адміністративна та кримінальна відповідальність в більшості випадків йому загрожуватиме не як професіоналу, а як фізичній особі [1]. Однак варто не забувати про такі підстави притягнення як прояв неповаги до суду або Конституційного Суду України, що передбачено ст. 185-3 Кодексу України про адміністративні правопорушення [2], та представництво в суді без повноважень, про що зазначено в ст. 400-1 Кримінального кодексу України [3].

В українському законодавстві відсутнє легальне визначення поняття «дисциплінарна відповідальність адвокатів». Однак, на окрему увагу заслуговує визначення, надане Т. Б. Вільчик, яка вважає за доцільним закріпити на національному законодавстві даний термін як особливий вид юридичної відповідальності, який настає у разі вчинення адвокатом дисциплінарного проступку, а саме невиконання або неналежне виконання адвокатом своїх професійних обов'язків, застосовується у передбачених законом або нормами адвокатської етики випадках шляхом вжиття заходів дисциплінарного впливу у встановленому законом порядку. [4, с. 300]

Накладати дисциплінарні стягнення на адвокатів мають право самі представники цієї корпорації. Положення статті 34 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» передбачає застосування до адвокатів дисциплінарних стягнень за вчинення ним одного з дисциплінарних проступків: (1) порушення вимог несумісності; (2) порушення присяги адвоката України; (3) порушення правил адвокатської етики; (4) розголошення адвокатської таємниці або вчинення дій, що призвели до її розголошення; (5) невиконання або неналежне виконання своїх професійних обов'язків; (6)

невиконання рішень органів адвокатського самоврядування; (7) порушення інших обов'язків адвоката, передбачених законом [5].

За вчинення дисциплінарного проступку до адвокатів можуть бути застосовані одні з таких дисциплінарних стягнень: 1) попередження; 2) зупинення права на заняття адвокатською діяльністю на строк від одного місяця до 1 року; 3) для адвокатів України — позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю з наступним виключенням з Єдиного реєстру адвокатів України. Адвокати можуть бути притягнутими до дисциплінарної відповідальності протягом одного року з дня вчинення дисциплінарного проступку [1; 5].

У Постанові Верховного Суду від 28 лютого 2019 року у справі № 522/3665/17 зазначено, що «...правомочність відповідної кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури на власний розсуд за наслідками оцінки обставин та фактів прийняти рішення за своєю правовою природою є дискреційним повноваженням, під яким розуміється можливість суб'єкта владних повноважень самостійно (на власний розсуд) обрати один з кількох юридично допустимих варіантів управлінського рішення...» [6].

Водночас при застосуванні дисциплінарних стягнень в межах дискреційних повноважень за порушення Правил адвокатської етики дисциплінарні органи адвокатури повинні виходити із загальних засад юридичної відповідальності, зокрема мають застосовувати заходи дисциплінарної відповідальності лише за винні порушення та дотримуватися легальності у своїх рішеннях.

Як у своєму професійному так і в приватному житті обов'язком для адвокатів є дотримання законності, заборона вчиняти правопорушення та сприяти зумисному скоєнню їх іншими особами. Кваліфікований правник зобов'язаний надавати правову допомогу клієнтам компетентно й добросовісно. У першу чергу, адвокат повинен виходити з переваги інтересів свого клієнта — перед своїми власними, інтересами колег, партнерів, співробітників, інтересами законних представників клієнтів, або їх опікунів, піклувальників та інших осіб,

а також будь-якими іншими міркуваннями. І у такому випадку це не стане наслідком його юридичної відповідальності.

Підсумовуючи, необхідно зазначити, що процедура дисциплінарної відповідальності адвоката повинна відповідати гарантіям належного судочинства: незалежності, неупередженості, прозорості, справедливості, розумності строків розгляду, презумпції невинуватості тощо. Якщо у юридичній процедурі про прийняття виду відповідальності була відсутня одна або декілька вищенаведених вимог, то це може слугувати підставою для оскарження її результатів у судовій інстанції та означатиме порушення законності й легітимності у прийнятті рішення щодо представника адвокатської професії.

Література:

1. Волошина Л. О. Поняття та види юридичної відповідальності адвоката/Л. О. Волошина // Вісник кримінального судочинства. -Київ:ТОВ "Правова Єдність", 2016,N N 2.-С.129-135
2. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 № 8073-Х. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text> (дата звернення: 06.12.2022 р.)
3. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року [Електронний ресурс] // Відомості Верховної Ради України. – 2001. – № 25-26. – Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 06.12.2022 р.)
4. Вільчик Т. Б. Адвокатура як інститут реалізації права на правову допомогу: порівняльний аналіз законодавства країн Європейського Союзу та України/дисертація// м. Харків., 2016 р., 490 с.
5. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 5 липня 2012 року. База даних «Законодавство України». Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#n300> (дата звернення: 03.12.2022 р.)
6. Постанова Верховного Суду від 28 лютого 2019 року по справі № 522/3665/17. Режим доступу: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/80167902> (дата звернення: 03.12.2022р.)

Науковий керівник: Вільчик Т. Б. докторка юридичних наук, професорка кафедри цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

*Лантєва І.,
04-22м-01,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого*

ВІЙСЬКОВА АДВОКАТУРА: НЕОБХІДНІСТЬ ТА ПРОБЛЕМАТИКА ЗАПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

24 лютого 2022 року внаслідок повномасштабної військової агресії російської федерації Указом Президента України №64/2022 в Україні було введено воєнний стан [1], а Указом №69/2022 оголошено загальну мобілізацію[2]. Близько 700 000 військовослужбовців Збройних сил України боронять нашу Батьківщину, а весь сектор безпеки та оборони налічує до мільйона українців. Безперечно, держава навіть в таких умовах мусить забезпечити правозастосовну та правозахисну діяльність для військовослужбовців як специфічної категорії громадян.

Для реалізації поставлених завдань у правових системах світу існує військова юстиція, яка покликана вирішити комплекс питань, пов'язаних з підтриманням правопорядку і контролем за статутною поведінкою військовослужбовців, розслідуванням кримінальних правопорушень та їх розглядом в спеціалізованих судових установах, у тому числі консультаційною та правозахисною діяльністю правових служб чи адвокатури[3].

В Україні на даний час функціонує військова прокуратура та військова поліція. Навколо відновлення функціонування військових судів досі точаться чималі дискусії, а питання доцільності запровадження військової адвокатури досі є складним та невирішеним.

У науковому просторі все частіше досліджують досвід Сполучених Штатів Америки, де кожен військовий підрозділ має власну адвокатську групу (JAG), а відмінність у професійній діяльності адвоката зумовлена специфічною військовою юрисдикцією у військових трибуналах[4]. Крім того, щоб отримати статус військового юриста особа має не лише мати юридичну освіту, а й пройти

навчання у військово-юридичній службі. У свою чергу, військовослужбовець, що не має юридичної освіти може також пройти спеціалізовану програму [5].

Необхідно зауважити, що така модель військової адвокатури не може бути повністю запозичена в нашій державі з огляду на те, що військові суди в Україні не запроваджені, система військової юстиції не функціонує повною мірою, а Сполучені Штати Америки та Україна мають різні правові системи.

Варто наголосити, що військовослужбовці є особливою категорією громадян, законодавство в цій галузі є специфічним, що зумовлює необхідність поглиблених знань у адвоката, що дозволить однаково ефективно представляти інтереси від рядового до офіцерського складу. Більш того, сучасні умови є каталізатором збільшення кількості звернень за захистом прав та законних інтересів таких осіб щодо майнових та особистих немайнових прав, а після закінчення воєнного стану вирішення таких категорій справ ще довгий час буде актуальним. Неможливо також залишити поза увагою і збільшення кількості фактів вчинення кримінальних правопорушень серед військових.

У випадку запровадження інституту військової адвокатури, перед державою може постати низка проблемних питань, що потребують однозначного вирішення.

По-перше, це правовий статус військового адвоката, визначення вимог до його отримання. У даному випадку, на мою думку, необхідно буде враховувати, з одного боку, забезпечення інституту адвокатури як недержавної самоврядної інституції, а з іншого боку – врахувати особливості суб'єктів звернення за правовою допомогою та специфічну категорію справ.

По-друге, це фінансування діяльності військової адвокатури та встановлення вимог щодо можливості чи неможливості здійснення адвокатом «звичайної» адвокатської діяльності.

По-третє, питання створення органу або покладення на вже існуючі органи повноваження щодо перевірки знань військового адвоката при

отриманні такого статусу, забезпечення організаційної діяльності, підвищення кваліфікації та контроль за якістю, ефективністю та своєчасністю надання правових послуг.

Отже, запровадження військової адвокатури в Україні – це складний та поступовий процес, який потребує комплексного підходу до визначення місця військового адвоката в правовій системі України, необхідності створення нового законодавства та внесення змін до вже існуючого з урахуванням міжнародних стандартів, організаційне, матеріально-технічне та фінансове забезпечення, а також створення належних умов для якісного, ефективного та своєчасного надання правової допомоги. Однак, незважаючи на складну ситуацію в країні, необхідно приділити детальну увагу цьому питанню, щоб в подальшому уникнути надмірного навантаження на судову систему та обмеження прав людини. Такі зміни можуть стати початком для подальшого реформування інституту адвокатури в контексті поглиблення спеціалізації адвоката і в інших галузях права, що може стати темою для подальших наукових досліджень.

Література:

1. Про введення воєнного стану в Україні: Указ Президента України від 24.02.2022 р. №64/2022. Дата оновлення: 22.04.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/64/2022#Text> (дата звернення 23.11.2022);
2. Про загальну мобілізацію: Указ Президента України від 24.02.2022 р. №69/2022. Дата оновлення: 24.02.2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/69/2022#Text> (дата звернення 23.11.2022);
3. Шишкін В. Військові суди через призму правової держави. Право України. 2004. №4. С. 107-110;
4. Пахомов В., Дегтяр Р. Військова адвокатура. Прикарпатський юридичний вісник. 2018. №2. С. 61-63. URL: http://pju.nuoua.od.ua/v2_2018/2018_2.pdf#page=61 (дата звернення 23.11.2022);
5. Петрук О., Міжнародна практика підготовки юристів військової галузі. Науковий часопис НПУ імені М. П. Драгоманова. Серія 5. Педагогічні науки: реалії та перспективи. 2021. №83. С.133-138. URL: <http://enpuir.npu.edu.ua/bitstream/handle/123456789/36665/Petruk.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (дата звернення 23.11.2022).

Науковий керівник – Т.Б. Вільчик, докторка юридичних наук, професорка кафедри цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого.

Оханкіна А.,
18-20-01

*Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого*

ПРАВОВІ ПІДСТАВИ ПРЕДСТАВНИЦТВА АДВОКАТОМ КЛІЄНТА В СУДІ

Згідно із частиною першою статті 26 Закону України “Про адвокатуру та адвокатську діяльність” адвокатська діяльність здійснюється на підставі договору про надання правової допомоги. Документами, що посвідчують повноваження адвоката на надання правової допомоги, можуть бути: 1) договір про надання правової допомоги; 2) довіреність; 3) ордер; 4) доручення органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги [1].

Частина 2 статті 27 Закону України "Про адвокатуру та адвокатську діяльність" регламентує вичерпні випадки надання правової допомоги адвокатом без укладення договору в письмовій формі. Системний аналіз частини 1 статті 26 та частин 1 і 2 статті 27 профільного Закону дозволяє зробити висновок про те, що надання правової допомоги адвокатом без укладення договору в письмовій формі, зокрема, лише на підставі доручення чи ордеру, не допускається, окрім випадків, передбачених частиною 2 статті 27 Закону України "Про адвокатуру та адвокатську діяльність". Такими випадками є: 1) надання усних і письмових консультацій, роз'яснень із правових питань з подальшим записом про це в журналі та врученням клієнту документа, що підтверджує оплату гонорару (винагороди); 2) якщо клієнт невідкладно потребує надання правової допомоги, а укладення письмового договору за конкретних обставин є неможливим - з подальшим укладенням договору в письмовій формі протягом трьох днів, а якщо для цього існують об'єктивні перешкоди - у найближчий можливий строк.

Повноваження адвоката як захисника або представника в господарському, цивільному, адміністративному судочинстві, кримінальному провадженні, розгляді справ про адміністративні правопорушення, а також як уповноваженого за дорученням у конституційному судочинстві підтверджуються в порядку, встановленому законом (ЦПК України, ГПК України, КАС України) [2].

Так, ч. 4 ст. 62 ЦПК України, ч. 4 ст. 59 КАС, ч. 4 ст. 60 ГПК, визначають, що повноваження адвоката як представника підтверджуються довіреністю або ордером, виданим відповідно до Закону України “Про адвокатуру та адвокатську діяльність”.

Враховуючи правові висновки КГС ВС у постанові від 12.10.2018 у справі №908/1101/17, особа, яка здійснює представництво за довіреністю, в якій зазначено, що вона видана фізичній особі/ громадянину, повинна мати статус адвоката та отримати свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю [3].

У зв'язку із цим виникає питання чи потрібно підтверджувати статус адвоката, якщо на підтвердження його повноважень наданий ордер. Відповідно до ухвали судді КАС у складі ВС, 16.04.19, справа №360/3690/18 (провадження №К/9901/9696/19), де підставою для повернення касаційної скарги стало те, що представник скаржника надав ордер, але не підтвердив статус адвоката. У відповідь Верховний Суд роз'яснив, що наявність статусу можна підтвердити свідоцтвом про право на заняття адвокатською діяльністю або посвідченням адвоката України [4].

При цьому, ордер може бути оформлений лише на підставі вже укладеного договору та є самостійним документом, що підтверджує повноваження адвоката. Важливо відмітити, що надання договору про правову допомогу, його копії або витягу разом з ордером законодавство не вимагає (постанова ВП ВС від 5.12.2018 у справі №П/9901/736/18) [5].

Також хотілося б звернути увагу на деякі проблемні питання, які виникають на практиці щодо оформлення ордеру, оскільки судова практика

Верховного Суду свідчить, що значна кількість ордерів, що додаються адвокатами до матеріалів справи для підтвердження своїх повноважень на здійснення представництва інтересів особи, не містить обов'язкових реквізитів, передбачених пунктом 12 Положення про ордер № 41 [6].

Зокрема, до матеріалів справи адвокати долучають ордери, в яких не зазначено органу, в якому надається правова допомога адвокатом; номери посвідчення адвоката України, ким та коли його видано; дати видачі ордера; номери та дати договору про надання правової допомоги.

У такому випадку Верховний Суд у своїх рішеннях дотримується позиції про те, що в разі коли ордер на надання правової допомоги не має обов'язкових реквізитів, він не може вважатися належним документом для здійснення представництва.

Отже, підтвердження адвокатом повноважень для представництва клієнта в суді є важливим, оскільки від цього залежить належний захист прав та інтересів. Законодавець комплексно підійшов до врегулювання питання про підтвердження повноважень адвоката в суді, спростивши порядок підтвердження повноважень адвокатами. У зв'язку з цим, на практиці виникають проблемні питання та колізії, які вирішують за допомогою практики Верховного Суду та роз'яснень Ради адвокатів України.

Література:

1. Закон України “Про адвокатуру та адвокатську діяльність” від 5 липня 2012 року № 5076-VI
2. Рішення Ради адвокатів України «Про затвердження роз'яснення щодо підстав представництва адвокатом клієнта в суді» від 02.08.2022 № 62
3. Постанова Касаційного господарського суду від 12.10.2018 року у справі №908/1101/17
4. Ухвала Касаційного адміністративного суду від 16.04.19 року, справа №360/3690/18
5. Постанова Великої Палати Верховного суду від 05.12.2018 року у справі №П/9901/736/18
6. Рішення Ради адвокатів України «Про затвердження Положення про ордер на надання правничої (правової) допомоги у новій редакції» від 12.04.2019 року № 41.

Науковий керівник – Т.Б. Вільчик, докторка юридичних наук, професорка кафедри цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Пірмагомедова Е.,

18-21-01

Національний юридичний університет

імені Ярослава Мудрого

АДВОКАТ ЯК СУБ'ЄКТ НАДАННЯ БЕЗОПЛАТНОЇ ВТОРИННОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ В УКРАЇНІ: ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ

Право на безоплатну правову допомогу знаходить своє відображення у цілому ряді авторитетних та (або) загальнообов'язкових міжнародно-правових актів і визначається ними як одне із невідчужуваних та основоположних прав.

Наприклад, у Рекомендаціях № R (93) 1 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам про ефективний доступ до закону і правосуддя для найбільш вразливих верств населення, які були прийняті 08 січня 1993 року, вказується на те, що держави, в розумних межах наявного ресурсу, повинні «поширювати надання безоплатної або інших форм правової допомоги на всі судові інстанції та на всі змагальні або незмагальні процеси» [1, с.3].

Право кожного на професійну правничу допомогу (котра у встановлених Законом випадках надається безоплатно) визнається та гарантується у статті 59 Конституції України [2, ст. 59]. Останнє – цілком відповідає національній правовій традиції, адже «перші промені» цього правового інституту на території України мали місце вже у ХІХ столітті. Дані відомості підтверджуються нормативними положеннями Судових статутів від 20 листопада 1864 року [3], відповідно до яких Рада присяжних повірених (у сучасному розумінні – Рада адвокатів) призначала повірених округу по черзі для безоплатного ходіння по справах осіб, які користувалися на суді так званим «правом бідності».

Водночас, справедливо було б відмітити, що в Незалежній Україні право на безоплатну правничу допомогу набуло реального змісту лише з прийняттям

Закону України «Про безоплатну правову допомогу» від 02 червня 2011 року [4].

Відповідно до пункту 1 статті 1 вказаного Закону (у системному зв'язку з пунктами 3-4 згаданої статті), «безоплатна правова допомога – це правова допомога (тобто надання правової інформації, консультацій і роз'яснень з правових питань, складення заяв, скарг, процесуальних та інших документів правового характеру, вчинення інших дій, спрямованих на забезпечення та реалізацію прав і свобод людини і громадянина, захист цих прав і свобод, їх відновлення у разі порушення), що гарантується державою та повністю або частково надається за рахунок коштів Державного бюджету України, місцевих бюджетів та інших джерел» [4, п.1, 3, 4 ст.1].

Як влучно зазначає у своїй науковій праці Т.Б. Вільчик, «Найбільш повне розкриття природи права на безоплатну правову допомогу отримало в рішеннях Європейського суду з прав людини» [5, с.43]. Так, наприклад, ЄСПЛ у рішенні «Golder v. United Kingdom (1975)», визначив чіткі критерії, за наявності яких держава повинна забезпечити право особи на отримання безоплатної правової допомоги. Серед них: значення результатів судового розгляду для людини; складність справи з точки зору процедури і питань, що розглядаються; здатність особи самостійно представляти свої інтереси в порівнянні з іншими сторонами процесу; відсутність у людини можливості оплачувати юридичні послуги [6].

Зі змісту статей 7 та 13 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» [4, ст. 7,13] випливає, що безоплатна правова допомога поділяється на безоплатну первинну (далі – БППД), а також – на безоплатну вторинну правову допомогу (далі – БВПД).

Відповідно до статті 13 вище згаданого Закону, «Безоплатна вторинна правова допомога - вид державної гарантії, що полягає у створенні рівних можливостей для доступу осіб до правосуддя». На відміну від БППД, котра полягає, переважно, у наданні правових консультацій, БВПД охоплює собою вчинення таких юридичних дій: захист; здійснення представництва інтересів

осіб, що мають право на безоплатну вторинну правову допомогу, в судах, інших державних органах, органах місцевого самоврядування, перед іншими особами, а також – складення документів процесуального характеру» [4, ч.1, ч.2 ст. 13].

Нормативним положенням статті 15 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» визначено лише два суб'єкта надання БВПД: адвокатів та Центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги» [4, ст. 15].

З приводу останніх у науково-правових колах має місце свого роду дискусія. Одна зі сторін вказаного диспуту категорично заперечує можливість віднесення Центрів з надання БВПД до кола суб'єктів, визначених у статті 15 Закону України «Про безоплатну правову допомогу», аргументуючи це тим, що центри БВПД здійснюють не правозахисні, а адміністративно-організаційні функції (видання доручення на підтвердження повноважень правозахисника, прийняття рішення щодо надання або відмову у наданні БПД тощо) [7, с. 18].

У той же час, вчені-правознавці одностайні у поглядах стосовно раціональності та юридичної правильності рішення українського законодавця щодо визначення адвокатів як суб'єктів БПД, у тому числі, БВПД. Річ в тім, що такий стан речей відповідає міжнародно-правовому еталону.

Так, наприклад, Автори Резолюції 78 (8) «Про безоплатну правову допомогу і юридичні консультації», прийнятої Комітетом міністрів Ради Європи 02.03.1978 р, взагалі, рекомендують національним урядам встановити систему правового регулювання, в рамках якої «безоплатна правова допомога буде надаватися лише особою, яка має право практикувати як адвокат, відповідно до правових норм держави» [8].

Статистичні відомості за 2021 рр. (на момент написання роботи доступ до актуальної звітності, у зв'язку зі збройною агресією Російської Федерації проти України, – закритий) свідчать про наявність тісної взаємодії адвокатів та регіональних центрів з надання БВПД: за січень – червень 2021 року правозахисники отримали 65,1 тис. доручень для надання БВПД [9].

Адвокатом системи БВПД, фактично, може стати будь-який адвокат, який, у встановленому законом порядку склав присягу, отримав свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю, а також відповідає вимогам до професійного рівня адвокатів, що залучаються до надання БВПД, затвердженим Кабінетом Міністрів України.

Для того, щоб отримати право провадити БВПД, адвокату необхідно пройти конкурс, котрий проводиться періодично, за наказом Міністра юстиції України [4, п.8 ч.1 ст. 28]. У разі отримання задовільної оцінки за результатами вказаного конкурсу, учасник вноситься до Реєстру адвокатів, які мають право на надання БВПД. Лише після внесення до Реєстру, адвокат може укласти контракт (або договір) з Центром надання БВПД.

Водночас, до особи адвоката, котрий бажає стати стороною відповідного контракту, встановлюються й інші вимоги, визначені у частині 4¹ Порядку та умов укладення контрактів з адвокатами, які надають безоплатну вторинну правову допомогу на постійній основі, та договорів з адвокатами, які надають безоплатну вторинну правову допомогу на тимчасовій основі [10, ч.41]. До таких умов, зокрема, належать: відсутність дисциплінарних стягнень в адвоката протягом року; обґрунтування необхідності залучення адвоката для надання безоплатної вторинної правової допомоги на постійній основі з урахуванням потреб відповідної адміністративно-територіальної одиниці тощо

Нормативним приписом частини 3 статті 21 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» встановлено, що адвокати надають безоплатну вторинну правову допомогу на підставі доручень, виданих центрами з надання безоплатної вторинної правової допомоги [4, ч.3 ст. 21].

При здійсненні доручення, відповідно до статті 26 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» [4, ст.26] адвокат повинен надавати якісно та в необхідному обсязі безоплатну вторинну правову допомогу, не розголошувати конфіденційну інформацію про особу, яка стала відомою у зв'язку з наданням безоплатної вторинної правової допомоги, а також здійснювати обов'язки,

передбачені Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та іншими нормативно-правовими актами.

У випадку порушення адвокатом, що надає БВПД на підставі контракту (договору) з Центром БВПД, нормативно визначених правил провадження відповідної діяльності (зокрема тих, котрі встановлені вище означеними правовими актами), до нього, відповідно до статті 32 Закону України «Про безоплатну правову допомогу» можуть бути застосовані негативні заходи відповідальності, визначені Законом, зокрема, виключення адвоката з реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу; зупинення або припинення права на зайняття адвокатською діяльністю тощо [4, ч.1 ст. 32].

Останнє – виступає ключовою гарантією належної якості послуг з надання БВПД, що, як на погляд авторки роботи, є однією із основ справедливості та суспільної довіри до національного судочинства, держави та права.

Література:

1. Рекомендація № R (93) 1 КМ РЄ державам-членам про ефективний доступ до закону і правосуддя для найбідніших верств населення [Електронне джерело]: – Режим доступу: http://www.arbitr.gov.ua/files/pages/pd07072014_4.pdf
2. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 140
3. Судебные Уставы 20 ноября 1864 года, с изложением рассуждений, на коих они основаны. – СПб., 1887 г. – 586 с.
4. Про безоплатну правову допомогу: Закон України від 2 червня 2011 р. № 3460-VI // Відомості Верховної Ради України. – 2011. – № 51. – Ст. 577
5. Вільчик, Т. Б. (2022). Право на безоплатну правову (юридичну) допомогу по цивільних справах у практиці Європейського суду з прав людини. Форум Права, 73(2), 40–52. <http://doi.org/10.5281/zenodo.6471073>
6. Golder v United Kingdom (Application no. 4451/70): Judgment European Court of Human rights, Strasbourg 21 February 1975. European Court of Human rights.
7. Бакаянова Н. М. Адвокатура у системі надання безоплатної правової допомоги: навчально-методичний посібник для студентів I курсу денної форми навчання / Н. М. Бакаянова, І. О. Билиця. – Одеса : Фенікс, 2020. – 84 с.

8. Резолюція (78) 8 Комітету Міністрів Ради Європи про юридичну допомогу та консультації від 2 березня 1978 р. // Збірник договорів Ради Європи / [за ред. А. Гутнікова]. – СПб: Парус, 2006. – 254 с.

9. Система БПД: про оплату послуг адвокатам. [Електронне джерело]: Рада адвокатів Київської області. – Режим доступу: <https://radako.com.ua/news/sistema-bpd-pro-byudzhetni-koshti-ta-oplatu-poslug-advokatam>

10. Про затвердження Порядку і умов укладення контрактів з адвокатами, які надають безоплатну вторинну правову допомогу на постійній основі, та договорів з адвокатами, які надають безоплатну вторинну правову допомогу на тимчасовій основі: Постанова КМУ від 11 січня 2012 р. № 8. Київ [Електронне джерело]: – Режим доступу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/8-2012-%D0%BF#Text>

Науковий керівник – Т.Б. Вільчик, докторка юридичних наук, професорка кафедри цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

*Рубан М.,
студентка 2-го курсу магістратури
ННІ права Київського національного
університету імені Тараса Шевченка*

АДВОКАТСЬКА ТАЄМНИЦЯ: НЕДОЛІКИ ЗАКОНОДАВЧОЇ РЕГЛАМЕНТАЦІЇ

На сьогоднішній день всі стосунки людей базуються на емоційному забарвленні, тонка структура відносин «адвокат-клієнт» не є виключенням. Саме для того, щоб виконати те призначення, до якого покликані адвокати, їм перш за все потрібно отримати довіру клієнта. Однак, її не може бути там, де немає впевненості у зберіганні таємниці. Тільки таким чином є можливим спонукати клієнта дати повну інформацію щодо обставин справи, без чого надати певні юридичні послуги просто неможливо. Саме з цією метою запроваджено такий інститут адвокатури як «адвокатська таємниця». Дане питання є актуальним на сьогоднішньому етапі розвитку адвокатури в Україні, так як має деякі проблемні та спірні питання.

Адвокатська таємниця формується як морально-етична і правова категорія. Моральний аспект проявляється у закріпленні на рівні правових актів, зокрема таких як «Правила адвокатської етики», необхідності довірчих відносин між адвокатом і клієнтом, без яких є неможливим належне надання правничої допомоги, зокрема здійснення захисту та представництва [1]. Від цього залежить також, хоч і непрямо, але неухильно, повага до права підсудного на справедливий судовий розгляд, особливо щодо права кожного «обвинуваченого» не свідчити проти себе.

Своє відображення адвокатська таємниця знайшла і в міжнародних правових актах. Так, наприклад, «Основні положення про роль адвокатів», прийняті на VIII Конгресі ООН, у пункті 22 проголошують, що уряди Уряди повинні визнавати і додержувати конфіденційності комунікацій і консультацій між адвокатом і клієнтом в рамках відносин, пов'язаних з виконанням адвокатом своїх професійних обов'язків [2].

Аналізуючи правовий зміст поняття «адвокатська таємниця» закріпленого в статті 22 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», можна стверджувати, що адвокатською таємницею є будь-яка інформація, що стала відома адвокату, помічнику, стажисту, особі, яка є у трудових відносинах з адвокатом, про клієнта, а також питання, з яких клієнт 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 та джерела, одержані адвокатом під час здійснення адвокатської діяльності [3]. Адвокатська таємниця являється різновидом професійної таємниці, виконання якої є однією з підтверджень успішної професійної діяльності адвоката, пов'язаної із захистом прав та законних інтересів фізичних і юридичних осіб.

Здійснюючи правовий аналіз законодавчого закріплення поняття «адвокатська таємниця» у науковій юридичній літературі слушно зазначається про те, що воно є досить широким та абстрактним, що дає підстави трактувати

його по-різному, а також стверджується про те, що предмет адвокатської таємниці не повинен обмежуватися інформацією, яка була отримана адвокатом на умовах конфіденційності, а повинен включати в себе будь-яку інформацію, яка була отримана ним у зв'язку з виконанням ним доручення [4, с. 275-276], що власне і віднайшло своє відображення у Правилах адвокатської етики.

Так, у вказаному документі до адвокатської таємниці віднесено: факт звернення особи за правовою допомогою; будь-яка інформація, що стала відома адвокату, адвокатському бюро, адвокатському об'єднанню, помічнику адвоката, стажисту або іншій особі, яка перебуває у трудових відносинах з адвокатом (адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням), у зв'язку з наданням професійної правничої (правової) допомоги або зверненням особи за правовою допомогою; зміст будь-якого спілкування, листування та інших комунікацій (в тому числі з використанням засобів зв'язку) адвоката, помічника адвоката, стажиста з клієнтом або особою, яка звернулася за наданням професійної правничої (правової) допомоги; зміст порад, консультацій, роз'яснень, документів, відомостей, матеріалів, речей, інформації, підготовлених, зібраних, одержаних адвокатом, помічником адвоката, стажистом або наданих ним клієнту в рамках професійної правничої (правової) допомоги чи інших видів адвокатської діяльності [1].

Ще одним спірним питанням є «термін дії» адвокатської таємниці. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» не визначає строку, протягом якого визначені суб'єкти мають обов'язок не розголошувати інформацію, що є предметом адвокатської таємниці. Виходячи з тонкої структури відносин «адвокат- клієнт», де без довіри адвокат не зможе володіти повною інформацією від клієнта, вищезазначений закон потрібно доповнити нормою про безстроковість дії адвокатської таємниці. З цього приводу слушною вбачається пропозиція науковців про запозичення зарубіжного досвіду у частині нормативного визначення адвокатської таємниці частиною публічного порядку, який має загальний характер, абсолютний і необмежений у часі [5, с. 297]

З приводу правового захисту адвокатської таємниці слід зауважити на тому, що згідно висновків Європейського суду з прав людини інформація, яка передається між адвокатом і його клієнтом користується привілейованим статусом. Водночас, цей привілейований статус не є абсолютним, оскільки існують випадки у законодавстві, коли адвокат має право, або ж зобов'язаний розкрити певну інформацію стосовно свого клієнта. З цього приводу у науковій юридичній літературі висловлюється думка про спірність таких положень, з огляду на те, що за таких обставин адвокат у руках правоохоронних органів може перетворитися на механізм зловживань та порушень прав людини і громадянина [5, с. 297]. Очевидно саме з цих міркувань у Правилах адвокатської етики закріплено заборону будь-яких обставин розголошувати відомості, що складають адвокатську таємницю, включаючи незаконні спроби органів досудового розслідування і суду допитати адвоката про обставини, що складають адвокатську таємницю, що заслуговує на підтримку.

Отже, дотримання адвокатської таємниці є вкрай важливим в контексті реалізації головної конституційної функції адвокатури – надання професійної правничої допомоги. Що в свою чергу дає можливість дотримуватися всіх основоположних принципів судочинства, особливо змагальності сторін. Довіра у взаємовідношенні «адвокат-клієнт» та професіоналізм юриста є запорукою позитивного результату того чи іншого кейсу, а отже українські правники повинні безперервно удосконалювати національне законодавство в сфері дотримання адвокатської таємниці.

Література:

1. Правила адвокатської етики. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0001891-17#Text> (дата звернення: 22.11.2022).
2. Основні положення про роль адвокатів. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_835#Text (дата звернення: 22.11.2022).
3. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17> (дата звернення: 22.11.2022).

4. Заборовський В. В., Гечка К. В. Проблемні питання визначення поняття «адвокатська таємниця». *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право.* 2014. Вип. 25. С. 274–277. URL: <https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/handle/lib/3075> (дата звернення: 22.11.2022).

5. Заборовський В.В., Гечка К.В. Проблеми правового захисту адвокатської таємниці та шляхи їх вдосконалення. *Порівняльно-аналітичне право.* 2014. № 1 С. 296–298.

Науковий керівник - М. М. Стефанчук, докторка юридичних наук, доцентка, професорка кафедри нотаріального, виконавчого процесу та адвокатури, прокуратури, судоустрою Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

*Тверитінов Я.,
18-20-01,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого*

ГАРАНТІЇ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА ЇХ ПОРУШЕННЯ

Стандарти Ради Європи та практика Європейського суду з прав людини вимагають забезпечення на національному рівні прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності. Така позиція обумовлена високими правовими стандартами будь-якої сучасної демократичної держави, а саме визнанням прав та свобод людини – найвищою соціальною цінністю, при цьому адвокатура є тим інститутом, який стоїть на сторожі цих прав. Лише сильна і незалежна адвокатура спроможна обмежити надмірне втручання держави у сферу приватних інтересів особи та є ключовим компонентом у системі забезпечення справедливого судового розгляду та дотримання прав людини.

Забезпечення гарантій адвокатської діяльності означає як відсутність протиправного впливу на адвоката з боку будь-кого, так і дотримання державою спеціальних гарантій здійснення професійної діяльності адвоката, які включають в себе, зокрема, недоторканність адвокатської таємниці та спеціальний порядок кримінального провадження щодо особи зі спеціальним статусом адвоката. Статтею 23 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [1] визначено перелік гарантій адвокатської діяльності. Зокрема,

хотілося б звернути увагу на найбільш суттєві порушення гарантій, які відбуваються на практиці.

П. 16 ч. 1 ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», яка закріплює одним із видів гарантії адвокатської діяльності – заборону ототожнювати адвоката з клієнтом. Йдеться про надання адвокату характеристик, притаманних його клієнту, коли адвоката сприймають за пособника у вчиненні злочину. Ототожненням може бути як приписування адвокату загалом ознак злочинця, так і надання йому інших неприємних характеристик. Такі ототожнення адвоката з клієнтом завжди відбуваються з одночасним порушенням презумпції невинуватості. Втім це порушення гарантій прав адвоката настільки масово вчиняється як сторонами процесів, судьями, ЗМІ, так і загалом в суспільстві, що НААУ з цього приводу рішенням № 49 від 05 серпня 2020 року затвердила Роз'яснення положення статті 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» щодо заборони ототожнення адвоката з клієнтом [2].

П. 11 ст. 23 Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність» прямо заборонено втручання у правову позицію адвоката. Але держава, наділивши адвокатуру статусом незалежної інституції, сама ж в особі органів правопорядку, судових органів, прокуратури втручається у діяльність адвокатів та здійснює на них тиск. Або з метою змусити адвоката змінити чи взагалі відмовитися від правової позиції, яка сформована ним у конкретному процесі, або для створення умов, коли участь адвоката у процесі взагалі не є можливою. При цьому, законодавством не визначено конкретного переліку дій, які можна вважати саме втручанням в адвокатську діяльність, тому кожен тлумачить їх на свій розсуд.

П. 4 ст. 23 Закону України «Про адвокатуру і адвокатську діяльність» встановлює заборону проведення огляду, розголошення, витребування чи вилучення документів, пов'язаних із здійсненням адвокатської діяльності. Не додержуючись процесуальних вимог під час досудового розслідування

стосовно адвокатів проводяться слідчі та інші процесуальні дії, обшуки в офісі адвоката, вилучаються речі, які не були санкціоновані судом, що має наслідком порушення адвокатських гарантій, меж конфіденційності щодо кореспонденції між адвокатом і його клієнтом, у межах відносин, пов'язаних із виконанням адвокатом своїх професійних обов'язків.

Отже, незалежна та професійна діяльність адвоката підкріплена низкою державних гарантій адвокатської діяльності, це зумовлює можливість надання адвокатурою вчасної, доступної, якісної та висококваліфікованої правничої допомоги з метою забезпечення ефективного захисту та відновлення прав і свобод людини й громадянина. У цьому сенсі надання професійної правничої допомоги адвокатом, є одним із ключових інструментів реалізації конституційного права на професійну правничу допомогу, гарантованого статтею 59 Конституції України. Тому, адвокатуру в сучасній правовій системі визнають важливим елементом механізму забезпечення права на справедливий суд, про що свідчить визначення її конституційно-правового статусу в розділі VIII «Правосуддя» Конституції України.

Перешкоджання адвокатській діяльності веде до втрати довіри до системи правосуддя в державі Україна, а свідоме порушення її гарантій представниками органів державної влади ставить під сумнів ефективність проведення реформи правоохоронної системи та свідчить про невідповідність високим європейським правовим стандартам, до яких прагне Україна.

Література:

1. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 5 липня 2012 року № 5076-VI
2. Рішення Ради адвокатів України «Про недопущення ототожнення адвокатів з клієнтами та втручання в професійні права адвокатів» №49 від 05 серпня 2020 року

Науковий керівник - Вільчик Т., докторка юридичних наук, професорка, кафедра цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Ткаченко А.,

18-21-01

*Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого*

ЩОДО ДОЦІЛЬНОСТІ ДОПУСКУ ІНОЗЕМЦІВ ДО АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ

Редакція Закону України «Про адвокатуру» від 19 грудня 1992 року у статті 2 визначала адвоката як *громадянина України*, що відповідає встановленим освітньо-кваліфікаційним та іншого характеру вимогам [1, ст.2]. Інакше кажучи, вищевказаний закон прямо не передбачав можливості здійснення іноземцями адвокатської діяльності на території України, що неодноразово піддавалось критиці як науковцями, так і практикуючими юристами.

З огляду на попереднє, вже 16 листопада 2006 року парламентом – Верховною радою України – було внесено зміни до Закону України «Про адвокатуру» суть яких полягала у тому, що відтепер адвокатом іменувався не тільки громадянин України, а *особа* (дане поняття, в контексті запропонованого закону тотожно поняттю «фізична особа», що об'єднує громадян, іноземців та осіб без громадянства). Саме з внесенням вказаних змін, було закладено основу діяльності адвокатів-іноземців у межах національної правової системи [1, ст.2].

Варто відзначити, що у чинному Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (редакція від 16.07.2021 року) право на зайняття адвокатською практикою закріплюється не лише за громадянами, а й за іншими особами, не залежно від характеру їх політико-правового зв'язку з державою Україна. Окрім того, діяльність іноземних адвокатів в Україні прямо регламентується у статтях 59-61 (розділ VIII) Закону [2, ст. 2, 59-61].

Відповідно до частини 1 статті 59 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», *«Адвокат іноземної держави може здійснювати адвокатську діяльність в Україні з урахуванням особливостей, визначених цим Законом»*. Інакше кажучи, нині правовий статус іноземного адвоката в Україні

підлягає реалізації, однак, з встановленими на законодавчому рівні відмінностями, у порівнянні з правовим статусом адвокатів-громадян України [2, ч.1 ст. 59].

При чому, порядок допуску іноземного адвоката до практики в Україні є досить ліберальним, і передбачає, фактично, автоматичне включення адвоката-нерезидента до ЄРАУ, адже для цього останньому достатньо лише подати до Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатів (КДКА) за місцем свого проживання чи перебування в Україні заяву про включення до Єдиного реєстру адвокатів України (ЄРАУ) та документи, що підтверджують право адвоката на заняття адвокатською діяльністю у іноземній державі [2, ч.2 ст. 59].

Відразу після внесення іноземного адвоката до ЄРАУ його діяльність вважається легалізованою на території України, а отже – на нього поширюються всі права та гарантії адвокатської діяльності, передбачені законом, що, зокрема, включають юридичне закріплення рівності прав з іншими адвокатами, можливості безперешкодного надання правових послуг, пов'язаних із захистом або представництвом, правовим консультуванням тощо. Поряд з цим, на іноземців-адвокатів, що на законних підставах провадять адвокатську діяльність на території України, поширюється також гарантія, суть якої полягає у забороні третім особам здійснювати протиправне втручання у професійну діяльність адвокатів-нерезидентів.

Водночас, правильно було відзначити і те, що адвокати іноземних держав, що легалізували власну діяльність на території України, зобов'язані виконувати ті ж обов'язки, що й адвокати з українським громадянством, зокрема, іноземний адвокат сплачує щорічні внески на забезпечення діяльності адвокатського самоврядування України [3].

У цілому, такий підхід до юридичної регламентації відповідає міжнародному стандарту, визначеному, зокрема, у Основних положеннях про роль адвокатів, що були прийняті VIII Конгресом ООН по запобіганню злочинам у серпні 1990 року. Дані Положення становлять чіткий обов'язок для

національних урядів сприяти і забезпечувати належну роль адвокатів (у тому числі іноземних), зокрема, шляхом втілення правових гарантій їх діяльності [4].

Усе вище вказане – засвідчило реальне прагнення національного законодавця забезпечити органічний (а не номінальний) доступ закордонних фахівців до сектору правових послуг та створення належних умов для ефективної діяльності адвокатів-іноземців в Україні.

Водночас, після встановлення такого підходу до юридичної регламентації діяльності іноземних адвокатів в Україні у науково-правових колах виникли свого роду дискусії, котрі ставили під сумнів взагалі доцільність надання адвокатам-нерезидентам права практикувати на території України. Так, наприклад, Клименко А.С. у своїй роботі зазначає наступне: «рациональность и целесообразность введения данного правового института (института иноземной адвокатуры в Украине – авт.)...является...дискуссионной...рынок адвокатов – переполнен и без наличия иностранцев, что это может повлечь к крайне негативным последствиям, а именно: обильному росту безработицы среди украинских юристов» [5].

Категорично відкидаємо дану тезу, навпаки вважаючи, що добросесна конкуренція в адвокатській професії (котра створюється, у тому числі, за рахунок інституту адвокатів-нерезидентів в Україні) є суто позитивним явищем, адже вона дозволяє лише адвокатам, що надають максимально якісні послуги, займати найвищі положення в адвокатурі, отримуючи від цього відповідне визнання та дохід. Крім того, закріплення за іноземними адвокатами права здійснювати адвокатську діяльність на території української держави є одним з найбільш серйозних кроків у євроінтеграційному процесі; вдалим законотворчим рішенням, котре поступово виводить Україну на якісно-новий рівень надання правової допомоги, що відповідає загальноприйнятому міжнародно-правовому стандарту.

При цьому, не зважаючи, на те, що було зазначено вище, на наш погляд, порядок допуску іноземних адвокатів в Україні не має бути настільки автоматичним. Впевнені, що у подальшому, повинні бути встановлені

ефективні механізми з приводу перевірки освітньо-кваліфікаційного рівня (реального рівня підготовки) власника виданого за кордоном адвокатського документа (свідоцтва, ліцензії тощо). Останнє дозволить уникнути небезпеки, коли національна правова система наповниться адвокатами-іноземцями кваліфікація яких не відповідатиме мінімальним стандартам.

Окрім того, задля зменшення ризиків ведення адвокатами-іноземцями колабораційної та агентурної діяльності на території України вважаємо за доцільне обмежити їх право бути представниками у справах, що стосуються державної (військової) таємниць, зокрема, у провадженнях, відкритих у зв'язку зі вчиненням особою діяння, що має ознаки кримінального правопорушення, передбаченого статтями 111 «Державна зрада», 114 «Шпигунство», 328 «Розголошення державної таємниці» тощо.

Література:

1. Про адвокатуру: Закон України № 2887-ХІІ від 19 грудня 1992 р. // Відомості Верховної Ради України 1993 р., № 9, ст. 62
2. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України № 5076-VI від 05.07.2012 р. // Відомості Верховної Ради України. - 2012 р., № 62. 17 с.
3. Про затвердження роз'яснення щодо можливості адвоката іноземної держави бути учасником (засновником) адвокатських об'єднань в Україні: Рішення НААУ № 54 від 03.07.2021 року. URL: <http://surl.li/dxkijn> (дата звернення - 03.12.2022 року)
4. Основні положення про роль адвокатів: прийняті VIII Конгресом ООН по запобіганню злочинам у серпні 1990 р. // Право України. 2012. № 7. С. 246–249.
5. Клименко А. С. Порядок допуска адвокатов-иностранцев к адвокатской деятельности / А. С. Клименко // Адвокатура: минуле та сучасність: матер. II міжнар. наук. конф. молодих вчених, аспір. та студ. (м. Одеса, 2 березня 2013 р.) / відп. за вип. д.ю.н., проф. В.М. Дрьомін ; Націон. ун-т «Одеська юридична академія». – Одеса : Фенікс, 2013. – С.421-423.

Науковий керівник – Т.Б. Вільчик, докторка юридичних наук, професорка кафедри цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

*Челяда А., 4-22м-01,
Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого*

ОСОБЛИВОСТІ НАДАННЯ БЕЗОПЛАТНОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ НАСЕЛЕННЮ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ

Після початку повномасштабної війни, яку розпочала Російська Федерація проти України, національний правопорядок зазнав істотних змін. [1]

Система БПД повинна функціонувати в Україні як ефективний правовий інститут, що забезпечує реалізацію права на доступ до правосуддя. Правова допомога в сучасних умовах соціально-економічного розвитку – постійний процес, адже щоденно люди потребують послуг зі складання різного роду правових документів, представництва інтересів в суді або ж просто отримання правових консультацій чи роз'яснень від кваліфікованих правників. На жаль, фінансове становище не завжди дозволяє особі оплатити послуги правового характеру, тому держава гарантувала на законодавчому рівні можливість надання правової допомоги на безоплатній основі для окремих категорій громадян. [2] Завдяки системі надання БПД реалізується конституційне право українців на правовий захист, забезпечуються рівні можливості для кожного вирішувати свої життєві проблеми у правовий спосіб, створили реальні можливості для запобігання порушенням прав людини та захисту прав людини. Проте, не можна говорити, що існуюча зараз в Україні система надання БПД є реально ефективною в умовах воєнного стану.

Для цього є об'єктивні причини, зокрема збільшення кількості запитів для одержання БПД, відсутність доступу до надання БПД для громадян на тимчасово окупованих територіях і районах ведення бойових дій, проблеми кадрового забезпечення органів БПД, розширення кола суб'єктів, які

потребують надання правової допомоги на безоплатній основі, необхідність організувати процес надання правової допомоги із дотриманням правил безпеки. Сьогодні в умовах загострення соціально-економічних проблем, динамічного розвитку законодавства в період військового стану, підкреслюється актуальність надання БПД якісно, оперативно, а також з урахуванням дотримання правил безпеки.

В умовах воєнного стану постає питання майже цілодобового надання правової допомоги населенню України та різкому зростанню категорій осіб, які потребують саме безоплатної правової допомоги. Оскільки зростає кількість внутрішньо переміщених осіб, які є розгубленими, перебувають у тяжкому психологічному стані, багато з яких залишилися без належних житлових умов, втратили своє майно, не мають грошових коштів, але потребують якісної допомоги з боку фізичних та юридичних осіб, які можуть надавати таку допомогу на підставі законодавства. [3]

Так, у зв'язку із введенням в Україні воєнного стану, Указом Президента України № 64/2022 від 24 лютого 2022 року було передбачено, що тимчасово, на період дії правового режиму воєнного стану можуть обмежуватися конституційні права і свободи людини і громадянина, передбачені статтями 30 - 34, 38, 39, 41 - 44, 53 Конституції України, а також вводиться тимчасові обмеження прав і законних інтересів юридичних осіб в межах та обсязі, що необхідні для забезпечення можливості запровадження та здійснення заходів правового режиму воєнного стану, які передбачені частиною першою статті 8 Закону України «Про правовий режим воєнного стану». Таким чином Президентом України було додатково задекларовано положення Конституції України, відповідно до яких окремі права людини можуть бути тимчасово обмежені, і аж ніяк не скасовані. При цьому конституційне право на отримання безоплатної правової допомоги, яке передбачене ст. 59 Конституції України, не може бути обмежене навіть в умовах воєнного стану. Більше того, можливість реалізації громадянами свого права на безоплатну правову допомогу в умовах воєнного стану є гарантією реалізації інших конституційних прав. Тому

ефективне функціонування центрів з надання безоплатної вторинної правової допомоги має вкрай важливе значення.

Такий підхід Координаційного центру з надання правової допомоги щодо переходу на дистанційне надання безоплатної правової допомоги був зумовлений насамперед тим, що безоплатна правова допомога повинна надаватися громадянам за умови забезпечення безпеки для життя і здоров'я, як людей, які потребували правової допомоги, так і штатних юристів та адвокатів системи безоплатної правової допомоги.

Поряд з цим, актуальною проблемою в даному питанні є те, що Законом України «Про безоплатну правову допомогу» чітко не передбачено можливості звернення за безоплатною вторинною правовою допомогою засобами електронного зв'язку з використанням кваліфікованого електронного підпису, оскільки частиною четвертою статті 18 згаданого Закону передбачена вимога подати документи, що підтверджують належність особи до однієї з вразливих категорій осіб, хто має право на безоплатну вторинну правову допомогу. У свою чергу, даним Законом також не встановлена обов'язкова вимога щодо подання таких документів особисто особою у письмовому вигляді. Механізмом вирішення даної проблеми було б використання не тільки законодавства у сфері безоплатної правової допомоги, але і інших норм права, зокрема, положення ч. 4 ст. 18 Закону України «Про електронні довірчі послуги», відповідно до якої, кваліфікований електронний підпис має таку саму юридичну силу, як і власноручний підпис, та має презумпцію його відповідності власноручному підпису.

Враховуючи викладене, національне законодавство створило передумови для стабільного функціонування державних центрів безоплатної вторинної правової допомоги, у тому числі в умовах воєнного стану. Проте стрімке зростання кількості випадків вчинення тяжких військових злочинів з боку агресора на території України створює нові виклики для системи безоплатної правової допомоги у питанні підвищення спроможності надавати якісну

правову допомогу постраждалим від таких злочинів, оскільки до 24 лютого 2022 року такі питання були нетиповими для українських правозахисників.

Література:

1. Щодо роботи системи БПД в умовах воєнного стану [Електронний ресурс] – Режим доступу до ресурсу: <https://www.legalaid.gov.ua/novyny/shhodorobty-systemy-bpd-v-umovah-voennogo-stanu/>
2. О. Л. Литвин кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри адміністративного і кримінального права Дніпровського національного університету імені Олеся Гончара orcid.org/0000-0003-0361-7316 ОСОБЛИВОСТІ НАДАННЯ БЕЗОПЛАТНОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ НАСЕЛЕННЮ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ Режим доступу: http://jes.nuoua.od.ua/archive/2_2022/17.pdf
3. Про безоплатну правову допомогу. Закон України від 02.06.2011 р. № 3460-VI. Відомості Верховної Ради України. 2011. № 51. Ст. 1. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/3460-VI>
4. Конституція України. Закон України від 28.06.1996 р. Відомості Верховної Ради України. 1875-IV. Ст. 59. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/1875-IV>
5. Безоплатна правова допомога під час війни: де і як можна отримати консультацію. Поради юриста: інформаційно-правовий портал. URL: <https://porady.org.ua/bezoplatna-pravova-dopomoha-pid-chas-viyny-de-i-yakmozhna-otrymaty-konsultatsiyu>

Науковий керівник – Т.Б. Вільчик, докторка юридичних наук, професорка кафедри цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Чуєнко О.,
04-22м-01

*Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого*

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОСТУПУ ДО ПРАВА НА БЕЗОПЛАТНУ ПРАВОВУ ДОПОМОГУ В ПРАКТИЦІ ЄСПЛ

Право на безоплатну допомогу захисника чітко встановлюється в Статті 6 ЄКПЛ та в Статті 14 Міжнародного Пакту про громадянські і політичні права та становить невід’ємну частину права особи на доступ до суду [1], [2]. Кожна держава повинна забезпечити ефективну систему надання допомоги з

урахуванням мінімальних стандартів, на які орієнтує, зокрема Страсбурзький суд у своїх рішеннях.

Так окремим аспектам забезпечення права на безоплатну правову допомогу в контексті аналізу практики ЄСПЛ присвячували свої дослідження ряд українських вчених, серед яких можна виділити Т. Б. Вільчик [3], О. Р. Балацьку [4], С. В. Оверчука [5].

На думку С. В. Оверчука забезпечення справедливості і ефективності процедур вирішення питання про надання субсидованої юридичної допомоги, розглядається як позитивний обов'язок держави, однак, безкоштовна допомога юриста не є безумовним правом кожного – можливість її отримання є додатковою гарантією доступу до правосуддя [5].

У цьому контексті доцільно звернути увагу, що таке наявність такого права визначається існуванням двох умов – відсутність коштів в особи та вимога інтересу правосуддя. Дані умови отримали назви тесту на нужденність та тесту по суті.

Підходи до формулювання фінансового критерію формуються законодавством кожної конкретної держави та залежать від правової традиції, історичних умов, бюджету тощо. При цьому тягар доведення недостатності коштів покладається саме на особу, яка потребує допомоги, а відмова має ґрунтуватися на відповідних нормах закону.

Для визначення наявності інтересу правосуддя мають братися до уваги тяжкість злочину, складність справи та соціальний стан особи. Також у будь-якому разі судами враховується неможливість реалізації права на правову допомогу іншим способом, а також законодавче закріплення обов'язкової участі захисника для певної категорії справ. Крім того, Резолюція 78 (8) Комітету Міністрів РЄ про безоплатну правову допомогу та юридичні консультації формулює вимоги, пов'язані з фінансовими можливостями та очікуваними судовими витратами [6]. Зазначеним документом ще раз підтверджується позитивний обов'язок держави вживати необхідних заходів, щоб довести порядок надання безоплатної правової допомоги до відома

широкого загалу та всіх зацікавлених сторін, зокрема тих державних органів, до яких можуть звертатися особи.

В Україні право на безоплатну правову допомогу є конституційно закріпленою гарантією, процедура ж регулюється спеціальним законом та Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [7], [8]. Усталеною є позиція, що право на БПД як і право на доступ до суду не є абсолютним та може піддаватися обмеженням. Відповідно українське законодавство містить визначений перелік підстав та обмежень на отримання допомоги.

Значна кількість рішень ЄСПЛ пов'язана з процедурою надання правової допомоги, яка має бути прозорою та зрозумілою для громадян. Серед поширених порушень можна виділити недостатнє обґрунтування причин відмови, пасивність судових органів, недостатнє фінансування системи та неналежний рівень кваліфікації суб'єктів надання.

Отже, з огляду на фундаментальний характер права на правову допомогу та необхідність його ефективного функціонування у правовій державі при застосуванні відповідних положень законодавства вітчизняні суди мають враховувати прецедентну практику ЄСПЛ, у якій містяться важливі положення щодо умов права на БПД та доступу до неї.

Література:

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (з протоколами) (Європейська конвенція з прав людини): міжнародний документ від 04.11.1950. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text.

2. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права: міжнародний документ від 16.12.1966. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text.

3. Т. Б. Вільчик. Право на безоплатну правову (юридичну) допомогу по цивільних справах у практиці Європейського суду з прав людини. Форум Права. 2022. № 73(2). С. 40-52. URL: <https://zenodo.org/record/6471073#.Y4HrRjPvZIU>.

4. О. Р. Балацька. Окремі проблеми забезпечення адвокатом права на захист в контексті практики Європейського суду з прав людини. Вісник кримінального судочинства. 2018. №1/2018. С. 8-15.

5. С. В. Оверчук. Умови надання безоплатної правової допомоги в контексті прецедентної практики Європейського суду з прав людини. Часопис Національного університету «Острозька академія». 2016. № 1(13). С. 1-43.

6. Резолюція (78) 8 Комітету Міністрів Ради Європи про безоплатну правову допомогу та юридичні консультації: міжнародний документ від 02.03.1978. URL: http://www.arbitr.gov.ua/files/pages/pd07072014_3.pdf.

7. Про безоплатну правову допомогу: Закон України від 02.06.2011 № **3460-VI**. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17#Text>.

8. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 № **5076-VI**. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text>.

Науковий керівник – Т.Б. Вільчик, докторка юридичних наук, професорка кафедри цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого