



Олександра Яновська

докторка юридичних наук, професорка,
суддя Великої Палати Верховного Суду
(Київ, Україна)
yanovskaya.a@ukr.net

УДК 347.965.4

ПІДТВЕРДЖЕННЯ ПОВНОВАЖЕНЬ АДВОКАТА: ПРЕЗУМПЦІЯ ДОБРОСОВІСНОСТІ

АНОТАЦІЯ. Авторитет державних органів спирається на владні повноваження і підтримку всього державного апарату, натомість авторитет адвокатури має одну опору – суспільну довіру. Довіру, як відомо, досить важко здобути і легко втратити, особливо у такій конфліктній сфері, як робота адвоката в суді. Участь у вирішенні правових конфліктів вимагає від адвоката дотримання певних морально-етичних вимог, які він реалізує під час виконання своїх повноважень.

Аналіз існуючого у сфері адвокатури наукового доробку свідчить про епізодичність вивчення проблематики підтвердження повноважень адвоката. Однак, як свідчить судова практика, вже на етапі підтвердження своїх повноважень як представника чи захисника в адвокатів виникають певні проблеми, які потребують не тільки нормативної визначеності, а й зміни сприйняття адвокатів як рівноправних учасників правовідносин у судах, які дотримуються комплексної системи етичних заasad адвокатської діяльності, що передбачає добросовісне використання адвокатами своїх професійних прав.

Метою статті є вирішення наукового завдання щодо аналізу та систематизації підходів у судовій практиці стосовно належного підтвердження повноважень адвоката у судовому процесі в Україні та обґрунтування доцільності запровадження презумпції добросовісності дій адвоката щодо підтвердження своїх повноважень.

Документами, що посвідчують повноваження адвоката на надання правової допомоги відповідно до ч. 1 ст. 26 Закону України “Про адвокатуру та адвокатську діяльність”, можуть бути: 1) договір про надання правової допомоги; 2) довіреність; 3) ордер; 4) доручення органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги. Водночас є певні відмінності щодо підтвердження повноважень адвоката в різних видах судочинства. Крім переліку документів, який має бути подано для підтвердження повноважень адвоката, також у судовій практиці існує певна незгодженість щодо обов’язковості подання оригіналів документів, що посвідчують повноваження адвоката у суді. Також у судовій практиці щодо належного підтвердження повноважень адвоката у судовому процесі дискусійним залишається питання стосовно правильного заповнення обов’язкових реквізитів ордеру на надання правової допомоги. Крім того, слід пам’ятати, що відповідальність

за достовірність вказаних в ордері даних несе безпосередньо адвокат. При цьому чинним законодавством України передбачено кримінальну та дисциплінарну відповідальність адвоката за надання недостовірних даних в ордері. Зокрема, у ст. 400¹ Кримінального кодексу України встановлено кримінальну відповідальність адвоката за завідомо неправдиве повідомлення суду про повноваження представляти іншу особу в суді, а також умисне невнесення адвокатом до ордера відомостей щодо обмежень повноважень, встановлених договором про надання правової допомоги. Дисциплінарна відповідальність адвоката за надання недостовірних даних в ордері настає в порядку розділу VI Закону України “Про адвокатуру та адвокатську діяльність”.

Очевидно, що застосування судом правових норм і вчинення дій, що мають юридичне значення, повинно відбуватися з урахуванням обставин конкретної справи та забезпеченням ефективного захисту прав, свобод та законних інтересів. Водночас формальний підхід суду до здійснення своїх повноважень вже на стадії звернення особи до суду може призвести до порушення права на справедливий судовий розгляд. Варто зауважити, що багатьох проблем, які виникають під час підтвердження адвокатом своїх повноважень як представника чи захисника в різних видах судочинства можна було б уникнути, якби суди, оцінюючи правомочність адвоката на здійснення тих чи інших процесуальних дій, застосовували презумпцію добросовісності реалізації адвокатом своїх договірних зобов'язань щодо надання професійної правової допомоги. Загалом, адвокат, який у своїй діяльності дотримується не тільки норма права, а й етичних засад, має дотримуватися певних вимог, що свідчитимуть про чесність, сумлінність і відповідальність його як представника чи захисника прав та законних інтересів учасника судового провадження. Дотримуючись означених вимог, адвокат створюватиме об'єктивні умови для презюмування його добросовісності судом.

Аналіз і систематизація підходів у судовій практиці щодо належного підтвердження повноважень адвоката у судовому процесі в Україні надали змогу зробити такі висновки: 1) підтвердження повноважень адвоката як представника чи захисника у судовому процесі є важливим етапом реалізації ним своїх професійних прав та обов'язків; 2) надмірний формалізм із боку суду при здійсненні перевірки правомочності адвоката в судовому процесі здатен призвести до порушення права на доступ до суду, що, зі свого боку, є складовим права на справедливий судовий розгляд; 3) сьогодні, на жаль, відсутня єдність судової практики в питаннях підтвердження повноважень адвокатом, що обумовлено недостатнім нормативним урегулюванням таких проблемних питань, як вичерпний перелік документів, що підтверджують повноваження адвоката, та чітка регламентація порядку оформлення ордеру як основного документа, що підтверджує повноваження адвоката; 4) з метою забезпечення права на доступ до суду та з урахуванням запровадження кримінальної відповідальності адвокатів за неправдиве повідомлення суду про свої повноваження, доцільним є запровадження презумпції добросовісності при здійсненні судами перевірки повноважень адвоката як представника чи захисника в судовому процесі.

Ключові слова: повноваження адвоката; презумпція добросовісності; адвокатська етика; забезпечення доступу до правосуддя; правовий туризм; договір про надання правової допомоги; ордер.

Вся історія адвокатури – це історія її самоствердження, боротьби за визнання державою і суспільством. 30 вересня 2016 р. набрав чинності Закон України “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)”¹. Зазначеними змінами в Основному Законі було закріплено особливе місце адвокатури в системі органів правосуддя та нові засади функціонування інституту представництва особи в суді.

Так, відповідно до ст. 131² Конституції України для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура та виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення; законом можуть бути визначені винятки щодо представництва в суді у трудових спорах, спорах щодо захисту соціальних прав, щодо виборів та референдумів, у малозначних спорах, а також стосовно представництва малолітніх чи неповнолітніх осіб та осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена².

З упровадженням виключного права адвокатів на представництво в судах у кожної людини з’явилося реальне, а не задеклароване право на професійну правничу допомогу. Це право було забезпечено, зокрема, через центри безоплатної правової допомоги, де малозабезпечені категорії громадяни отримали реальну змогу користуватися послугами адвокатів за державний кошт.

Однак вже у вересні 2019 р. Верховній Раді України був запропонований законопроект “Про внесення змін до Конституції України (щодо скасування адвокатської монополії)”³, яким виключне представництво адвокатом пропонується залишити лише в межах здійснення захисту в кримінальних провадженнях. Цей законопроект був розглянутий у Конституційному Суді України й отримав висновок щодо його відповідності вимогам статей 157 і 158 Конституції України.

Варто відзначити, що якщо авторитет державних органів спирається на владні повноваження і підтримку всього державного апарату, то авторитет адвокатури має одну опору – суспільну довіру. Довіру, як відомо, досить важко здобути і легко втратити, особливо у такій конфліктній сфері, як робота адвоката в суді. Участь у вирішенні правових конфліктів вимагає від адвоката дотримання певних морально-етичних вимог, які він реалізує під час виконання своїх повноважень.

¹ Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України від 2 червня 2016 р. № 1401-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 28. Ст. 532.

² Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

³ Про внесення змін до Конституції України (щодо скасування адвокатської монополії): проект Закону України від 29 серпня 2019 р. № 1013 <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=1013&skl=10> (дата звернення: 31.10.2019).

Однак, як свідчить судова практика, вже на етапі підтвердження своїх повноважень як представника чи захисника в адвокатів виникають певні проблеми, які потребують не тільки нормативної визначеності, а й зміни сприйняття адвокатів як рівноправних учасників правовідносин у судах, які дотримуються комплексної системи етичних засад адвокатської діяльності, що передбачає добросовісне використання адвокатами своїх професійних прав.

Аналіз існуючого у сфері адвокатури наукового доробку свідчить про епізодичність вивчення проблематики підтвердження повноважень адвоката. Серед вітчизняних науковців окремі її питання розглядали Н. Бакаянова, А. Бірюкова, А. Біцай, Т. Варфоломеева, Т. Вільчик, С. Гончаренко, С. Іваницький, О. Костюченко, Д. Кухнюк, М. Погорецький, В. Святоцька, О. Старенький та ін. Проте комплексних досліджень правозастосовних проблем підтвердження повноважень адвоката крізь призму презумпції добросовісності його дій як складової системи етичних засад адвокатської діяльності не здійснювалося, що й обумовлює актуальність теми статті.

Метою дослідження є вирішення наукового завдання щодо аналізу та систематизації підходів у судовій практиці стосовно належного підтвердження повноважень адвоката у судовому процесі в Україні та обґрунтування доцільності запровадження презумпції добросовісності дій адвоката щодо підтвердження своїх повноважень.

Відповідно до ч. 1 ст. 26 Закону України “Про адвокатуру та адвокатську діяльність” (далі – Закон про адвокатуру) адвокатська діяльність здійснюється на підставі договору про надання правової допомоги⁴.

До договору про надання правової допомоги застосовуються загальні вимоги договірного права (ч. 3 ст. 27 Закону про адвокатуру), зокрема й презумпція правомірності договору, якщо його недійсність прямо не встановлена законом або якщо він не визнаний судом недійсним (ст. 204 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України))⁵.

У договорі про надання правової допомоги закріплюється обсяг повноважень адвоката, а також вказуються обмеження щодо вчинення певних дій. Відповідно до ч. 4 ст. 26 Закону про адвокатуру “адвокат зобов’язаний діяти в межах повноважень, наданих йому клієнтом, у тому числі з урахуванням обмежень щодо вчинення окремих процесуальних дій”⁶.

Згідно з п. 2 ч. 1 ст. 20 Закону про адвокатуру:

⁴ Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 27. Ст. 282.

⁵ Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40-44. Ст. 356.

⁶ Про адвокатуру та адвокатську діяльність (н 4).

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, зокрема: <...>

2) представляти і захищати права, свободи та інтереси фізичних осіб, права та інтереси юридичних осіб у суді, органах державної влади та органах місцевого самоврядування, на підприємствах, в установах, організаціях незалежно від форми власності, громадських об'єднаннях, перед громадянами, посадовими і службовими особами, до повноважень яких належить вирішення відповідних питань в Україні та за її межами⁷.

Згідно з ч. 3 ст. 26 Закону про адвокатуру:

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 законом⁸.

Документами, що посвідчують повноваження адвоката на надання правової допомоги відповідно до ч. 1 ст. 26 Закону про адвокатуру, можуть бути: 1) договір про надання правової допомоги; 2) довіреність; 3) ордер; 4) доручення органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги.

Водночас є певні відмінності щодо підтвердження повноважень адвоката в різних видах судочинства. Так, повноваження адвоката як представника підтверджуються у господарському, цивільному та адміністративному судочинстві довіреністю або ордером, виданим відповідно до Закону про адвокатуру (п. 4 ст. 60 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України)⁹; п. 4 ст. 62 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України)¹⁰; п. 4 ст. 59 Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України)¹¹).

У практиці Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду трапляються випадки, коли адвокат як представник надає: 1) довіреність, видану як фізичній особі; 2) свідоцтво про право на зайняття адвокатською діяльністю; 3) договір на надання правової допомоги. У цьому випад-

⁷ Про адвокатуру та адвокатську діяльність (н 4).

⁸ Там само.

⁹ Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 6 січня 1991 р. № 1798-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56.

¹⁰ Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40-41, 42. Ст. 492.

¹¹ Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35-36, № 37. Ст. 446.

ку адвокати, дотримуючись положення ч. 1 ст. 26 Закону про адвокатуру вважають, що договір є належним підтвердженням надання саме адвокатських послуг. Водночас ст. 60 ГПК України у такому випадку вимагає надання ордеру, оскільки зазначена стаття серед переліку документів, які підтверджують повноваження адвоката у господарському судочинстві, не містить договору про надання правової допомоги.

У зв'язку з цим заслуговує на увагу правова позиція Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду з цього питання. Він, беручи до уваги системне тлумачення ч. 4 ст. 60 ГПК України та ч. 3 ст. 26 Закону про адвокатуру (рішення у справах № 914/2414/17¹², № 910/582/17¹³ та інші), дійшов висновку, що повноваження адвоката як представника підтверджуються ордером або довіреністю, у якій повинна міститися вичерпна інформація про повноваження саме адвоката (а не фізичної особи) як представника. Відповідно до позиції Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду довіреність сама собою не є доказом, який підтверджує повноваження адвоката, а також не свідчить про те, що у відносинах із довірительом (скаржником) відповідна особа як представник за довіреністю виступає у статусі адвоката, якщо безпосередньо у довіреності не зазначено про інше. Таким чином, у випадку, якщо у довіреності не вказано, що у відносинах із довірительом (скаржником) відповідна особа як представник за довіреністю виступає у статусі адвоката, обов'язково для підтвердження повноважень саме адвоката як представника необхідно долучати й ордер. Водночас надання свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю, звичайно, є підтвердженням статусу адвоката як такого, однак не є відповідним доказом належного представництва клієнта саме у цій конкретній справі.

Колегія суддів об'єднаної палати Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду у постанові від 12 жовтня 2018 р. у справі № 908/1101/17¹⁴ відступила від висновку Верховного Суду, викладеного в раніше ухваленій постанові від 24 квітня 2018 р. у справі № 914/2414/17 про те, що довіреність, на підставі якої адвокат здійснює представництво інтересів клієнта у суді, повинна обов'язково містити вказівку, що представник є адвокатом. У вказаній справі Суд висловив правову позицію, що нормами Закону про адвокатуру не встановлено, що в довіреності, виданій на ім'я фізичної особи – адвоката, обов'язково зазначається про те, що такий представник є саме адвокатом. Не встановлює таких вимог

¹² Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 24 квітня 2018 р., судова справа № 914/2414/17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73596772>> (дата звернення: 31.10.2019).

¹³ Ухвала Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 16 квітня 2018 р., судова справа № 910/582/17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73441984>> (дата звернення: 31.10.2019).

¹⁴ Постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 12 жовтня 2018 р., судова справа № 908/1101/17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/77397730>> (дата звернення: 31.10.2019).

Олександра Яновська

ні ГПК України, ні ЦК України, яким врегульовано питання представництва за довіреністю. При цьому в аспекті, який розглядається, важливо, щоб особа, яка здійснює представництво за довіреністю, мала статус адвоката та отримала свідоцтво про право на зайняття адвокатською діяльністю. Довіреність визначає лише повноваження адвоката, межі наданих представникові прав та перелік дій, які він може вчиняти для виконання доручення.

Повноваження адвоката як захисника або представника у кримінальному провадженні підтверджуються свідоцтвом про право на зайняття адвокатською діяльністю; ордером, договором із захисником або дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги (ч. 1 ст. 50 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України))¹⁵.

Цікавою видається судова практика з цього питання. Так, наприклад, Касаційний кримінальний суд у складі Верховного Суду у постанові від 6 лютого 2018 р. у справі № 752/11464/16-к¹⁶ не погодився із позицією Апеляційного суду м. Києва, відповідно до якої словосполучення “ордером, договором із захисником” означає “ордером та договором із захисником”, і, таким чином, тільки наявність цих двох документів може підтвердити повноваження захисника. Крім того, він зазначив, що п. 2 ч. 1 ст. 50 КПК України визначає, що повноваження захисника мають вважатися підтвердженими, якщо на додаток до документа, передбаченого п. 1 ч. 1 ст. 50 КПК України (свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю), захисник надав хоча б один із документів, передбачених п. 2 ч. 1 ст. 50 КПК України (або ордер, або договір із захисником, або доручення органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги).

При цьому колегія Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду наголошує на тому, що відповідно до ч. 2 ст. 50 КПК України встановлення будь-яких додаткових умов для підтвердження повноважень захисника чи для його залучення до участі в кримінальному провадженні не допускається. Зокрема, незаконною видається вимога щодо обов’язковості надання для підтвердження повноважень адвоката витягу з Єдиного державного реєстру адвокатів.

Повноваження адвоката на участь у розгляді справи про адміністративні правопорушення підтверджуються довіреністю на ведення справи, посвідченою нотаріусом або посадовою особою, якій відповідно до за-

¹⁵ Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 9-10, № 11-12, № 13. Ст. 88.

¹⁶ Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 6 лютого 2018 р., судова справа № 752/11464/16-к <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72150999>> (дата звернення: 31.10.2019).

кону надано право посвідчувати довіреності, або ордером чи дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги, або договором про надання правової допомоги. До ордера обов'язково додається витяг із договору, в якому зазначаються повноваження адвоката або обмеження його прав на вчинення окремих дій як захисника (ч. 2 ст. 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП)¹⁷). При цьому наведений у ч. 2 ст. 271 КУпАП підхід, на нашу думку, є застарілим і потребує приведення у відповідність до інших процесуальних кодексів.

Питання участі адвоката як уповноваженого за дорученням у конституційному судочинстві не врегульовані на законодавчому рівні належним чином. Так, Закон України “Про Конституційний Суд України”¹⁸, визначаючи особливості здійснення конституційного провадження, передбачає, що відомості про представника суб'єкта права на конституційне подання, конституційне звернення, конституційну скаргу зазначаються безпосередньо у поданні, зверненні чи скарзі. Водночас цей Закон не містить жодних вимог стосовно переліку документів, якими мають підтверджуватися повноваження таких представників.

Крім переліку документів, який має бути подано для підтвердження повноважень адвоката, також у судовій практиці існує певна неузгодженість щодо обов'язковості подання оригіналів документів, що посвідчують повноваження адвоката у суді.

Наприклад, Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду в ухвалі від 27 листопада 2018 р. у справі № 826/5357/17¹⁹ зазначив, що адвокат як представник для підтвердження своїх повноважень учасника справи повинен надати ордер, тобто оригінальний документ, встановленої законодавством форми та змісту, з якого можна презюмувати, що він виданий на підставі договору про надання правової допомоги і підтверджує правомочність адвоката на вчинення дій в інтересах клієнта. Інші форми цього документа (копії ордера будь-якого виду, зокрема й копія, завірена самим адвокатом) не замінюють обов'язку надавати

ордер як основний вид документа. Також Суд наголошує, що положення ч. 4 ст. 59 КАС України не містять правил, які дозволяли б адвокату підтверджувати свої повноваження поданням копії довіреності, а не основного документа, з якого була зроблена ця копія.

¹⁷ Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України від 7 грудня 1984 р. № 8073-X. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1984. Додаток до № 51. Ст. 1122.

¹⁸ Про Конституційний Суд України: Закон України від 13 липня 2017 р. № 2136-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 35. Ст. 376.

¹⁹ Ухвала Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 27 листопада 2018 р., судова справа № 826/5357/17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78160033>> (дата звернення: 31.10.2019).

Олександра Яновська

Водночас протилежний підхід застосовано Касаційним адміністративним судом у складі Верховного Суду в постанові від 17 грудня 2018 р. у справі № 308/8995/17²⁰. У цій справі він дійшов висновку, що повноваження адвоката як представника сторони мають бути підтверджені оригіналом ордеру або довіреністю (оригіналом) цієї сторони, що посвідчує такі повноваження, або її копією, засвідченою у визначеному законом порядку, зокрема особою, яка має повноваження на засвідчення копії довіреності. При цьому до осіб, які мають повноваження на засвідчення копій таких документів, належать: суддя (ч. 5 ст. 59 КАС України) та адвокат, який веде справу, крім випадків, якщо законом встановлено інший обов'язковий спосіб посвідчення копій документів (п. 9 ч. 1 ст. 20 Закону про адвокатуру).

Вважаємо, що саме другий з окреслених підходів є більш обґрунтованим, адже відповідає вимогам чинного законодавства, а тому саме він повинен застосовуватися судами.

Також у судовій практиці щодо належного підтвердження повноважень адвоката у судовому процесі дискусійним залишається питання щодо правильного заповнення обов'язкових реквізитів ордеру на надання правової допомоги.

Зокрема, 3 липня 2019 р. у справі № 9901/939/18²¹ Велика Палата Верховного Суду, залишаючи апеляційну скаргу без задоволення, а ухвалу Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду – без зміни, мотивувала постанову тим, що системний аналіз норм чинного законодавства України дає підстави для висновку, що законодавець чітко відокремив судові органи як такі, що повинні бути окремо зазначені в ордері на надання правової допомоги, зокрема в графі “Назва органу, в якому надається правова допомога”. У зв'язку з чим, оскільки адвокат як представник позивача, всупереч вимогам законодавства до суду подав ордер, у якому не зазначено конкретної назви органу (суду), в якому надається правова допомога, Велика Палата Верховного Суду дійшла висновку, що суд першої інстанції, повертаючи позовну заяву на підставі п. 3 ч. 4 ст. 169 КАС України, не допустив порушень норм процесуального права.

Проте не можна повною мірою погодитися із зазначеним підходом з огляду на таке. Враховуючи зміст частин 1, 3 ст. 26 Закону про адвокатуру, ордер може бути оформлений адвокатом (адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням) на підставі вже укладеного договору. Тобто

www.pravoua.com.ua

²⁰ Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 17 грудня 2018 р., судова справа № 308/8995/17 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78626691>> (дата звернення: 31.10.2019).

²¹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 3 липня 2019 р., судова справа № 9901/939/18 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/82998288>> (дата звернення: 31.10.2019).

ордер є документом, який лише посвідчує повноваження адвоката на надання правової допомоги, тоді як увесь обсяг повноважень адвоката діяти від імені клієнта обумовлюється предметом договору про надання правової допомоги та колом визначених у ньому повноважень адвоката. Таку правову позицію відтворено й у постанові Великої Палати Верховного Суду від 5 грудня 2018 р. у справі № П/9901/736/18²².

Крім того, слід пам'ятати, що відповідальність за достовірність вказаних в ордері даних несе безпосередньо адвокат (особа, яка видала ордер). При цьому чинним законодавством України передбачено кримінальну та дисциплінарну відповідальність адвоката за надання недостовірних даних в ордері. Зокрема, у ст. 400¹ Кримінального кодексу України встановлено кримінальну відповідальність адвоката за завідомо неправдиве повідомлення суду про повноваження представляти іншу особу в суді, а так само умисне невнесення адвокатом до ордера відомостей щодо обмежень повноважень, встановлених договором про надання правової допомоги²³. Дисциплінарна відповідальність адвоката за надання недостовірних даних в ордері настає в порядку розділу VI Закону про адвокатуру.

Таким чином, якщо адвокатом було долучено до матеріалів справи договір про надання правової допомоги, з якого не вбачається заборон на представництво інтересів позивача в судах, або у суду була інша можливість пересвідчитись, що адвокат, підписавши позовну заяву, діяв у межах повноважень, визначених його довіритель, повернення позовної заяви позивачеві на підставі п. 3 ч. 4 ст. 169 КАС України у зв'язку з тим, що в ордері не визначено назву конкретного судового органу, в якому може бути надана правова допомога адвокатом, є проявом правового пуризму (формалізму) з боку суду при вирішенні питання прийнятності позовної заяви, який непропорційно обмежує право особи на розгляд її справи судом.

Очевидно, що застосування судом правових норм і вчинення дій, що мають юридичне значення, повинно відбуватися з урахуванням обставин конкретної справи та забезпеченням ефективного захисту прав, свобод і законних інтересів. Водночас формальний підхід суду до здійснення своїх повноважень вже на стадії звернення особи до суду може призвести до порушення права на справедливий судовий розгляд.

Так, у рішенні від 8 грудня 2016 р. у справі “ТОВ ‘ФРІДА’ проти України” (заява № 24003/07) Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) нагадав, що право на доступ до суду не є абсолютним та може підлягати

²² Постанова Великої Палати Верховного Суду від 5 грудня 2018 р., судова справа № П/9901/736/18 <<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/78378934>> (дата звернення: 31.10.2019).

²³ Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25-26. Ст. 131.

обмеженням²⁴. Проте встановлені обмеження не повинні обмежувати доступ, наданий особам, у такий спосіб або такою мірою, що підриватимуть саму суть цього права. Крім того, обмеження буде несумісним із п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція)²⁵, якщо воно не має законної мети, та у разі відсутності розумного пропорційного співвідношення між застосованими засобами та метою, якої прагнуть досягти (рішення від 17 січня 2012 р. у справі “Станев проти Болгарії” (*Stanev v. Bulgaria*), заява № 36760/06)²⁶.

Згідно з практикою ЄСПЛ, реалізуючи положення Конвенції, необхідно уникати занадто формального ставлення до передбачених законом вимог, оскільки доступ до правосуддя повинен бути не лише фактичним, а й реальним. Надмірний формалізм при вирішенні питання щодо прийняття позовної заяви або скарги є порушенням права на справедливий судовий захист.

Зокрема, у рішенні від 4 грудня 1995 р. у справі “Белле проти Франції” (*Bellet v. France*, заява № 23805/94) ЄСПЛ зазначив, що ст. 6 Конвенції містить гарантії справедливого судочинства, одним з аспектів яких є доступ до суду²⁷. Рівень доступу, наданий національним законодавством, має бути достатнім для забезпечення права особи на суд з огляду на принцип верховенства права в демократичному суспільстві. Для того щоб доступ був ефективним, особа повинна мати чітку практичну можливість оскаржити дії, які становлять втручання в її права.

У рішенні від 25 травня 2000 р. у справі “Мірагаль Есколано та інші проти Іспанії” (*Miragall Escolano and others v. Spain*, заява № 38366/97)²⁸ та у рішенні від 28 жовтня 1998 р. у справі “Перес де Рада Каваніллес проти Іспанії” (*Pérez de Rada Cavanilles v. Spain*, заява № 116/1997/900/1112)²⁹ ЄСПЛ вказав, що надто суворе тлумачення внутрішніми судами процесуальної норми позбавило заявників права доступу до суду й завадило розгляду їхніх позовних вимог. Це визнано порушенням п. 1 ст. 6 Конвенції.

Варто зауважити, що багатьох проблем, які виникають під час підтвердження адвокатом своїх повноважень як представника чи захисника в різних видах судочинства можна було б уникнути, якби суди, оцінюючи

²⁴ *Frida, LLC v Ukraine* App no 24003/07 (ECtHR, 08 Dec 2016) <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-169214>> (accessed: 31.10.2019).

²⁵ Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004> (дата звернення: 31.10.2019).

²⁶ *Stanev v Bulgaria* App no 36760/06 (ECtHR, 17 Jan 2012) <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-108690>> (accessed: 31.10.2019).

²⁷ *Bellet v France* App no 23805/94 (ECtHR, 04 Dec 1995) <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57952>> (accessed: 31.10.2019).

²⁸ *Miragall Escolano and others v Spain* App no 38366/97 (ECtHR, 25 May 2000) <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59198>> (accessed: 31.10.2019).

²⁹ *Pérez de Rada Cavanilles v Spain* App no 116/1997/900/1112 (ECtHR, 28 Oct 1998) <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58260>> (accessed: 31.10.2019).

правомочність адвоката на здійснення тих чи інших процесуальних дій, застосовували презумпцію добросовісності реалізації адвокатом своїх договірних зобов'язань щодо надання професійної правової допомоги.

У словнику С. Ожегова добросовісність визначається як чесне виконання своїх зобов'язань та обов'язків³⁰. Великий тлумачний словник визначає добросовісність як

нематеріальну та абстрактну властивість, яка немає формально-юридичного значення чи законодавчого визначення та охоплює, серед іншого, чесне переконання, відсутність злого умислу та наміру ошукати чи здобути безпідставні переваги³¹.

Дійсно, варто погодитися з М. Стефанчуком, що добросовісність – це насамперед морально-етична категорія, яка характеризує інтелектуальні й моральні якості кожної особи³². Б. Зеллер у результаті свого дослідження категорії “добросовісності” також дійшов висновку, що, незважаючи на її “спокусливу простоту”, добросовісність є поняттям, яке неможливо однозначно визначити³³.

Варто зауважити, що принцип добросовісності має багатовікову історію: він ґрунтується на відомій ще римському праву доктрині добросовісності (*bona fides*), що протиставлена злому умислу (*dolus malus*)³⁴. При цьому юристи Середньовіччя вважали, що поняття “добросовісність” вимагає дотримання таких вимог: кожна сторона договору має дотримуватися свого слова; жодна зі сторін не повинна отримувати вигоду щодо іншої сторони шляхом обману або примусу; кожна сторона має дотримуватись зобов'язань, які визнає будь-яка чесна особа, навіть якщо ці зобов'язання не зафіксовані в договорі³⁵.

Нині принцип добросовісності отримав загальне визнання. Він закріплений у Статуті Організації Об'єднаних Націй та інших важливих міжнародних актах. Цей принцип знайшов своє відображення і у Віденській конвенції 1969 р., в якій підкреслюється загальне визнання цього принципу та необхідність дотримуватися добросовісності при тлумаченні договорів³⁶.

³⁰ С Ожегов, *Словарь русского языка* (Русский язык 1984) 172.

³¹ Великий тлумачний словник сучасної української мови (Бусел В уклад і голов ред, Перун 2002) 693.

³² М Стефанчук, ‘Добросовісність як ознака правомірної поведінки фізичні особи в цивільному праві’ [2015] 1(5) Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія “Юридичні науки” 141.

³³ Zeller B, ‘Good faith – The Scarlet Pimpernel of the CISG’ (2001) 6 International Trade and Business Law Review 227.

³⁴ А Мережко, *Договор в частном праве* (Юстиниан 2003) 62-3.

³⁵ Д Кірюхін, ‘Концепт справедливості в давньоримській філософії та праві’ (2011) Спецвипуск “Гілея (науковий вісник)”: Збірник наукових праць 411.

³⁶ Н Викторова, ‘Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.: толкование и применение национальными судами государств’ (дисс канд юрид наук, 2006) 99.

Сьогодні в Україні майже відсутні комплексні монографічні дослідження із загальнотеоретичних і практичних проблем добросовісності як принципу цивільного права. Проте значний вплив на формування наукової доктрини, розуміння сутності та змісту категорії добросовісності мають праці відомих учених, зокрема Т. Боднар, М. Брагінського, С. Братуся, В. Вітрянського, А. Довгерта, Т. Дроздової, Р. Майданика, Д. Павленко, З. Ромовської, Є. Суханова, Ю. Тобота та ін. Незважаючи на значний внесок у дослідження зазначеної категорії, залишається низка недостатньо обґрунтованих, спірних положень щодо тлумачення добросовісності у конкретних цивільних правовідносинах.

Законодавче закріплення добросовісності, розумності й справедливості в ст. 3 ЦК України дає змогу вільно використовувати ці категорії як регулятори на рівні правозастосовної практики всіх судів України. При цьому, як справедливо зауважує Н. Чубоха, доречно буде вважати, що недобросовісна поведінка суб'єкта цивільних правовідносин має вважатися протиправною та винною. Автор зазначає:

Добросовісність – це морально-етична категорія, яка у цивільному праві є оціночною, що поєднує у собі об'єктивний елемент – вимогу певної поведінки суб'єкта правовідносин, яка передбачена конкретними правовими нормами, і суб'єктивний елемент, який пов'язаний з діями суб'єкта правовідносин, що повинні відповідати таким критеріям, як чесність, правдивість, повага до прав інших осіб, безумовне виконання своїх обов'язків та внутрішнє розуміння необхідності певної поведінки³⁷.

Адвокат, як вже зазначалося, діє на підставі договору, тобто по суті реалізує свої функції, виконуючи певні зобов'язання. Тож доречно застосувати позицію Т. Боднар, відповідно до якої принцип добросовісності у зобов'язальному праві варто розглядати як засаду, що передбачає сумлінну та чесну поведінку суб'єктів під час виконання суб'єктивних обов'язків і здійснення суб'єктивних прав у зобов'язальних правовідносинах. У зобов'язальному праві, як зазначають науковці, презумпція сумлінності взагалі відіграє основну роль. В основі припущення сумлінного способу дій лежить ідея про те, що в зобов'язальних правовідносинах присутній певний елемент довіри. Ця довіра передбачається як при здійсненні своїх прав, так і при виконанні своїх обов'язків. Інакше кажучи, принцип сумлінності спирається на презумпцію взаємної довіри і поваги до взаємних інтересів³⁸.

³⁷ Н Чубоха, 'Принцип добросовісності у цивільному праві України' (2013) 2 Порівняльно-аналітичне право 173.

³⁸ А Кузнецов и М Пронина, "Функции презумпций в праве и их значение в регулировании отраслевых общественных отношений" (2010) 4 Юридическая техника 298.

Таким чином, адвокат, який у своїй діяльності дотримується не тільки норм права, а й етичних засад, має дотримуватися певних вимог, що свідчитимуть про чесність, сумлінність і відповідальність його як представника чи захисника прав та законних інтересів учасника судового провадження. Дотримуючись означених вимог, адвокат створюватиме об'єктивні умови для презюмування його добросовісності судом.

Висновки. Аналіз і систематизація підходів у судовій практиці щодо належного підтвердження повноважень адвоката у судовому процесі в Україні дали змогу зробити такі висновки: 1) підтвердження повноважень адвоката як представника чи захисника у судовому процесі є важливим етапом реалізації ним своїх професійних прав та обов'язків; 2) надмірний формалізм із боку суду при здійсненні перевірки правомочності адвоката в судовому процесі здатен призвести до порушення права на доступ до суду, що, зі свого боку, є складовим права на справедливий судовий розгляд; 3) сьогодні, на жаль, відсутня єдність судової практики в питаннях підтвердження повноважень адвокатом, що обумовлено недостатнім нормативним врегулюванням таких проблемних питань, як вичерпний перелік документів, що підтверджують повноваження адвоката, та чітка регламентація порядку оформлення ордеру як основного документа, що підтверджує повноваження адвоката; 4) з метою забезпечення права на доступ до суду та з урахуванням запровадження кримінальної відповідальності адвокатів за неправдиве повідомлення суду про свої повноваження, доцільним є запровадження презумпції добросовісності при здійсненні судами перевірки повноважень адвоката як представника чи захисника в судовому процесі.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Merezhko A, *Dogovor v chastnom prave [Private Law Contract]* (Justinian 2003) (in Russian).

Dictionaries

2. Ozhegov S, *Slovar' russkogo yazyka [Dictionary of the Russian Language]* (Russkij jazyk 1984) (in Russian).
3. *Velykyi tlumachnyi slovnyk suchasnoi ukrainskoi movy [Great Explanatory Dictionary of Modern Ukrainian]* (Busel V uklad i holov red, Perun 2002) (in Ukrainian).

Journal articles

4. Zeller B, 'Good faith – The Scarlet Pimpernel of the CISG' (2001) 6 *International Trade and Business Law Review* 227 (in English).

5. Chubokha N, 'Pryntsyp dobrosovisnosti u tsyvilnomu pravi Ukrainy' ['The Principle of Good Faith in the Civil Law of Ukraine'] (2013) 2 Porivnialno-analitychne pravo (in Ukrainian).
6. Kiriukhin D, 'Kontsept spravedlyvosti v davnorymskii filosofii ta pravi' ['The Concept of Justice in Ancient Roman Philosophy and Law'] (2011) Spetsvypusk "Hileia (naukovyi visnyk)": Zbirnyk naukovykh prats (in Ukrainian).
7. Kuznecov A i Pronina M, 'Funkcii prezumpcij v prave i ih znachenie v pegulipovanii otraslevykh obshhectvennykh otnoshenij' ['The Functions of Presumptions in Law and Their Significance in the Regulation of Sectoral Shared Relations'] (2010) 4 Juridicheskaja tehnika (in Russian).
8. Stefanchuk M, 'Dobrosovisnist yak oznaka pravomirnoi povedinky fizychni osoby v tsyvilnomu pravi' ['Integrity as a Sign of Legitimate Behaviour by Individuals in Civil Law'] [2015] 1(5) Naukovyi visnyk Khersonskoho derzhavnoho universytetu. Serii: "Iurydychni nauky" (in Ukrainian).

Dissertations

9. Viktorova N, 'Konvencija OON o dogovorah mezhdunarodnoj kupli-prodazhi tovarov 1980 g.: tolkovanie i primenenie nacional'nymi sudami gosudarstv' ['United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980: Interpretation and Application by National Courts of States'] (diss kand jurid nauk, 2006) (in Russian).

Oleksandra Yanovska

PROOF OF POWER OF ATTORNEY-AT-LAW:
PRESUMPTION OF GOOD FAITH

ABSTRACT. While the authority of governmental bodies rests upon their public powers and is supported by the entire machinery of the State, the authority of the Bar has only one support – public trust. As is commonly known, trust is hard to get and easy to lose, especially in such a conflict-ridden area as attorney's-at-law work in court. Involvement in the settlement of legal conflicts demands that an attorney-at-law comply with certain moral and ethical requirements, which he/she should implement while exercising his/her powers.

An analysis of the results of scientific efforts focused on the Bar demonstrates that so far issues pertaining to proof of power of attorney-at-law have received merely episodic attention of scholars. However, as court practice shows, as early as at the stage of proving their powers as a representative or a defense counsel, attorneys-at-law encounter certain problems which need not only statutory certainty, but also a change in the perception of attorneys-at-law as equal participants in legal relations in courts who are guided by a comprehensive system of ethical principles of attorney-at-law activities, which means that attorneys-at-law exercise their professional rights with good faith.

The article aims at resolving the scientific task of making an analysis and systematization of the approaches used in court practice for appropriate proof of power of attorney-at-law in court procedure in Ukraine; the purpose of the article is also to substantiate the

reasonableness of the introduced presumption of good faith as regards attorney's-at-law actions in the context of proof of power of attorney-at-law.

Part 1, Article 26 of the Law of Ukraine "On the Bar and Attorney-at-Law Activities" prescribes that an attorney's-at-law authority to provide legal aid may be confirmed by the following documents: 1) contract for legal aid; 2) power of attorney; 3) warrant; 4) instructions by a body (institution) authorized by law to provide free-of-charge legal aid. However, there are certain differences regarding proof of power of attorney-at-law in legal proceedings of different types. Along with the list of documents to be submitted to confirm power of attorney-at-law, there is also a certain inconsistency in court practice regarding whether the documents certifying attorney's-at-law powers in court should always be submitted as original documents. Besides, court practice regarding appropriate proof of power of attorney-at-law in court proceedings still contains a debatable issue about correct filling-in of mandatory details in the warrant subject to which legal aid is granted. Besides, it should be remembered that an attorney-at-law is directly liable for the accuracy of the data given by him/her in the warrant. At the same time, current legislation of Ukraine prescribes criminal and disciplinary liability of an attorney-at-law for providing untrue data in the warrant. In particular, Article 400-1 of the Criminal Code of Ukraine establishes criminal liability of an attorney-at-law for knowingly untrue notification of the court about his/her powers to represent another person in court, as well as in case an attorney-at-law deliberately does not mention in the warrant that there is any limitation of his/her powers established by a respective legal aid contract. Disciplinary liability for providing untrue data in the warrant is applied to an attorney-at-law in accordance with Section VI of the Law of Ukraine "On the Bar and Attorney-at-Law Activities".

It is obvious that a court of law should apply legal provisions and perform legally significant actions with due regard for the circumstances of a particular case and at the same time should ensure efficient protection of rights, freedoms and legitimate interests. However, the formal approach with which the court exercises its powers already at the stage when a person appeals to the court may entail a violation of the right to a fair trial. It is worth noting that many problems arising when an attorney-at-law proves his/her powers as a representative or a defense counsel in various types of legal proceedings could be avoided if courts, while assessing the competence of an attorney to carry out certain procedural actions, used the presumption of good faith as to how an attorney-at-law fulfils his/her contractual obligations to provide professional lawyer's aid. In general, an attorney whose work is guided not only by the rules of law but also by ethical principles, should adhere to certain requirements which will testify to his/her honesty, conscientiousness and responsibility as a representative or a defense counsel protecting the rights and legitimate interests of a participant to court proceedings. Observing these requirements, an attorney-at-law will create an objective background allowing the court to presume that he/she acts in good faith.

The analysis and systematization of the approaches used in court practice to appropriately confirm power of attorney-at-law in court proceedings in Ukraine allow arriving at the following conclusions: 1) proof of power of attorney-at-law as a representative or a defense counsel in court proceedings is an important stage of his/her exercise of professional rights and obligations; 2) excessive formalism on the part of court when checking an attorney's competence in court proceedings can entail a violation of the right of access to court,

Олександра Яновська

which, in turn, is an integral element of the right to a fair trial; 3) unfortunately, today there is no unity of court practice in respect of how an attorney-at-law can prove his/her powers, due to insufficient statutory regulation of such problematic issues as an exhaustive list of documents confirming an attorney's powers, and strict regulation of the procedure according to which a warrant should be made as the main document proving an attorney's powers; 4) with a view to ensuring the right of access to court and given that attorneys-at-law are now liable under criminal law for untrue notification of court about their powers, there are good reasons to introduce the presumption of good faith in the situations when courts verify power of attorney-at-law as a representative or a defense attorney in court proceedings.

KEYWORDS: power of attorney-at-law; presumption of good faith; attorney's-at-law ethics; ensuring of access to justice; legal purism; contract for legal aid; warrant.