



Нана Бакаянова

докторка юридичних наук, доцентка,
завідувачка кафедри організації судових,
правоохоронних органів та адвокатури
Національного університету “Одеська юридична академія”,
адвокатеса
(Одеса, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7669-0576>
7777735@ukr.net

DOI: 10.33498/opus-2019-12-131

УДК 347.963 (477)

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДІЯЛЬНОСТІ АДВОКАТУРИ У НОВИХ РЕАЛІЯХ СУСПІЛЬНОГО ЖИТТЯ

Анотація. Масштабні зміни у суспільному житті, які мають стати наслідком нового політичного курсу, спрямованого на подолання корупційних явищ і дисбалансу у правоохоронній діяльності, удосконалення правозахисної сфери, реалізацію завдань правосуддя, можливі за умови проведення системних реформ. Активна законотворча діяльність вимагає ретельного дослідження стану законодавства та змісту законопроектних ініціатив із позицій теорії та практики, зарубіжного досвіду задля вироблення ґрунтовних рекомендацій у цій сфері.

Метою статті є всебічний аналіз конституційно-правового регулювання адвокатури України у нових суспільно-політичних умовах, вивчення наукових джерел і відповідних проектів законодавчих актів у досліджуваній сфері та вироблення науково обґрунтованих пропозицій, спрямованих на удосконалення законодавства про адвокатуру та адвокатську діяльність, практики його застосування.

Наголошується, що однією з найважливіших проблем адвокатури на сучасному етапі судово-правової реформи є визначення того обсягу реформування, який дійсно є необхідним для належної реалізації функцій адвокатури. Висловлено аргументи на користь позиції, що чинне законодавство про адвокатуру та адвокатську діяльність переважно відповідає міжнародним стандартам у цій сфері. Водночас практичні проблеми здійснення адвокатської діяльності та організації адвокатури дають змогу сформулювати напрями подальшого розвитку законодавства, беручи до уваги реальні потреби суспільства у сфері надання професійної правничої допомоги та гарантій адвокатської діяльності. Саме з цих позицій надано оцінку законопроектним пропозиціям і шляхам подальшого вдосконалення діяльності адвокатури.

Підтримано законодавчу ініціативу про розширення можливостей самопредставництва органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, інших юридичних осіб незалежно від порядку їх створення в суді.

З критичних позицій оцінено пропозицію скасування у тексті Конституції України виключного права на представництво адвокатами осіб у судах; виключення із Закону України “Про адвокатуру та адвокатську діяльність” вимог щодо несуміс-

© Нана Бакаянова, 2019

Нана Бакайнова

ності, запровадження діяльності адвоката за трудовим договором, притягнення адвокатів до дисциплінарної відповідальності виключно за діяння, вчинені під час здійснення адвокатської діяльності, віднесення Єдиного реєстру адвокатів України до системи публічних реєстрів та зміна його назви; спрощення процедури порушення кримінального провадження щодо адвокатів.

Висловлено пропозиції стосовно подальших напрямів удосконалення організації та діяльності адвокатури, насамперед щодо посилення незалежності адвокатури та гарантій адвокатської діяльності.

Зауважено, що оновлення законодавства про адвокатуру потребує кореляції, з огляду на досвід функціонування адвокатури в Україні та європейських державах, тенденцій розвитку адвокатської діяльності у сучасному світі.

Ключові слова: адвокат; адвокатура; адвокатська діяльність; адвокатське самоврядування; професійна правнича допомога; реформування.

Проголошення політичного курсу, спрямованого на оновлення усіх сфер суспільного життя, подолання корупції, реалізацію завдань судової влади, перезавантаження правоохоронних органів, обумовило активізацію різних напрямів судово-правової реформи, зокрема й реформування адвокатури. Визначення змісту та обсягу змін до законодавства про адвокатуру й адвокатську діяльність є необхідним на цьому етапі реформи.

Аналіз наукових досліджень вказує на те, що серед правників немає однастайності у поглядах щодо напрямів удосконалення діяльності органів адвокатського самоврядування, правового статусу адвоката та в інших важливих для сучасної адвокатури питаннях. Утім, науковці єдині у тому, що вдосконалення законодавства про адвокатуру й адвокатську діяльність потребує системного підходу, виваженості та обґрунтованості. Проблеми організації та діяльності адвокатури, перспективи її реформування в умовах реалізації судово-правової реформи досліджувалися такими вітчизняними та зарубіжними вченими, як М. Аракелян, А. Бірюкова, Т. Варфоломеева, Т. Вільчик, С. Гончаренко, В. Заборовський, С. Іваницький, М. Погорецький, С. Прилуцький, О. Святоцький, В. Святоцька, С. Фурса, О. Яновська та ін. Водночас зміни у соціально-політичному житті й активізація законотворчого процесу вимагають подальшого ретельного дослідження цих питань із позицій теорії та практики, зарубіжного досвіду задля вироблення пропозицій і рекомендацій у цій сфері.

Метою дослідження є всебічний аналіз конституційно-правового регулювання адвокатури України у нових суспільно-політичних умовах, дослідження наукових джерел і відповідних проєктів законодавчих актів у цій сфері та вироблення науково обґрунтованих пропозицій, спрямованих на удосконалення законодавства про адвокатуру й адвокатську діяльність, практики його застосування.

Законотворчий процес в усі часи здійснюється з метою належного врегулювання суспільних правовідносин. Прийняття нових законодавчих актів завжди передбачає, що чинні закони вже не відповідають існуючим реаліям, у зв'язку з їхньою недієвістю, неефективністю, нездатністю забезпечити функціонування правових інститутів. У контексті питання, що досліджується, важливо, щоби законодавство про адвокатуру й адвокатську діяльність відповідало вимогам сьогодення, тій системі координат, яка формується у нових реаліях суспільного життя.

За майже 20 років дії Закону України “Про адвокатуру” суспільство мало можливість відчувати, як змінюється адвокатура. Адвокатська професія відродила свій ліберальний дух, свободу від партійного та політичного контролю, вказівок органів державної влади та органів місцевого самоврядування. За ці роки відбувся повний перехід від виключно колегіальної форми роботи у складі юридичних консультацій, що діяли при колегіях адвокатів, до різноманітних форм адвокатської практики.

Водночас чимало питань організації та діяльності адвокатури залишилися неврегульованими, а певні нововведення обернулися “іншою стороною монети”. Так, в адвокатуру потрапило чимало осіб, які згодом не практикували взагалі або неналежно здійснювали адвокатську діяльність. Відсутність сформованої системи адвокатського самоврядування, дієвих гарантій адвокатської діяльності, неврегульованість різних аспектів організації адвокатської практики вимагали переосмислення положень законодавства, приведення його у відповідність до міжнародних стандартів.

Чинний Закон України “Про адвокатуру та адвокатську діяльність” (далі – Закон)¹ удосконалив загальні засади адвокатської діяльності та діяльності адвокатури України; запровадив систему органів адвокатського самоврядування, визначив їхні повноваження; розширив види адвокатської діяльності, професійні права та обов'язки адвокатів, гарантії адвокатської діяльності; передбачив функціонування Єдиного реєстру адвокатів України; встановив процедуру притягнення адвокатів до дисциплінарної відповідальності; визначив допуск адвокатів іноземних держав до здійснення адвокатської діяльності в Україні; врегулював інші важливі питання діяльності адвокатури.

Створення Національної асоціації адвокатів України (далі – НААУ) стало, мабуть, найважливішою новацією Закону.

Адвокатська діяльність є соціально обумовленою, при чому, на перший погляд, незалежно від організації адвокатури. Кожен, хто потребує

¹ Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>> (дата звернення: 14.10.2019).

Нана Бакайнова

професійної правничої допомоги, цікавиться не так тим як організована адвокатура, як якістю, повнотою та своєчасністю допомоги, яка надається адвокатом, його незалежністю при здійсненні захисту прав і свобод. Проте саме особливості організації адвокатури формують характеристики правового статусу адвоката, обумовлюють виконання функцій адвокатури. Завдання адвокатури можуть бути реалізовані лише за умови такої організації адвокатури, яка слугує її функціональному призначенню.

Світовий досвід свідчить про те, що найбільш ефективним в організаційному аспекті є об'єднання адвокатів у незалежну, самоврядну професійну організацію. Саме тому одним із міжнародних зобов'язань України було заснування професійної асоціації адвокатів відповідно до п. 11 Висновку № 190(1995) Парламентської Асамблеї Ради Європи щодо вступу України до Ради Європи від 26 вересня 1995 р.

Діяльність НААУ спрямована на забезпечення реалізації завдань адвокатського самоврядування, підвищення якості професійної правничої допомоги, захист прав і законних інтересів адвокатів. Критичні зауваження щодо проблематики адвокатського самоврядування, із переходом на особистості, вказують на необхідність подальшого удосконалення у цій сфері, проте не здатні перекреслити значення професійної єдності адвокатів. Сім років функціонування НААУ підтвердили дієвість міжнародного стандарту організації адвокатури у незалежну професійну організацію та показали роль НААУ у сприянні розвитку та зміцненню інституту адвокатури в Україні.

Окремою віхою реформування стали зміни до Конституції України (щодо правосуддя)², які набрали чинності 30 вересня 2016 р., відповідно до яких змінився конституційно-правовий статус адвокатури України: положення ст. 59 Конституції України було змінено – замість права кожного на правову допомогу державою задекларовано право на професійну правничу допомогу, із тексту цієї статті також вилучено положення, які визначали роль адвокатури – їх перенесено до розділу VIII Основного Закону “Правосуддя”; ст. 131² визначено, що адвокатура, незалежність якої гарантується, діє для надання професійної правничої допомоги, при цьому встановлено виключне право адвокатів на представництво осіб у судах і захист від кримінального обвинувачення.

Таким чином, законодавець на конституційному рівні визначив адвокатуру як невід’ємний елемент системи правосуддя. Вбачається, що з цієї позиції й повинні оцінюватися напрями подальшого реформування адвокатури України.

www.pravoua.com.ua

² Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України від 2 червня 2016 р. № 1401-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1401-19>> (дата звернення: 05.11.2019).

Важливою законодавчою ініціативою сьогодення є законопроект “Про внесення змін до Конституції України (щодо скасування адвокатської монополії)” (далі – проєкт № 1013)³, яким передбачається вилучення з Основного Закону положень, які закріплюють виключне право адвокатів на здійснення представництва осіб у судах.

З’ясовуючи, чи дійсно скасування виключного права адвокатів на здійснення представництва осіб у судах є необхідним, слід звернутися до системного зв’язку судового представництва з професійною правничою допомогою.

Конституційне право кожного на професійну правничу допомогу є одним із найважливіших правових засобів, необхідним елементом механізму забезпечення всіх інших прав і свобод людини та громадянина. У системі прав людини право на професійну правничу допомогу є специфічним правом, оскільки при його реалізації здійснюється захист інших прав і свобод.

У 2016 р. ст. 59 Конституції України закріпила право кожного на професійну правничу допомогу замість права на правову допомогу.

Різні підходи до визначення понять “правова допомога”, “юридична допомога”, “правнича допомога”, “право на допомогу адвоката”, “право мати захисника” спостерігаються як у міжнародному праві, так і в конституційному праві зарубіжних країн.

У Стандартах Організації Об’єднаних Націй під правовою допомогою розуміється надання правової консультації бідним і незаможним особам, юридична допомога будь-яким законним способом і вчинення адвокатом правових дій для захисту інтересів клієнта та право на отримання правової допомоги в судах⁴. Рада Європи правову допомогу тлумачить як можливість особи використовувати або захищати свої права в будь-яких судах, право відшкодувати всі судові витрати, понесені особою, якій надається правова допомога під час захисту своїх прав (гонорар адвоката, судовий збір, витрати на експертизу, відшкодування витрат свідків і витрати на перекладача)⁵.

Т. Вільчик зазначає, що змістом права на правову допомогу є гарантована державою можливість будь-якій особі незалежно від характеру її правовідносин із державними органами, органами місцевого самоврядування, об’єднаннями громадян, юридичними та фізичними особами

³ Проект Закону про внесення змін до Конституції України (щодо скасування адвокатської монополії) від 29 серпня 2019 р. № 1013 <https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=66242> (дата звернення: 05.11.2019).

⁴ Резолюція (78) 8 Комітету міністрів про юридичну допомогу та консультації від 2 березня 1978 р. <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_132> (дата звернення: 01.11.2019).

⁵ О Банчук, *Правова допомога: зарубіжний досвід та пропозиції для України* (Факт 2004) 112.

Нана Бакаєнова

вільно, без неправомірних обмежень отримувати допомогу з юридичних питань в обсязі і формах, як вона того потребує⁶.

Відповідно до ст. 1 Закону України “Про безоплатну правову допомогу” правовою допомогою є надання правових послуг, спрямованих на забезпечення реалізації прав і свобод людини та громадянина, захисту цих прав і свобод, їх відновлення у разі порушення. При цьому правовими послугами поряд із наданням правової інформації, консультацій і роз’яснень із правових питань чи складенням заяв, скарг, процесуальних та інших документів правового характеру є також здійснення представництва інтересів особи в судах, інших державних органах, органах місцевого самоврядування, перед іншими особами.

Закон встановлює первинну (надається не адвокатами) та вторинну безоплатну правову допомогу (надається виключно адвокатами)⁷. Важливо зазначити, що *представництво осіб у судах при цьому входить до змісту поняття “вторинна безоплатна правова допомога”*.

Особливістю правовідносин у сфері *правової* допомоги є те, що для її надання непотрібно обов’язково мати спеціальні правові знання. Ті чи інші правові знання мають не лише особи з юридичною освітою: кожна дієздатна особа має елементарні правові знання, набуті нею як членом суспільства. Такі знання вона отримує, оскільки з моменту народження стає учасником правовідносин, повсякденно вступає у них, навіть не завжди осмислюючи це. Як і кожна особа, яка має елементарні медичні знання, волею випадку може стати суб’єктом надання первинної медичної допомоги, так само вона може бути й суб’єктом надання правової допомоги.

Таким чином, правову допомогу може надавати будь-яка дієздатна особа іншій особі, з огляду на наявність у неї побутових правових знань, сформованих як у члена суспільства. Особа без спеціальних правових знань може самостійно вчиняти процесуальні дії у суді, стати учасником судочинства, так само вчиняти такі дії і за іншу особу; це не потребує спеціальних правових знань, але є правовою допомогою. Безумовно, якість такої правової допомоги у кожному випадку буде різною, адже залежатиме від рівня тих правових знань, що є у представника. Гарантувати якість такої допомоги держава не зобов’язана. Держава гарантує право на *професійну правничу допомогу*, яке на відміну від права на *правову допомогу*, передбачає допомогу спеціального суб’єкта – *правника*, причому відповідно до ч. 1 ст. 131² Конституції України надання професійної

www.pravoua.com.ua

⁶ Т Вільчик, ‘Адвокатура як інститут реалізації права на правову допомогу: порівняльно-правовий аналіз законодавства країн Європейського Союзу та України’ (дис д-ра юрид наук, 2016).

⁷ Про безоплатну правову допомогу: Закон України від 2 червня 2011 р. № 3460-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17>> (дата звернення: 05.11.2019).

правничої допомоги покладається державою на адвокатуру. *Зважаючи на текст Основного Закону, право на професійну правничу допомогу, яке проголошується у ст. 59, у контексті положень 131² слід розуміти як право на допомогу адвоката.*

Конституція та закони України не містять поняття “адвокатська монополія”, застосованого у назві проекту № 1013. Сам собою термін “адвокатська монополія” є надзвичайно дискусійним. Більш відповідає законодавчій техніці поняття виключного представництва адвокатами осіб у судах під час здійснення цивільного, господарського та адміністративного судочинства, а також під час розгляду справ про адміністративні правопорушення.

У сучасному світі не існує такої моделі адвокатури, яку можна було б визнати виключним, ідеальним варіантом, вартим поширення у кожній країні. Формування тієї чи іншої моделі організації та діяльності адвокатури обумовлено історичними, культурними, правовими традиціями та багатьма іншими факторами. Проте встановлення єдиних стандартів до діяльності захисників і представників є логічним етапом еволюції правової системи, а повернення до нерегульованого представництва стане кроком назад, що відобразиться на якості судового процесу, часі розгляду справ, стані правосуддя тощо. Скасування виключного права на представництво адвокатами осіб у судах призведе до діяльності в одному судовому процесі представників із різним правовим статусом (юристів, не юристів та адвокатів), із різною фаховою підготовкою та обсягом відповідальності.

Як основний аргумент на підтримку проекту № 1013 наводиться те, що *це питання не регулюється на конституційному рівні, воно стосується процесуального законодавства*⁸. Утім, він є сумнівним, якщо на нього опиратися задля обґрунтування зміни тексту Основного Закону. Оскільки не лише процесуальним законодавством охоплюється функціональне призначення адвокатури. Наприклад, ч. 3 ст. 10 Закону України “Про судоустрій та статус суддів” закріплює: “Для надання професійної правничої допомоги діє адвокатура. Забезпечення права на захист від кримінального обвинувачення та представництво в суді здійснюються адвокатом, за винятком випадків, установлених законом”⁹.

Закріплення на конституційному рівні професійного представництва у судах адвокатами не можна розглядати як помилку змісту Основного

⁸ Д Кухнюк, ‘Кроки Парламенту щодо вилучення норми про адвокатську монополію з Конституції є цілком виправданими’ (Юридична газета, 10.10.2019) <http://yur-gazeta.com/interview/kroki-parlamentu-shchodo-viluchennya-normi-pro-advokatsku-monopoliyu-z-konstituciyi-e-cilkom-vipravd.html> (дата звернення: 05.11.2019).

⁹ Про судоустрій та статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19>> (дата звернення: 05.11.2019).

Нана Бакаєнова

Закону. Навпаки, це є проявом еволюційного розвитку сфери захисту прав та основних свобод людини. Права людини є загальновизнаною абсолютною цінністю, реалізація яких має гарантуватися державою.

Головне призначення Основного Закону кожної держави полягає у тому, що конституція є особливим інститутом правової системи держави, якому належить правове верховенство стосовно всіх її актів. Конституція виступає як соціальне благо, завдяки її визначальній ролі у регулюванні суспільних відносин, задоволенні соціальних потреб, реалізації завдань, які стоять перед суспільством на конкретному етапі його розвитку.

Формування різних сфер суспільного життя і діяльності правових інститутів у конституціях європейських країн є різним за змістом та обсягом.

Наприклад, у Конституції Французької Республіки визначено всі складові порядку формування Вищої ради магістратури, осіб, які мають право звертатися, та інші питання (ст. 65), які в Конституції України щодо Вищої ради правосуддя висвітлено лише частково (ст. 131). Утім, Французька Республіка не вважає підхід інших країн (менш детальний) підставою для скасування конституційної норми, якою було доповнено Основний Закон Франції у 2008 р.

У тексті Конституції Австралії прописано заробітну плату генерал-губернатора (ст. 3). Заперечення проти “неконституційного рівня” цієї норми не висловлюються, вона залишається у тексті Конституції.

Конституційний Суд України (далі – КСУ) у своєму Висновку у справі за конституційним зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо скасування адвокатської монополії) (реєстраційний № 1013) вимогам статей 157 і 158 Конституції України установив:

<...> поняття “надання професійної правничої допомоги” не тотожне поняттю “представництво особи в суді”. Надання професійної правничої допомоги здійснюють адвокати, натомість представництво особи у суді може бути здійснене за вибором особи адвокатом або іншим суб’єктом¹⁰.

Як зазначає М. Буроменський, з погляду позитивних зобов’язань держава повинна не тільки мати законодавство, що найбільш повною мірою забезпечує дотримання конвенційних прав і свобод, а й вживати всіх

¹⁰ Висновок Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо скасування адвокатської монополії) (реєстр. № 1013) вимогам статей 157 і 158 Конституції України від 31 жовтня 2019 р. № 4-в/2019 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v004v710-19>> (дата звернення: 01.11.2019).

необхідних заходів для того, щоб воно реально діяло, а не залишалося на папері, тобто права мають бути забезпечені не тільки *de jure*, а й *de facto*. Водночас держава вільна у виборі конкретних заходів, які підлягають застосуванню, щодо повного та ефективного захисту тих чи інших прав людини¹¹.

Натомість зазначений у рішенні КСУ підхід до судового представництва не можна розглядати як спрямований на ефективність судочинства, адже він послаблює якість правосуддя та гарантії захисту прав осіб, які залучають, навіть і за своїм вибором, непрофесійних представників.

Встановлення належних гарантій захисту прав і свобод людини є обов'язком держави.

М. Орзіх із цього приводу зазначає:

Правозахисний механізм стосовно прав і свобод людини включає, поряд із нормативно-правовою, інституціональну частину – органи і організації, для яких спеціальною компетенцією або статутним завданням (для громадських організацій) є захист прав і законних інтересів людини і громадянина, і інструментальну – придатні для ефективного застосування засоби охорони й захисту правового положення особи¹².

Саме з цих позицій слід оцінювати й можливість положення щодо закріплення представництва осіб у судах як виду професійної правничої допомоги.

Україна вже має негативний досвід щодо запровадження у законодавство *‘інших фахівців у галузі права, які відповідно до закону мають право на надання правової допомоги’*¹³. Широкий допуск до представництва осіб у судах будь-якою іншою особою, на яку не розповсюджуються вимоги незалежного дисциплінарного контролю, нормативно визначених етичних правил поведінки, принципу конфіденційності, та, що є особливо важливим, *гарантій незалежності представника* при здійсненні представництва особи у суді, з доктринальних позицій не відповідає інституціональному та інструментальному критеріям захисту прав людини.

Аналіз поданих до Верховної Ради України законопроектів щодо адвокатури свідчить, що міжнародні стандарти організації та діяльності адвокатури не завжди враховуються суб'єктами законодавчої ініціативи.

¹¹ М Буроменский, ‘Обращение в Европейский суд по правам человека (практика Суда и особенности украинского законодательства)’ (Центр суддівських студій) <<http://www.judges.org.ua/seminar9-2.htm>> (дата звернення: 01.11.2019).

¹² М Орзіх, ‘Міжнародно-правові стандарти і права людини в Україні’ (1992) 4 Право України 8-12.

¹³ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Солдатова Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України, статті 44 Кримінально-процесуального кодексу України, статей 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про право вільного вибору захисника) від 16 листопада 2000 р. № 13-пн/2000 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v013p710-00>> (дата звернення: 01.11.2019).

Нана Бакаєнова

Зокрема, проектом Закону України про внесення змін до Закону України “Про адвокатуру та адвокатську діяльність” щодо удосконалення окремих питань організації адвокатської діяльності (далі – проект № 2303)¹⁴ запропоновано зміни до ч. 1 ст. 34 Закону, відповідно до яких підставою для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності є вчинення ним *під час здійснення адвокатської діяльності* дисциплінарного проступку.

Утім, така пропозиція не узгоджується з ч. 3 зазначеної норми, яку автори законопроекту не пропонують змінити. Зокрема, п. 3 ч. 2 ст. 34 Закону встановлює, що одним із видів дисциплінарного проступку є порушення правил адвокатської етики, дія яких розповсюджується не лише на час здійснення адвокатом адвокатської діяльності, а й *‘на іншу діяльність (дії) адвоката, в тому числі соціально-публічну діяльність адвоката, яка може вступити в суперечність з професійними обов’язками адвоката, або підірвати престиж адвокатської професії’* (ч. 1 ст. 2 Правил адвокатської етики¹⁵).

Зазначене положення Правил адвокатської етики ґрунтується на міжнародних стандартах діяльності адвокатури, які відображено у законодавстві європейських країн. Наприклад, законодавство Франції у ст. 183 Декрету № 91-1197¹⁶ встановлює дисциплінарну відповідальність адвоката у випадках, якщо порушення зачіпає чесність, честь чи порядність, *навіть якщо вони відносяться до поведінки, не пов’язаної з професійною діяльністю адвоката*. Федеральний Закон Австрії “Про дисциплінарні права адвокатів та адвокатів-стажистів” містить аналогічне положення¹⁷.

Загалом такий невважений підхід до розробки змін до законодавства не може не викликати критичної реакції правничої спільноти.

Пропозиція проекту № 2303 (ч. 3 ст. 13) скасувати у ст. 7 Закону встановлені вимоги щодо несумісності та заміна ч. 1 зазначеної статті положенням:

Несумісною з діяльністю адвоката є робота або діяльність, яка унеможливує дотримання адвокатом принципу професійної незалежності

¹⁴ Проект Закону про внесення змін до Закону України “Про адвокатуру та адвокатську діяльність” щодо удосконалення окремих питань організації адвокатської діяльності від 23 жовтня 2019 р. № 2303 <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67168> (дата звернення: 25.10.2019).

¹⁵ Правила адвокатської етики, затверджені Звітно-виборним з’їздом адвокатів України 2017 року від 9 червня 2017 р. <https://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/pravila/2017-06-09-pravila-2017_596f00dda53cd.pdf> (дата звернення: 25.10.2019).

¹⁶ Décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d’avocat <<https://www.unca.fr/images/stories/pdf/actu/DECRET-91-1197-19911127-ORG-PROF-AVOCAT-VERSION-20141001.pdf>> (accessed: 25.10.2019).

¹⁷ Bundesgesetz vom 28. Juni 1990 über das Disziplinarrecht der Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter (Disziplinarstatut für Rechtsanwälte und Rechtsanwaltsanwärter – DSt). BGBl. Nr. 474/1990 <<https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002940>> (accessed: 27.10.2019).

у сукупності з запропонованими змінами щодо здійснення адвокатської діяльності на умовах трудового договору¹⁸

є вразливою та не сформульованою належним чином, якщо оцінювати її як норму законодавства.

У профільних законах європейських країн питання несумісності адвокатської діяльності з іншими видами діяльності вирішують діаметрально іншим чином. Зокрема, ч. 1 ст. 115 Декрету про організацію адвокатської професії визначає, що професія адвоката є *несумісною з усіма професіями*, крім випадків, встановлених законом, – ці випадки чітко визначені у ч. 2 зазначеної норми¹⁹.

Законодавець може або детально регламентувати перелік професій, які не сумісні з діяльністю адвоката, або встановити чітку заборону на будь-яке сумісництво, крім видів діяльності, які тоді мають бути визначені у законі. Можливість здійснення адвокатом діяльності, яка не включається законодавцем до заборонених видів діяльності, є сферою дії адвокатської етики. Підхід невизначеності цього питання, який нині пропонується, є помилковим, адже несумісність викликає конфлікт інтересів, підриває принцип незалежності, ускладнює реалізацію завдань адвокатури.

Недоцільною є й пропозиція зазначеного законопроекту змінити назву “Єдиний реєстр адвокатів України” (далі – ЄРАУ), вилучивши слово “України”, та внести його до системи публічних електронних реєстрів.

Назва “Єдиний реєстр адвокатів України”, яка передбачена Законом, правильно відображує призначення та зміст реєстру, адже відповідає ч. 2 ст. 2: “Адвокатуру України складають всі *адвокати* України, які мають право здійснювати адвокатську діяльність”²⁰. Крім того, в численних нормативних документах, які регулюють діяльність адвокатури України, застосовується законодавчий термін “Єдиний реєстр адвокатів України”. Віднесення ЄРАУ до системи електронних публічних реєстрів також є невдалим з огляду на те, що це посилює обсяг впливу держави на адвокатуру, яка діє на засаді самоврядності, проте остаточний висновок можна буде зробити після прийняття Верховною Радою України законопроекту “Про публічні електронні реєстри”²¹.

Позитивною та слушною законодавчою ініціативою є пропозиція розширення можливостей самопредставництва органів державної вла-

¹⁸ Проект Закону про внесення змін до Закону України “Про адвокатуру та адвокатську діяльність” щодо удосконалення окремих питань організації адвокатської діяльності (н 14).

¹⁹ Décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d’avocat (n 16).

²⁰ Про адвокатуру та адвокатську діяльність (н 1).

²¹ Проект Закону про публічні електронні реєстри від 10 вересня 2019 р. № 2110 <https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=66772> (дата звернення: 01.11.2019).

Нана Бакайнова

ди, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, інших юридичних осіб незалежно від порядку їх створення в суді (проект № 2261)²².

Проект № 2261 набуває особливого значення через те, що реалізація пп. 11 п. 161 розділу XV Конституції України “Перехідні положення”, відповідно до якого з 1 січня 2020 р. тільки прокурори й адвокати можуть представляти органи державної влади та місцевого самоврядування в судах, є надзвичайно складною.

Чинне процесуальне законодавство не дозволяє юристам юридичних служб органів державної влади, органів місцевого самоврядування та інших юридичних осіб виступати в суді представниками, покладаючи цю функцію на керівника органу державної влади або місцевого самоврядування, юридичної особи. Утім, право на самопредставництво керівником юридичної особи ускладнено тим, що, як правило, обов’язки керівника у сфері управління практично неможливо виконувати належним чином, якщо керівник буде брати участь у всіх судових процесах, часто численних.

У світлі принципу незалежності адвокати не можуть бути працівниками юридичних служб органів державної влади, місцевого самоврядування та пов’язаними трудовими договорами з підприємствами. Залучення адвокатів для представництва публічних юридичних осіб забезпечує ефективний захист прав цих осіб, проте й право на самопредставництво не може бути обмежено. Зазначене обумовлює необхідність розширення підстав для самопредставництва юридичної особи, якими можуть бути не лише установчі документи, а й трудовий договір (контракт) тощо, що дає право діяти від імені юридичної особи.

Водночас неможливо погодитися з тим, що функції адвокатури ‘набувають реального значення передусім через процесуальне законодавство, а не через “статусні” закони. Закони важливі, але скоріше як забезпечення процесуальних положень”²³. Така точка зору є теоретично неаргументованою, адже процесуальне право ґрунтується на правовому статусі, тобто правах та обов’язках людини й громадянина, формується з огляду на правовий статус суддів та учасників судочинства, зокрема й адвокатів, прокурорів та інших осіб.

²² Проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розширення можливостей самопредставництва органів державної влади, органів влади Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування, інших юридичних осіб незалежно від порядку їх створення в суді від 15 жовтня 2019 р. № 2261 <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67079> (дата звернення: 25.10.2019).

²³ А Костін та О Подцерковний, “Адвокатська монополія” та процесуальні проблеми самопредставництва’ (*Судово-юридична газета*, 24.10.2019) <<https://sud.ua/ru/news/blog/153119-postupovo-usunuti-problemi-advokaturi-ta-sudovogo-predstavnistva>> (дата звернення: 05.11.2019).

Значна увага законодавця звернена на розвиток кримінального процесуального законодавства. Низку новацій, запроваджених Законом України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення окремих положень кримінального процесуального законодавства”²⁴, слід підтримати, адже вони сприяють здійсненню адвокатами захисту від кримінального обвинувачення.

Водночас певні зміни відобразилися й на сфері гарантій адвокатської діяльності: ст. 481 Кримінального процесуального кодексу України викладено в редакції, яка дозволяє Генеральному прокурору України (виконувачу обов’язків Генерального прокурора України), його заступнику, керівнику регіональної прокуратури доручати іншим прокурорам здійснити письмове повідомлення про підозру адвокату. Запроваджені зміни не суперечать міжнародним стандартам, проте слід зазначити, що фасилітація порядку порушення кримінальних проваджень щодо адвокатів, більша вразливість правового положення захисника відображається на його незалежності, надійності захисту, який принаймні є тим завданням, яке адвокат має реалізувати під час здійснення адвокатської діяльності.

Висновки. Тривалий процес удосконалення правозахисної сфери нині отримав значне прискорення та має великі сподівання у суспільстві. У зв’язку з цим законодавчі ініціативи потребують глибокого аналізу, використання наукових підходів на стадії розробки законопроектів, належного теоретичного підґрунтя задля забезпечення ефективного законодавчого регулювання діяльності адвокатури.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Banchuk O, *Pravova dopomoha: zarubizhnyi dosvid ta propozytsii dlia Ukrainy [Legal Aid: Foreign Experience and Proposals for Ukraine]* (Fakt 2004) (in Ukrainian).

Journal articles

2. Orzikh M, ‘Mizhnarodno-pravovi standarty i prava liudyny v Ukraini’ [‘International Legal Standards and Human Rights in Ukraine’] (1992) 4 *Pravo Ukrainy* 8-12 (in Ukrainian).

Dissertations

3. Vilchuk T, ‘Advokatura yak instytut realizatsii prava na pravovu dopomohu: porivnialno-pravovy analiz zakonodavstva krain Yevropeiskoho Soiuzu ta Ukrainy’

²⁴ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення окремих положень кримінального процесуального законодавства: Закон України від 4 жовтня 2019 р. № 187-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/187-20>> (дата звернення: 25.10.2019).

Нана Бакайнова

[“The Bar as an Institution for the Exercise of the Right to Legal Aid: A Comparative and Legal Analysis of Legislation of the European Union Countries and Ukraine”] (dys d-ra yuryd nauk, 2016) (in Ukrainian).

Websites

4. Buromenskyi M, ‘Obrashchenye v Evropeyskyi sud po pravam cheloveka (praktyka Suda y osobennosty ukraynskoho zakonodatelstva)’ [‘Appeal to the European Court of Human Rights (the Court’s Case Law and Peculiarities of Ukrainian Legislation)’] (*Tsentr suddivskykh studii*) <<http://www.judges.org.ua/seminar9-2.htm>> (accessed: 01.11.2019) (in Russian).
5. Kostin A ta Podtserkovnyi O, “Advokatska monopoliia” ta protsesualni problemy samopredstavnytstva’ [“Attorney’s-at-Law Monopoly” and Procedural Issues of Self-Representation’] (*Sudovo-iurydychna hazeta*, 24.10.2019) <<https://sud.ua/ru/news/blog/153119-postupovo-usunuti-problemi-advokaturi-ta-sudovogo-predstavnytstva>> (accessed: 05.11.2019) (in Ukrainian).
6. Kukhniuk D, ‘Kroky Parlamentu shchodo vyluchennia normy pro advokatsku monopoliuu z Konstytutsii ye tsilkom vypravdanyymy’ [‘Steps of the Parliament to Remove the Rule of Attorney’s-at-Law Monopoly from the Constitution are Quite Justified’] (*Iurydychna hazeta*, 10.10.2019) <<http://yur-gazeta.com/interview/kroki-parlamentu-shchodo-viluchennya-normi-pro-advokatsku-monopoliyu-z-konstituciyi-e-cilkom-vipravd.html>> (accessed: 05.11.2019) (in Ukrainian).

Nana Bakaianova

CONSTITUTIONAL AND LEGAL REGULATION OF THE BAR IN THE NEW REALITIES OF SOCIAL LIFE

ABSTRACT. Large-scale changes in social life which should ensue from the new political course aimed at overcoming the corruption phenomena and imbalances in law enforcement, at strengthening the domain of human rights protection, and implementing the tasks of justice, are possible if systemic reforms are made. Active law-making activities require an in-depth study of the current state of legislation and the content of legislative initiatives from the standpoint of theory, practice and foreign experience with a view to developing thorough recommendations in this area.

The purpose of the article is to comprehensively analyze the constitutional and legal regulation of the bar in the new socio-political conditions, to study scientific sources and relevant draft legislation in the field under study, and also to develop scientifically-based proposals aimed at improving the legislation on the bar and attorney-at-law activities and the practice of its application.

It is noted that at the current stage of judicial and legal reform, one of major problems of the bar is to determine the scope of reform which is really necessary for a proper implementation of the functions of the bar. Arguments are offered in favor of the position that current legislation on the bar and attorney-at-law activities is generally consistent with international standards in this area. At the same time, taking into account practical issues of attorney-at-law activities and organization of the bar, it is possible to formulate the vectors for further development of legislation, based on the real needs which society

www.pravoua.com.ua

has with regard to professional legal aid and guarantees of attorney-at-law activities. It is from these positions that the article assesses legislative proposals and the ways of further improvement of attorney-at-law activities.

The article supports the legislative initiative to expand the opportunities for self-representation of public authorities, authorities of the Autonomous Republic of Crimea, local self-government bodies, and other legal entities, irrespective of the procedure subject to which they are established in court.

Critical assessment is given to the proposal of abolishing the exclusive right of attorneys-at-law to represent individuals in courts in the text of the Ukrainian Constitution; of removing incompatibility requirements from the Law of Ukraine “On the Bar and Attorney-at-Law Activities”; of introducing an employment contract as the basis upon which an attorney-at-law works; of making attorneys-at-law liable under disciplinary procedure solely for actions committed in the attorney’s-at-law capacity; of including the Unified Register of Attorneys-at-Law of Ukraine in the system of Public Registers and changing its name; of simplifying the procedure for initiating criminal proceedings against attorneys-at-law.

Suggestions are made as to further ways of improving the organization and activities of the bar, primarily strengthening the independence of the bar and guarantees of attorney-at-law activities.

It is noted that the update of legislation on the bar needs certain correlation, given the experience of the bar in Ukraine and European countries and the trends according to which attorney-at-law activities develop in today’s world.

KEYWORDS: attorney-at-law; the bar; attorney-at-law activities; attorney-at-law self-government; professional legal aid; reforms.