

І. Юридична природа адвокатури в національній правовій доктрині



Світлана Фурса

докторка юридичних наук, професорка,
заслужена юристка України, завідувачка кафедри
нотаріального та виконавчого процесу і адвокатури
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка
(Київ, Україна)
fursa_2003@ukr.net

УДК 347.965.1: 340.12

АДВОКАТУРА КРИЗЬ ПРИЗМУ НАЦІОНАЛЬНОЇ ПРАВОВОЇ ДОКТРИНИ

АНОТАЦІЯ. Сучасні тенденції вдосконалення того чи іншого виду правоохоронної та правозахисної діяльності відрізняються непослідовністю і доволі часто прямо протилежними за змістом “пропозиціями”, що висловлюються представниками органів державної влади. На жаль, такі тенденції потрапляють не тільки в окремі законодавчі акти, а й без широкого конструктивного обговорення закріплюються в Основному Законі України. При цьому автори таких пропозицій беруть за основу лише власні корпоративні інтереси і не прораховують тих наслідків, які вони викликать для громадян України та інших фахівців, не зіставляють позитивних і негативних результатів впровадження їх ініціатив у найближчій та подальшій перспективі тощо.

Мета статті – привернути увагу науковців до фундаментальних основ професійної діяльності адвокатів і вироблення концепції її розвитку, а також висвітлення окремих проблемних питань.

У статті порушені два важливих і дискусійних питання, які мають викликати інтерес у фахівців на предмет формування змісту науки про адвокатуру (адвокато-логію) і такого її напрямку досліджень, як філософське сприйняття функцій адвоката в правовому суспільстві, об’єктивних і суб’єктивних факторів, які мають братися за основу при визначенні специфіки їхньої діяльності, об’єднанні в адвокатські об’єднання, підвищенні кваліфікації тощо.

Без наукового і незаангажованого аналізу сучасних тенденцій розвитку правової системи України і, зокрема, адвокатури як істотної її частини не можна виробити оптимальні напрями її вдосконалення. Тому кроки з введення “адвокатської монополії” та з її скасування – це прояв категоричного мислення, властивий ювенільному максималізму. Вважаємо, що адвокатська монополія можлива і корисна, але, на нашу думку, в обмеженому обсязі, зокрема, коли для проведення слідчих дій

необхідно призначати захисника, участь його у кримінальних справах. Тому ці питання потребують випереджаючого наукового дослідження, а не швидкого прийняття рішень і закріплення їх у законі, а тим паче в Конституції України.

Для попередження подібних категоричних кроків у майбутньому має бути створена об'єктивна картина функціонального спрямування діяльності адвокатів і цей напрям досліджень запропоновано назвати філософією науки про адвокатуру як одного з її напрямів. Тому статтю не можна сприймати як окреслену теорію філософії науки про адвокатуру, оскільки її мета – це лише початковий етап встановлення проблем, які нині є в адвокатурі та визначення підходів до формування такої теорії, яка дасть можливість науково-обґрунтовано сформулювати шляхи вирішення цих проблем, спрогнозувати розвиток адвокатури на майбутнє.

Ключові слова: наука про адвокатуру; філософія; адвокатура; адвокат; монополія; правові послуги; спеціалізація адвоката; гонорар.

Сучасна адвокатура України є впливовою та самоврядною професійною організацією, із лав якої вийшло багато адвокатів, які нині обіймають високі державні посади. Значна частина юристів здобуває, а ще більша має бажання отримати статус адвоката. Як не дивно, але Президент України В. Зеленський у перший день роботи Верховної Ради України зареєстрував як невідкладний законопроект № 1013 щодо скасування адвокатської монополії, згідно з якою встановлювався поступовий перехід на представництво в судах тільки адвокатами з 2020 р.¹ Чим викликана така реакція та поспішність у діях Президента України? Відповідь на це запитання важко знайти в офіційних джерелах, оскільки спроби відшукати обґрунтування цього законопроекту на сайті Верховної Ради України не дали позитивних результатів. Деякі джерела свідчать про те, що такий крок обумовлений таким:

А тепер уявіть собі, який колапс очікує систему з 1 січня 2020 року, коли треба буде оплачувати кожен “процесуальний” рух адвоката, а їх кількість неможливо буде заздалегідь передбачити. За найскромнішими підрахунками тільки в Міністерстві юстиції України і дотичних до нього установах щорічно розглядається близько 13 тисяч судових справ. Якщо ж провести аналогію з середньою сумою оплати послуг адвоката, який надає безоплатну вторинну правову допомогу, то для представництва інтересів у такій кількості справ необхідний бюджет, як мінімум, у 40 млн грн!²

Виникає риторичне запитання про те, а які міркування стали передумовою введення адвокатської монополії в Україні і яких результатів бажали

¹ ‘Зеленский отменяет адвокатскую монополию’ (ЛІГА:ЗАКОН, 29.08.2019) <https://jurliga.ligazakon.net/news/188844_zelenskiy-otmenyaet-advokatskuyu-monopoliyu> (дата звернення: 23.10.2019).

² Н Мамченко, ‘Президент Зеленський планує скасувати адвокатську монополію: які причини’ (Судово-юридична газета, 29.08.2019) <<https://sud.ua/ru/news/publication/148923-prezident-zelenskiy-planuye-skasuvati-advokatsku-monopoliyu-yaki-prichini>> (дата звернення: 23.10.2019).

досягти автори такої реформи судочинства? Цілком можливо, що для таких нововведень істотним поштовхом став іноземний досвід або лобювання інтересів адвокатів тощо. Тому для аналізу таких складних питань вважаємо за необхідне вийти за межі науки про адвокатуру (адвокатології), предметом якої є дослідження організації адвокатури та діяльності адвокатів, і брати за основу філософію права, оскільки при вирішенні таких питань не можна оперувати інтересами лише самих адвокатів, а вчених та законотворців мають цікавити й інтереси суспільства та держави загалом. При цьому, не претендуючи на започаткування такої нової галузі загальної науки про право, як наука про адвокатуру (адвокатологія), вважаємо, що потрібен новий та широкий погляд на проблеми адвокатської діяльності, який можна реалізувати за допомогою всебічного наукового аналізу існуючих проблем в адвокатурі через призму їхнього переосмислення та запропонувати шляхи їх вирішення. Якщо нині філософія права визнана як галузь правової науки³, то вона має спиратися також на дослідження проблем, які є у різних правових інституціях і галузях права. Слід зазначити, що нині багато праць присвячено дослідженню філософії цивільного права⁴, в окремих наукових дослідженнях аналізуються філософські підходи до діяльності адвокатів⁵, тощо. Дуже багато науково-практичних праць було присвячено моральним засадам адвокатської діяльності і дореволюційними фахівцями⁶. Тому нині слід узагальнити весь попередній досвід і переосмислити сутність адвокатури загалом як професійного об'єднання та адвокатської професії зокрема, допустимі межі діяльності адвоката та його роль у суспільстві на рівні філософії права, оскільки професійна діяльність останнього цікавитиме не тільки потенційних адвокатів для кращого орієнтиру в їх майбутній професії, а тому, що діяльність адвоката спрямована насамперед на реалізацію однієї з функцій нашої держави, яка передбачена у ст. 131² Конституції України – надання правничої допомоги на високому професійному рівні⁷. Таке завдання комплексно та системно може бути вирішено лише вченими, які тривалий час займаються дослі-

³ В Бачинін та В Журавський та М Панов, *Філософія права: підручник для студентів юридичних спеціальних вищих навчальних закладів* (Ін Юре 2003) 472; В Кузнецов, *Філософія права. Історія та сучасність: навчальний посібник* (ПЦ Фоліант 2003) 382; В Нерсисян, *Філософія права: краткий учебный курс* (НОРМА 2000) 256.

⁴ А Рыженков, 'Тегелевская философия гражданского права' [2017] 1(10) Российский журнал правовых исследований 204-8; М Семякин, 'Философия частного права в метафизике И. Канта и ее влияние на частнопроводную доктрину' (2013) 3 Российской юридический журнал 112.

⁵ А Яшин, 'Философские идеи русских мыслителей судебной защиты II половины XIX века (А. Ф. Кони, В. Д. Спасович, Ф. Н. Плевако, К. К. Арсеньев, С. А. Андреевский)' (автореф канд дис философ наук, 2009); Ю Тихонравов, 'Философия правозащиты' (1998) 5 Русский адвокат 3-66; А Клишина, 'Профессиональное правосознание адвокатов: теоретико-правовое исследование' (автореф канд дис юрид наук, 2008).

⁶ Е Васильковский, *Организация адвокатуры*, ч 1: *Очерк всеобщей истории адвокатуры*; ч 2: *Исследование принципов организации адвокатуры* (Н К Мартынов 1893) 14.

⁷ Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>> (дата звернення: 13.10.2019).

дженням проблем адвокатури. Зважаючи на філософію права, проблеми, які нині в адвокатурі мають стати об'єктом і предметом науки про адвокатуру з властивими їй методами пізнання, оскільки, з погляду філософії, таким дослідникам потрібно "широко" дивитися та вміти розуміти сутність тих процесів, які відбуваються у світі, а також у суспільстві, в державному устрої нашої держави, її правовій системі з урахуванням того місця, яке займає адвокатура у ній та її соціальну місію, бачити і прогнозувати тенденції її розвитку. Саме наука про адвокатуру (на кшталт того, як про це писав автор щодо науки про нотаріат⁸) має робити прогнози розвитку того чи іншого правового явища та пропозиції щодо втілення наукових концепцій, доктринальних положень, які роками публічно обговорювалися і схвально були сприйняті спільнотою. Тому при розробці концепції та стратегії розвитку адвокатури слід зважати на базис доктринальних напрацювань учених і, безумовно, з урахуванням змін у суспільних відносинах і державному устрої нашої держави та її правової системи.

Говорячи про формування національної доктрини щодо адвокатури, слід звернутися насамперед до історії становлення і розвитку науки про адвокатуру, у межах якої почалися формуватися певні наукові погляди, поняття, концепції, доктринальні положення. Однак варто звернути увагу на той факт, що про науку адвокатури як елемент загальної науки про право, як про єдине цілісне утворення, вчені почали говорити пізніше, ніж здійснювати наукові дослідження історії адвокатури, правових систем, організації адвокатури та адвокатської діяльності. Серед авторів наукових праць про адвокатуру слід зазначити таких українських учених, як М. Михеєнка, О. Святоцького, Т. Варфоломєєву⁹, які зробили істотний внесок у розвиток адвокатури як інституції та науки про неї.

Вперше питання науки про адвокатуру (адвокатології) досліджувалося російським ученим, адвокатом Ю. Лубшевим¹⁰. Далі це вчення набуло подальшого розвитку в Україні, зокрема, у працях С. Фурси у навчальному посібнику з адвокатури, де цілий розділ присвячений питанням науки про адвокатуру¹¹ та набуло розвитку далі у працях вченого¹². У 2017 р. вчення про адвокатуру (адвокатологію) в Україні стало предметом дослідження у докторській дисертації Н. Бакаянної, яка зазначала, що

⁸ С. Фурса, 'Теорія нотаріального процесу (наука про нотаріальний процес) та її складові' в *Теорія нотаріального процесу: науково-практичний посібник* (Фурса С заг ред, Алерта 2012) 28-9.

⁹ *Історія адвокатури України* (Варфоломєєва Т та Святоцький О заг ред, 1992) 154; О. Святоцький та М. Михеєнка, *Адвокатура в Україні* (Ін Юре 1997); О. Святоцький та В. Медведчук, *Адвокатура: історія і сучасність* (Ін Юре 1997); *Адвокатура країни: правове регулювання та судова практика* (Сафулько С та Святоцький О ред, Ін Юре 2003).

¹⁰ Ю. Лубшев, *Адвокатура в Росії: учебник* (Профобразование 2001) 9-55.

¹¹ *Адвокатура України: навчальний посібник, кн 1* (Фурса С ред, КНТ 2007) 10-9.

¹² *Адвокатура України, кн 1: Організація адвокатури (з практикумом): підручник* (Фурса С та Бакаяннова Н заг ред, 2-ге вид доповн і перероб, Алерта 2016) 11-7.

нині проблемні питання в організації та діяльності адвокатури України мають досліджуватися у межах такої галузі правової науки, як адвокатологія¹³. Складно не погодитися з позицією вченої, в дисертаційній праці якої значна роль була відведена саме аналізу функціонального навантаження на адвоката та організаційної структури адвокатури¹⁴. На жаль, виважена позиція вченої не була врахована при вирішенні питання про запровадження адвокатської монополії.

Однак із розвитком суспільних відносин, участі України у глобалізаційних процесах та у період адаптації українського законодавства до законодавства Європейського Союзу (далі – ЄС) учені почали досліджувати адвокатуру на іншому рівні, зокрема, з урахуванням міжнародних стандартів адвокатської діяльності. Зокрема, Т. Вільчик захистила докторську дисертацію на тему “Адвокатура як інститут реалізації права на правову допомогу: порівняльно-правовий аналіз законодавства країн Європейського Союзу та України”¹⁵, де була значна увага приділена порівняльному аналізу законодавства України та ЄС про адвокатуру й сформульовані доктринальні підходи щодо реалізації права на правову допомогу через адвокатуру. Н. Бакаянова у своїй дисертації “Функціональні та організаційні основи адвокатури України”¹⁶ приділила значну увагу питанням науки про адвокатуру (адвокатологію), комплексно дослідила функції адвокатури, їх зміст, принципи, зокрема організаційні засади адвокатури, сформулювала теоретичні концепції та пропозиції з удосконалення чинного законодавства про адвокатуру та адвокатську діяльність. С. Іваницький також у 2017 р. захистив докторську дисертацію, присвячену питанням організації адвокатури та сформулював теоретичні концепції таких основ¹⁷. У 2019 р. А. Бірюкова – докторську дисертацію, присвячену питанням адвокатури України. Авторка зробила акцент на впливі глобалізації на розвиток адвокатури в Україні, трансформації правового статусу адвоката внаслідок глобалізації, а також міжнародній та національній практиці регулювання правового статусу адвоката та етиці останнього¹⁸. Однак, незважаючи на такий значний внесок учених у науку про адвокатуру, сформульовані доктринальні висновки, концепції щодо розвитку адвокатури, законодавча влада зробила крок

¹³ Н. Бакаянова, *Основи адвокатури України: функціональні та організаційні аспекти* (Юридична література 2017) 27-64.

¹⁴ Н. Бакаянова, ‘Функціональні та організаційні основи адвокатури України’ (дис д-ра юрид наук, 2017) 395.

¹⁵ Т. Вільчик, ‘Адвокатура як інститут реалізації права на правову допомогу: порівняльно-правовий аналіз законодавства країн Європейського Союзу та України’ (автреф дис д-ра юрид наук, 2016) 40.

¹⁶ Бакаянова (н 16) 395.

¹⁷ С. Іваницький, ‘Теоретичні основи організації адвокатури в Україні’ (автреф дис д-ра юрид наук, 2017) 40.

¹⁸ А. Бірюкова, *Адвокатура України в умовах глобалізації* (Алерта 2018) 2.

назад і на розгляді Верховної Ради України нині перебуває законопроект про скасування адвокатської монополії. Цей крок було зроблено дуже швидко, невпевнено та без широкого публічного обговорення. Тому нині окремі фахівці пропонують знову переформатувати Закон України “Про адвокатуру та адвокатську діяльність” (далі – Закон про адвокатуру)¹⁹ у світлі нової судової реформи. Проте для комплексного реформування хоча б одного органу та внесення змін до закону, який регламентує його організацію та діяльність, слід простежити ті наслідки, які викличуть такі нововведення у правовій системі України, оскільки діяльність адвокатів безпосередньо пов’язана з судочинством, де беруть участь не тільки адвокати, а й судді та прокурори.

Тому нині, на рівні держави, має стояти питання про формування національної правової доктрини, відповідно до якої мають бути зроблені орієнтири реформування судоустрою, зокрема й адвокатури, прокуратури, нотаріату, органів примусового виконання рішень судів та інших органів (посадових осіб), органів державної влади, які мають бути широко і публічно обговорені й тільки після цього повинні вноситися зміни до законодавства, яке регламентує організацію та діяльність як юрисдикційних органів, так і державних органів влади. Саме національна правова доктрина має визначити ті орієнтири, яких наша держава має досягнути для того, щоб вона, по праву, вважалася правовою.

Однак не можна не звернути увагу фахівців на існуючу в Україні Концепцію удосконалення чинного законодавства про судоустрій, статус суддів, судочинство та суміжні правові інститути, яка підготовлена робочою групою з питань розвитку законодавства про організацію судової влади та здійснення правосуддя Комісією з питань правової реформи при Президентові України (далі – Концепція). Останній документ офіційно не був наданий для аналізу фахівцями та оприлюднюється лише враження від нього фахівців як певна сенсація²⁰.

Не будемо докладно аналізувати всі положення, які мають місце у цих публікаціях, але вважаємо за доцільне прокоментувати такий фрагмент:

У Концепції пропонується встановити на законодавчому рівні, що оновлення законодавства про адвокатуру та адвокатську діяльність здійснюється виключно профільними законами з урахуванням відповідних міжнародних стандартів та думки адвокатури²¹.

¹⁹ 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: 23.10.2019).

²⁰ ‘Адвокати можуть отримати доступ до ЄРДР’ (*lexinform*) <<https://lexinform.com.ua/zakonodavstvo/advokaty-mozhut-otrymaty-dostup-do-yerdr>> (дата звернення: 23.10.2019).

²¹ ‘Комісія з правової реформи при Президентові попередньо затвердила Концепцію удосконалення діючого законодавства про судоустрій’ (НААУ, 18.11.2019) <<https://unba.org.ua/news/4896-komisiya>>

Тобто Концепція коротко зводиться до того, що “оновлення законодавства здійснюється законами”. Тому у зв’язку з цим виникає риторичне запитання: а як по-іншому воно має оновлюватися? Чи потрібно говорити про те, що норми законодавства мають відповідати міжнародним стандартам? Як сприймати положення про “думку адвокатури”?

При цьому в Концепції та в кримінальних справах взагалі не йдеться про те, а чи потрібна адвокатська монополія. Дійсно, Конституційний Суд України (далі – КСУ) висловив свою позитивну позицію щодо скасування адвокатської монополії²², але в проекті змін до Конституції України пропонується залишити її щодо захисту особи від кримінального обвинувачення. Водночас варто враховувати те положення, що кримінальне обвинувачення може стосуватися незначних за своїм змістом і наслідками дій обвинуваченого та не нести істотну суспільну небезпеку. Зокрема, відмова потерпілого (його представника у випадках, передбачених Кримінальним процесуальним кодексом України (далі – КПК України)) згідно з ч. 4 ст. 26, п. 7 ч. 1 ст. 284 КПК України є безумовною підставою для закриття кримінального провадження у формі приватного обвинувачення²³, тому абсолютизувати необхідність захисту прав обвинуваченого в таких справах лише адвокатом так само важко.

Ба більше, навіть узгоджений із Національною асоціацією адвокатів України (далі – НААУ) законопроект під час його прийняття Верховною Радою України може зазнати кардинальних змін, що може бути досягнуто за допомогою внесення до його змісту поправок тощо.

Нічого у Концепції не сказано про доктрину адвокатури, тому можна припустити, що вчені не брали участі у її підготовці, що викликає певне занепокоєння.

Тому, на нашу думку, слід сформулювати доктрину розвитку правової системи України і на цій підставі розробити концепції удосконалення діяльності всіх органів та осіб, які здійснюють правоохоронну, правозахисну та правовідновлювальну діяльність. Лише в такому разі Україна стане правовою державою і, зокрема, реформа судочинства не буде постійно зазнавати кардинальних змін, а відбуватиметься поступово за поперед складеним покроковим планом. Наша держава вже вдруге реформує судочинство. Так, нині у Верховному Суді накопичилася величезна

кількість нерозглянутих справ і можна очікувати, що за це держава відповідатиме в Європейському суді з прав людини (далі – ЄСПЛ), оскільки порушуватимуться розумні строки розгляду справ. У Раді Європи очікують свого вирішення тисячі справ, які ЄСПЛ визнав аналогічними справам, які він розглянув і в яких Україна має компенсувати своїм громадянам завдану шкоду²⁴, але ці справи не набувають свого остаточного вирішення ні в Україні, ні у Раді Європи. Тому не можна реформувати судочинство і, відповідно, адвокатуру поспіхом, не враховуючи ті складнощі, які виникнуть під час реформи, і не брати до уваги ті виклики, які стоять перед правовою системою України. Отже, правова доктрина має будуватися на позиціях провідних учених, які пройшли публічні випробування, орієнтовані на усунення найбільш складних проблем, а також спиратися на філософію науки, яка вивчає організацію та діяльність усіх осіб, які уповноважені державою забезпечувати правопорядок у державі.

Слід визнати, що, незважаючи на комплексні наукові дослідження, які були присвячені проблемам адвокатської діяльності і, відповідно, організації адвокатури, її сучасний розвиток можна сприймати як хаотичний. Спочатку адвокатуру звільнили від організації та контролю з боку Міністерства юстиції України (далі – Мін'юст) і запровадили обов'язкове членство в НААУ, а потім почали лобіювати і формувати адвокатську монополію, яка в підсумку була запроваджена. Нині, коли в Україні від таких непродуманих кроків налічується 52 тис. адвокатів, які фактично залишаються без роботи, почали говорити про необхідність скасування адвокатської монополії (законопроект № 1013). У цьому хаотичному русі важко знайти логіку, якщо не брати до уваги ті інтереси, які спонукають до таких кроків.

Якщо ми беремо за основу діяльність адвокатів як незалежних професіоналів своєї справи, які борються за права своїх клієнтів не тільки у відносинах між пересічними громадянами, а й від утисків із боку держави, то такий крок є цілком виправданим, оскільки забезпечує адвокату свободу від потенційного переслідування з боку Мін'юсту. Але така концепція не є абсолютною, оскільки Мін'юст через Координаційний центр з надання правової допомоги залишає за собою можливість впливати на адвокатів, які погодилися надавати безоплатну правничу допомогу.

Водночас діяльність адвокатів не може бути абсолютно незалежною від держави, яка фактично наділила їх винятковими повноваженнями на здійснення діяльності з надання правничої допомоги власним громадянам, а також на отримання певного доходу за наслідками її реаліза-

²⁴ С Фурса та Є Фурса, 'Рішення Європейського суду про правах людини: актуальні питання їх виконання' в *Реформа виконавчого провадження: сьогодні та перспективи. Збірник наукових праць* (Шкляр С та Фурса С та Снідевич О ред кол, Юстон 2018) 125-131.

ції. Тому держава, яка створила такі правила, не може залишати сферу правової діяльності, зокрема й адвокатської без відповідного контролю як у питаннях виявлення правопорушень і злочинів, так і у сфері притягнення винних осіб до відповідальності та позбавлення їх відповідного статусу. Незважаючи на останній аргумент, сьогодні до складу кваліфікаційно-дисциплінарних комісій входять лише адвокати, які вирішують долю своїх же колег або потенційних конкурентів, але в них не представлені будь-які інші особи, наприклад, вчені. Участь вчених у роботі таких комісій дасть можливість їм ознайомитися з тими проблемами, які мають місце на практиці та запропонувати шляхи їхнього вирішення. Пам'ятаю часи, коли до складу кваліфікаційних комісій обов'язково входили вчені, оскільки був потрібний зворотній зв'язок між вченими та практиками. Тому нині до участі в екзаменаційних комісіях у вищі навчальні заклади (далі – ВНЗ) залучаються практичні представники професії з науковим ступенем. Отже, можна зробити висновок, що питання оцінки знань майбутніх адвокатів чи притягнення адвокатів до відповідальності вирішуються кулуарно. Водночас до повноважень З'їзду адвокатів України віднесено обрання двох членів до Вищої ради правосуддя (ст. 54 Закону про адвокатуру²⁵), тобто до державної установи. Отже, з одного боку, державні установи залежать від думки та позиції адвокатів, а з другого – на позицію адвокатів щодо наділення кандидатів в адвокати відповідними повноваженнями держава вплинути не може. Так само, позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю вирішується самими адвокатами. Проте адвокат здійснює свою діяльність в інтересах пересічних громадян і такі інтереси мають захищати уповноважені органи державної влади, які так само мають бути наділені відповідними повноваженнями на усунення недостойних адвокатів із лав адвокатури. Тобто заради об'єктивності й усунення потенційно можливої корупції в лавах адвокатського самоврядування держава має залишати за собою важелі впливу на конкретного адвоката, у діяльності якого було виявлено ознаки правопорушення.

Під якими гаслами було запроваджено адвокатське самоврядування? Розглянемо це положення на тих умовах, які були визначені в Законі про адвокатуру. Так, у ст. 5 проголошено, що 'адвокатура є незалежною від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб'²⁶, але такий принцип неможливо реалізувати, інакше ми визнаємо адвокатуру самостійною "державою" в державі Україна. Тобто в цій нормі визнається право на незалежність адвокатури і, відповідно,

²⁵ Про адвокатуру та адвокатську діяльність (н 19).

²⁶ Там само.

адвокатів як складової – суб'єктів адвокатури, а на державу покладається лише обов'язок створювати належні умови для діяльності адвокатури та забезпечення дотримання гарантій адвокатської діяльності.

Це положення певною мірою суперечить і повноваженням суду, який, безумовно, відноситься до державної судової гілки влади і має право вирішувати питання про законність рішення Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури (ч. 7 ст. 52 Закону про адвокатуру²⁷). Однак останнє положення застосовуватиметься лише в тому разі, коли адвокатське самоврядування вирішить притягнути адвоката до відповідальності й останній із таким рішенням не погодиться. У разі ж застосування кваліфікаційно-дисциплінарною комісією менш суворого покарання за правопорушення, яке адвокат вчинив, вважаємо, що розголосу такого рішення не варто очікувати. Тому не можна однозначно вважати, що «адвокатура є незалежною від органів державної влади».

Знов-таки для отримання права на надання безоплатної правничої допомоги адвокати мають пройти конкурс із відбору адвокатів відповідно до Порядку і умов проведення конкурсу з відбору адвокатів, які залучаються для надання безоплатної вторинної правової допомоги²⁸. При цьому для взяття участі у конкурсі в адвоката має бути у наявності не тільки свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю та певний досвід роботи, а й обов'язково мають бути проведені додаткові випробування:

- проходження дистанційного навчання, що містить перевіірочні тестові завдання, оцінювання яких здійснюється автоматично, з використанням засобів системи управління контентом відповідного дистанційного курсу;

- проходження адвокатом співбесіди в Комісії, де її членами за критеріями мотивації до надання безоплатної правової допомоги оцінюється комунікабельність, емоційна врівноваженість та вміння представити приклади успішного надання ним правової допомоги²⁹.

Отже, останнє положення свідчить про те, що для надання адвокатом безоплатної правничої допомоги недостатньо мати свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю, оскільки конкурсні комісії, які утворюються управліннями юстиції в регіонах, фактично перевіряють адвокатів на здатність виконувати на належному рівні їх професійні повноваження. Це положення одночасно можна розцінити як намагання Центру

²⁷ Про адвокатуру та адвокатську діяльність (н 19).

²⁸ Порядок і умови проведення конкурсу з відбору адвокатів, які залучаються для надання безоплатної вторинної правової допомоги, у редакції постанови Кабінету Міністрів України від 9 серпня 2017 р. № 575 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/en/1362-2011-%D0%BF>> (дата звернення: 23.10.2019).

²⁹ 'Конкурс адвокатів. Загальні питання' (Координаційний центр з надання правової допомоги, 23.02.2015) <<https://www.legalaid.gov.ua/ua/konkurs-advokativ/zahalna-informatsiia>> (дата звернення: 23.10.2019).

Світлана Фурса

з надання безоплатної вторинної правової допомоги (далі – Центр) укладати договори з найбільш професійними адвокатами. Натомість ті адвокати, які не пройшли такого конкурсного відбору, об’єктивно мають вважатися менш професійними за інших і, незважаючи на це, продовжуватимуть надавати оплатну правничу допомогу пересічним громадянам та юридичним особам.

Для порівняння, відповідно до ч. 4 ст. 21 Закону України “Про безоплатну правову допомогу” (далі – Закон):

Для здійснення представництва інтересів осіб, які мають право на безоплатну вторинну правову допомогу, в суді у справах, що виникають з трудових відносин, справах щодо захисту соціальних прав, щодо виборів та референдумів, у малозначних справах, а також щодо представництва малолітніх чи неповнолітніх осіб та осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена, або для складання документів процесуального характеру Центр з надання безоплатної вторинної правової допомоги може уповноважити свого працівника³⁰.

Тобто адвокати, які не пройшли конкурсного відбору, вважатимуться менш професійними ніж працівники Центру, оскільки їм не можна доручити навіть таких справ. Хоча останнє положення певною мірою суперечило й адвокатській монополії.

Ба більше, у такому разі виникає диспропорція, оскільки після виявлення особливих здібностей таких адвокатів можна констатувати, що вони матимуть переваги перед іншими адвокатами і це дуже важливий фактор, коли він відтворюватиметься у цивільному та інших процесах, де домінує принцип змагальності. Така система відбору адвокатів для надання безоплатної правничої допомоги штучно створює певну ієрархію серед адвокатів, яка не відповідає принципу їхньої рівності та іншим етичним вимогам. Водночас варто звертати увагу й на можливість виникнення на цій підставі і корупційної складової.

Про цей аспект свідчило й інше повноваження Центру, яке згідно зі ст. 17 Закону може укладати контракти з адвокатами, включеними до Реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу, для надання такої допомоги на постійній основі та на тимчасовій основі (на підставі окремих договорів про надання послуг)³¹. Тобто можна припустити, що ті, хто працює на постійній основі, мусять надавати будь-які правові “послуги”, а ті, що працюють на тимчасовій основі, мають право

www.pravoua.com.ua

³⁰ Про безоплатну правову допомогу: Закон України від 2 червня 2011 р. № 3460-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17>> (дата звернення: 23.11.2019).

³¹ Там само.

обирали, в яку справу вони увійдуть, тобто найбільш оплачувану та найменш складну.

У частині 2 ст. 21 Закону також можна помітити потенційно можливу корупційну складову, оскільки передбачається: 'Під час призначення адвоката враховуються його спеціалізація, досвід роботи, навантаження, складність справ, у яких адвокат бере участь'³². Тобто досвід роботи вже мав бути врахований під час конкурсного відбору адвоката, а після відбору – всі адвокати, які надають безоплатну правову допомогу, мають вважатися рівними. Важко визначити й складність справ, у яких бере участь адвокат, доти, доки не ознайомишся з їхнім змістом. Крім того, поняття "складність справи" може вимірюватися кількістю її томів, які доволі часто, непропорційно, зростають через повістки, письмові та інші докази тощо. Тому складність справи – це оціночне поняття та її досить складно оцінити. Ба більше, коли питання ставиться про спеціалізацію адвоката, то вона має враховуватися і під час проведення конкурсного відбору, і поділу адвокатів за їх спеціалізацією.

Вважаємо, що питання про спеціалізацію адвокатів у певних галузях права є поки що проблемним, але абсолютно виправданим і пов'язано з такими глобальними процесами, як збільшення інформації в геометричній прогресії, її ускладнення, що зумовлено стрімким розвитком наукових досліджень, прийняттям нових нормативних актів, зростанням кількості судових справ тощо. Такий зовні непомітний процес, як спеціалізація адвокатів на певних видах судочинства та категоріях справ, нині навіть має місце при формуванні спеціалізацій для підготовки майбутніх фахівців у ВНЗ, але не враховується при набутті статусу адвоката, що, на нашу думку, не відповідає вимогам законодавства. При цьому спеціалізація юристів у певних сферах діяльності та відповідних галузях права вже відтворена й у судовому устрої України, та при захисті дисертаційних досліджень, де обов'язково має бути зазначена спеціальність, у межах якої виконується наукова праця. Тому можна стверджувати, що спеціалізація адвокатів і визначення останніми певних сфер такими, що є для них пріоритетними – це об'єктивний процес удосконалення їх знань, набуття певних навичок, тобто їх кваліфікації. Отже, питання спеціалізації адвокатів повинні знайти свою регламентацію у Законі про адвокатуру та поступово втілюватися у їх професійну діяльність. Сприймаючи цей процес концептуально, тобто з погляду науки, слід зазначити, що вузькі спеціалізації, які нині мають місце у деяких ВНЗ, наприклад, авторське право, є неприпустимими, оскільки підготовка вузькопрофільних фахівців без відповідних зв'язків із їх професійною діяльністю у

³² Про безоплатну правову допомогу (н 30).

майбутньому змушуватиме молодих адвокатів-початківців до самостійної та кропіткої роботи з розширення власних знань, щоб вони змогли отримувати хоча б мінімальний дохід і бути конкурентоспроможними. Наприклад, спеціалізація адвокатів можлива за принципом поділу справ за різними видами судочинства – цивільне, кримінальне, адміністративне, господарське – тобто адвокат спеціалізуватиметься на цивільних справах, зокрема тих, які виникають із права інтелектуальної власності, до прикладу, авторського права.

Це важливе питання не тільки для адвокатури, а й для підготовки кандидатів в адвокати. Спеціалізація адвокатів на певних видах діяльності може слугувати підставою для їх об'єднання на професійній основі, не говорячи вже про те, що при підвищенні їхньої кваліфікації потрібно враховувати напрями основної діяльності і для цього потрібно підбирати адресну інформацію для певних груп адвокатів.

Так, можна вважати, що іноземний досвід, де як самодостатній визнається такий напрям діяльності, як сімейний адвокат³³, може зацікавити й українських адвокатів, але для його реалізації необхідна наявність багатьох факторів. До одного з головних слід віднести популяризацію цього напрямку в широких верствах населення, а наступний крок – це позитивний досвід роботи хоча б декількох адвокатів у цій сфері. Українське суспільство відрізняється тим, що певні новації будуть викликати довіру лише тоді, коли люди почують від інших людей, а не з реклами, про позитивні результати діяльності сімейного адвоката. При цьому для набуття таким напрямом спеціалізації активного попиту потрібно, щоб врівноважувалися ціна попиту та пропозиції. Тому дуже важливою умовою для отримання кваліфікованої адвокатської допомоги слід визнати поліпшення фінансового стану більшості населення.

Так, в Україні робилися спроби запровадити в правову систему так званих аварійних комісарів, але вітчизняний досвід довів, що така форма реєстрації дорожньо-транспортних пригод (далі – ДТП) і вирішення спірних питань між їхніми учасниками не мала широкого попиту, а використовувалася лише страховими агентствами, і то з певними застереженнями. Однак у разі розгляду причин і наслідків ДТП доволі часто необхідна правнича допомога, тому саме у справах, що виникають із ДТП, потреба в спеціалізації адвокатів є очевидною. При цьому страхові агентства заінтересовані у тому, щоб їхні клієнти несли найменшу матеріальну відповідальність, що мало б стимулювати надання ними правничої допомоги власним клієнтам як на платній основі, так і зі значними зниж-

³³ С. Фурса, 'Консультативная работа адвоката по делам о разделе имущества супругов: перспектива семейной медиации' (2015) 4 Цивилистическая процессуальная мысль. Международный сборник научных статей 419-28.

ками. Сьогодні ж адміністративні правопорушення достатньо не аналізуються з правового погляду, а судочинство в справах про адміністративні правопорушення не має істотного розвитку, що слід вважати недоліком нашої правової системи.

Тож не можна виключати появу нових спеціалізацій адвокатів, які матимуть важливе значення для їхньої діяльності, але варто не забувати про важливий момент – у чийх саме інтересах така діяльність отримає попит. Так, певний попит отримали послуги колекторів, особливо щодо великої кількості дрібних боргів, але така діяльність напівлегальна, оскільки її зміст не регламентований законодавством, але такі послуги надають, як правило, об'єднані в групи особи, які отримують дохід. Водночас у США адвокатські об'єднання виступають як фактори тоді, коли клієнт готовий відступити право вимоги і така пропозиція цікава для об'єднання. Взаємний інтерес збігається тоді, коли клієнту не потрібно оплачувати адвокатські послуги і він може швидко та без істотних турбот отримати хоча б частину боргу або відшкодування. Тому така уступка боргу має зацікавити як кредитора, так і адвокатське об'єднання.

Отже, якщо питання про спеціалізацію адвокатів відображено в Законі як об'єктивний критерій, то воно має, відповідно, розкриватися у ньому ж. Ба більше, аналогічні положення мають послідовно відображатися і в інших нормативних актах, зокрема, у Законі про адвокатуру, щоб врівноважити змагальність між адвокатами в реальній судовій справі. Очевидно, що той адвокат, який спеціалізується на цивільних справах й акцентує свою увагу під час підвищення кваліфікації на цьому виді судочинства буде мати переваги перед адвокатом, який “береться” за будь-які справи або спеціалізується на кримінальному судочинстві. З огляду на це положення саме в інтересах держави та клієнтів слід вводити відповідну спеціалізацію для адвокатів. Але питання спеціалізації для адвокатів буде негативним, особливо для молодих, які ще не створили своєї клієнтської бази й до останнього часу не визначилися зі своєю спеціалізацією, тому беруться за будь-які справи.

Однак частина юристів так само спеціалізується на певних категоріях справ. Так, в адвокатській практиці авторки були випадки, коли для захисту власних інтересів клієнт обирав декількох вузьких фахівців із учених, які займалися дослідженням виборчого та адміністративного права та судочинства, які одночасно були його представниками в суді і консультантами, з огляду на сферу своєї компетенції. Хоча робота була складною у контексті узгодження їхніх позицій і під час виступів у суді, але результат був позитивним для клієнта.

Отже, при аналізі гасел про більшу юридичну компетентність адвокатів на противагу представникам інших юридичних професій, варто брати до уваги й ті положення, які знецінюють статус адвоката. Так, порівняно з працівниками Центру, адвоката змушують проходити додатковий конкурс на професійну придатність.

Попередній аналіз свідчить про те, що погляд на адвокатську діяльність та організацію адвокатури з об'єктивних позицій можливий, якщо застосовувати порівняльний метод і підняти рівень аналізу до філософії права, а в цій ситуації – до філософії науки про адвокатуру. Проте у такому разі вчені повинні брати до уваги не лише інтереси адвокатів, а й інтереси держави, окремого клієнта, та оцінювати їх у сукупності, а потім можна диференціювати, порівнювати та узагальнювати результати такого аналізу.

Сучасний курс реформування адвокатури України щодо її “звільнення” від адвокатської монополії, оголошений Президентом України, свідчить про те, що в Україні була зроблена спроба подивитися на потреби правової системи з боку суспільства, державного устрою та інтересів тих юристів, які не отримали статусу адвоката. Такий погляд є цікавим для аналізу та має сприяти появі нового підходу до діяльності адвокатів, сфери їх послуг та інших важливих аспектів у професії юриста й адвоката. При монополізації “ринку” правових послуг ми були свідками того, що всі юристи поступово почали отримувати свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю, але чи було позитивним таке явище?

Монополізація ринку – це загалом природне явище в нашій країні, оскільки кожна із заінтересованих осіб бажає набути певні преференції на отримання доходів із певної сфери суспільних відносин. Однак це питання має зацікавити Антимонопольний комітет України, який не повинен допускати монополізації певної сфери професійної діяльності.

Коли і звідки ж з'явилася така заінтересованість у монополізації ринку правових послуг? Очевидно, що такі тенденції існували давно, але вони були в головах поодиноких адвокатів, які, цілком можливо, порівнювали нашу правову систему з англійською, де представництво і захист прав осіб здійснюють лише адвокати, які, зі свого боку, поділяються на соліситерів та баристерів, хоча за останньою інформацією такий поділ вже не є актуальним. Однак загальна схема таких відносин цілком зрозуміла.

У зв'язку з істотним впливом кандидатів в адвокати, що було пов'язано з адвокатською монополією, до адвокатського самоврядування надійшли значні кошти. Зокрема:

Рішенням РАУ [Рада адвокатів України] встановлено, що внесок на проходження стажування становить три мінімальні заробітні плати станом на день подання особою заяви про призначення стажування. При цьому 70 % внеску сплачується стажистом безпосередньо на користь керівника стажування та використовується виключно для забезпечення проходження стажування та компенсації витрат такого керівника; 30 % сплачується стажистом на забезпечення діяльності ради адвокатів регіону та Ради адвокатів України, з яких 20 % – на поточний рахунок ради адвокатів регіону, а 10 % – на поточний рахунок Ради адвокатів України (Національної асоціації адвокатів України) <...> У разі, якщо за результатами стажування рада адвокатів регіону прийняла рішення про його продовження, стажист протягом 3 робочих днів після ухвалення такого рішення сплачує додатковий внесок на проходження стажування у розмірі 0,5 мінімальної заробітної плати, встановленої станом на день прийняття зазначеного рішення, за кожний місяць додаткового стажування³⁴.

Отже, в адвокатів виникає певний інтерес у тому, щоб стажистів було якомога більше і така сама заінтересованість є і в рад адвокатів, що зумовлює додаткові надходження. Тому очевидно, що матеріальна заінтересованість відігравала не останню роль у мотивації монополізації ринку правових послуг.

Незважаючи на те, що нині питання про скасування адвокатської монополії стоїть на порядку денному, вченим все ж таки слід проаналізувати передумови та наслідки такого явища, як монополізація ринку правових послуг, оскільки воно має як позитивні, так і негативні наслідки і такий правовий аналіз може мати значення у майбутньому. Позитивним моментом слід визнати те положення, що до судочинства не допускаються “випадкові” юристи, які не мають фахових знань, не неслимуть відповідальності за наслідками своєї діяльності. Водночас серед адвокатів так само є високопрофесійні юристи та “випадкові” люди, які прийшли до адвокатури за “великими грішми” і розраховували їх отримувати без напруженої праці. Ба більше, іноді в адвокатському середовищі важко притягнути адвоката, який недобросовісно виконує свої професійні обов’язки чи зловживає правами, до відповідальності через суб’єктивні й об’єктивні фактори.

Тому вважаємо, що передумови монополізації ринку правових послуг слід шукати й у такому явищі, як поява власної “адміністрації” в адвокатурі, яка особисто зацікавлена у збільшенні надходжень до адвокатського самоврядування. Чим більше адвокатів і чим більші їхні заробітки, тим більшими можуть бути їхні внески. Чим більше осіб бажає отримати

³⁴ ‘РАУ встановила новий розмір плати за стажування’ (НААУ, 13.02.2017) <<https://unba.org.ua/news/2186-rau-vstanovila-noviy-rozmir-plati-za-stazhuvannya.html>> (дата звернення: 23.11.2019).

статус адвоката, тим більше осіб буде складати іспити, проходити стажування, підвищувати кваліфікацію. І хоча ці процеси зовні суперечливі, оскільки збільшення кількості адвокатів на пряму зменшує доходи вже працюючих, поки що не лунають гучні публічні заклики адвокатів про те, що вже прийшов час вводити квотування або інше обмеження кількості адвокатів. Отже, у збільшенні доходів адвокатів завдяки кількості останніх та, відповідно, кількості внесків зацікавлене керівництво адвокатським самоврядуванням, а більшість адвокатів відчуватиме процес зменшення їхніх доходів унаслідок збільшення конкуренції і цей процес із часом лише набиратиме обертів. Із неофіційного спілкування з адвокатами можна почути заяви про те, що їх доходи зменшуються, а окремі великі адвокатські об'єднання стоять перед складною проблемою – вони не можуть, як раніше, платити великі зарплати своїм працівникам.

Якби процес монополізації ринку правових послуг був пов'язаний з об'єктивними перевагами адвокатів у наданні висококваліфікованої правничої допомоги, то відсторонення інших юристів від ринку правових послуг відбувалося б еволюційним шляхом. Професійні адвокати мали б значно більше клієнтів, а випадки надання некваліфікованої правничої допомоги іншими юристами “виставлялися на показ” суспільству. Коли ж процес монополізації ринку правових послуг здійснюється на законодавчому рівні, то необхідність високого професіоналізму всіх адвокатів стає сумнівною.

До останнього аргумента можна додати, що й до монополізації ринку адвокати здійснювали представництво і захист прав осіб у судочинстві, але суспільство не відчувало, що право громадянина в Україні є захищеним. Дійсно, за такий стан судочинства можна основну вину покласти на суддів, оскільки саме їхні рішення у подальшому оскаржувалися до ЄСПЛ. Але представляли права осіб в українському суді адвокати, які могли не тільки оскаржувати рішення до ЄСПЛ, а й мали право ставити питання про притягнення суддів за неправомірні рішення до дисциплінарної, цивільної та (або) кримінальної відповідальності, звертатися з позовами до держави тощо. Зважаючи на аналіз діяльності адвокатури, виникає запитання: а чи багато адвокатів за результатами професійної діяльності були усунені від неї?

Однак для формування високопрофесійної і моральної адвокатури, на нашу думку, слід визначити саме ті морально-етичні функціональні повноваження адвоката як члена суспільства та особи, яка може істотно вплинути на права і долі людей. До цього вчених спонукають художні фільми, в яких адвокати переходять межу і стають співучасниками злочинів, а також ті, у яких ідеться про духовний світ успішного адвоката,

який заради збереження власних духовних цінностей має відмовитися від участі в справі, щоб не звільнити від відповідальності злочинця. Трансформувати такі тонкі і, майже, непомітні риси діяльності адвокатів у норми законодавства або етичні вимоги до адвокатів практично неможливо, оскільки для цього потрібно відчувати біль і страждання людей, а не тільки власний успіх і гонорар.

Відрізнити імітацію від справжньої хвороби клієнта або супротивника здатен лише лікар, але деякі клієнти зловживають правами, зокрема, розраховуючи на жалість. Не казатимемо про те, що деякі клієнти намагаються удавати із себе бідних, малозабезпечених, а насправді вони є матеріально забезпеченими, мають постійний та непоганий дохід. Деякі клієнти намагаються здаватися “вівцями”, щоб адвокат був впевнений у тому, що вони не могли вчинити злочину. Така поведінка клієнта зумовлює виникнення в адвокатів захисної реакції – нікому не вірити і не співчувати. Але ж найліпший спосіб відчувати стан клієнта – це поставити себе на його місце. Тому доволі часто адвокати дуже емоційно переживають власний програш справи не через негативний для них особисто результат, а через ті негативні наслідки, які виникнуть у його клієнта. Як виміряти ті емоційні навантаження, які переживає адвокат, слухаючи свого клієнта, коли він не здатен надати йому миттєву допомогу?

У зв'язку з цим варто звернути увагу на науку про адвокатуру через призму її філософії, що дає змогу оперувати об'єктивними критеріями, а не емоціями. Відрізнити позитивне від негативного без відсторонення адвоката від участі у відповідному процесі складно. Тому пропонується підійти до адвокатської професії з позиції її філософії. Те положення, що адвокатська професія гуманна за своєю суттю, – це очевидно, оскільки в будь-якій справі адвокат стає на захист прав та інтересів тієї особи, до якої пред'являються претензії чи звинувачення. Тому мозок адвоката завжди має бути налаштований на захист прав та інтересів тієї особи, яку він захищає. Водночас доволі часто має місце перевищення адвокатом меж захисту і клієнт завдяки діяльності адвоката отримує значно більший (або менший строк) при притягненні його до кримінальної відповідальності. Отже, лише завдяки великому багажеві знань і професійної майстерності адвоката інша сторона в справі матиме негативні результати.

Тому абстрагуючись від наведеного прикладу та беручи за основу складність справи, за яку адвокат погоджується взятися, кваліфікацію адвоката, виникає запитання про те, який розмір оплати праці адвокату можна встановлювати. При цьому ми не братимемо до уваги так звану собівартість адвокатської діяльності з урахуванням допомоги помічни-

ка, оренди приміщення тощо. Які об'єктивні чинники в такій ситуації мають впливати на розмір гонорару?

Згідно зі ст. 28 Правил адвокатської етики (далі – Правила)³⁵ передбачено обчислювати гонорар адвоката у фіксованому розмірі або у формі погодинної оплати та при встановленні розміру гонорару враховувати складність справи, кваліфікацію і досвід адвоката, фінансовий стан клієнта та інші істотні обставини. Гонорар має бути розумним і враховувати витрачений адвокатом час на виконання доручення. Це положення запозичено зі ст. 30 Закону про адвокатуру, але Правила мали б більш ґрунтовно регламентувати це важливе для адвокатів питання.

Звернемо увагу на ще один аспект визначення гонорару адвоката, який встановлюється за надання безоплатної правничої допомоги. Якщо пересічні громадяни спробують проаналізувати Методику обчислення розміру винагороди адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу (далі – Методика)³⁶, то навряд чи вона викличе у них хоча б якісь запитання, а для фахівців наведені в ній формули здаватимуться цілком виправданими. Так, позитивним результатом діяльності адвоката у кримінальному провадженні вважається ухвалення виправдувального або скасування обвинувального вироку та закриття провадження судом апеляційної, касаційної інстанції, Верховним Судом щодо злочину з посягання на життя і за це передбачається коефіцієнт у 1,7 (таблиця 9³⁷).

Цілком очевидно, що така діяльність адвоката, коли під слідством і в суді перебувала невинна особа, буде дійсно позитивною і достойною винагороди, але з позиції прокурора та слідчих виявиться, що держава заохочує фактично преміями тих осіб, які “ламають” їхнє звинувачення. Це важливо, оскільки останні пред'являли обвинувачення невинній особі, тому цей факт вимагатиме перевірки їхньої діяльності. Не в захваті буде і потерпілий від такого злочину, і його адвокат, який так само може надавати безоплатну правничу допомогу, оскільки їхні шанси на відшкодування завданої злочинном шкоди будуть прирівнюватися до нуля.

З позиції ж суспільних інтересів виходить, що за державний кошт утримують як адвокатів, які надають безоплатну правничу допомогу, так і слідчих, і прокурорів, а суспільству необхідно оплачувати таку діяльність, у результаті якої невинний має право вимагати й відшкодування завданої йому незаконними переслідуваннями шкоди. Такий схематич-

³⁵ Правила адвокатської етики, затверджені Установчим З'їздом адвокатів України 17 листопада 2012 р. <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0003418-12>> (дата звернення: 23.11.2019).

³⁶ Методика обчислення розміру винагороди адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу, затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 17 вересня 2014 р. № 465 (в редакції постанови Кабінету Міністрів України від 21 грудня 2016 р. № 1048) <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/465-2014-%D0%BF#n41>> (дата звернення: 23.11.2019).

³⁷ Там само.

ний аналіз коротко характеризує сучасний стан оплати праці адвокатів, які отримують винагороду за свою роботу коштом держави. Тобто реформування потребує вся правова система України, а не тільки оплата праці адвокатів.

У судочинстві вже трапляються випадки, коли адвокат діє відповідно до договору про правничу допомогу і розмір його гонорару визначається значно вище, ніж передбачає Методика, а інша сторона, яка програла справу, вимагає, щоб гонорар адвоката встановлювався згідно з встановленою Кабінетом Міністрів України тарифною політикою. Однак це неправильно, оскільки при наданні правничої допомоги коштом держави саме держава й встановлює розмір гонорару адвоката. Коли адвокат разом із клієнтом у договорі регламентують питання гонорару, то вони самі можуть встановити його розмір. У зв'язку з цим виникає запитання: чи можна у разі ухвалення судом рішення на користь позивача стягувати з протилежної сторони гонорар, розмір якого встановлений сторонами у договорі? До цього питання можна підійти з різних боків. По-перше, розмір гонорару має бути обґрунтованим і відповідати складності справи, кваліфікації адвоката, його досвіду тощо. По-друге, з моменту відкриття провадження у справі сторони, а точніше їхні адвокати, мають враховувати перспективу виграшу справи і в такому разі попереджати клієнта про можливі негативні наслідки, тобто про необхідність відшкодування судових витрат, куди й буде відноситися гонорар адвоката. Тому процесуальний супротив поступово призводитиме до більших негативних наслідків для тієї сторони, яка має програшну позицію. Зокрема, кожний процесуальний документ, складений адвокатом, участь у судовому засіданні, заходи з витребування доказів тощо призводитиме до збільшення судових витрат. Адвокати також мають попереджати своїх клієнтів про те, що справа може бути вирішена не на їхню користь та роз'яснювати їм доцільність укладення мирової угоди чи визнання позову. Тому правничу допомогу адвоката можна оплатити не тільки в обсязі, який визначається Методикою, а й у більшому обсязі. Водночас інша сторона має право заперечувати проти такої вимоги, а суд має зважувати доводи сторін та визначати розмір судових витрат.

При наданні адвокатами безоплатної правничої допомоги вже утворюється своєрідна "державна" адвокатура, яка звикає отримувати клієнтів від Центрів, а останні перетворюються на паралельну державному устрою структуру, яка витрачає державні кошти на її утримання. Так, згідно зі Звітом Міністерства юстиції України "Безоплатна правова допо-

Світлана Фурса

мога за 2018 рік” (далі – Звіт) було витрачено 696 219,1 грн³⁸, але не було розписано за статтями витрат на утримання системи Центрів, на інші заходи, зокрема, підвищення кваліфікації, а також суму отриманих адвокатами гонорарів. При цьому авторка не є прихильницею передачі коштів на безоплатну правничу допомогу з державного бюджету безпосередньо НААУ, оскільки в такому випадку не тільки окрема частина адвокатів стане державними, а й фактично вся адвокатура набуде статусу державної адвокатури, що утримується, хоча й частково, але з державного бюджету.

Не варто плутати реальні потреби в забезпеченні громадян правовою допомогою, зокрема, з особливо важливих кримінальних справ, коли обвинувачений не здатен самостійно оплатити послуги адвоката чи коли участь адвоката у справі є обов’язковою. Якщо у Конституції України йдеться про необхідність забезпечення широких верств населення безоплатною правничою допомогою, то таким захистом мають займатися державні структури, але при цьому на законодавчому рівні слід визначити статус малозабезпечених громадян. Ба більше, держава має дбати про захист осіб, права яких були порушені, а не правопорушників, оскільки в останньому випадку така допомога матиме зворотний психологічний зміст – сприятиме тому, що правопорушники повторюватимуть правопорушення.

Вважаємо за доцільне проаналізувати інші дані цього Звіту, а саме:

100 % адвокатів дотримуються Стандартів якості надання безоплатної вторинної правової допомоги у кримінальному процесі за результатами моніторингу: 1 254 спостереження у судах першої інстанції, 348 спостереження у судах апеляційної інстанції, 437 бесід з клієнтами³⁹.

Якщо брати до уваги те, що у 2018 р. було 250 робочих днів, то: $1\,254 + 348 : 250 = 6,4$. Отже, сім працівників Центру протягом року мали лише спостерігати за діяльністю адвокатів (йдеться тільки про кримінальні справи). Якщо не було виявлено будь-яких порушень, то виходить, що або в осіб, які здійснювали перевірки, низька кваліфікація, або всі адвокати вищі за фахом прокурорів, які представляли обвинувачення. У зв’язку з цим виникає запитання: які критерії бралися за основу для такого висновку? Виникають також запитання: а що таке Стандарти якості надання безоплатної вторинної правової допомоги у кримінальному процесі? Як перевірити результати діяльності адвоката в криміналь-

www.pravoua.com.ua

³⁸ ‘Безоплатна правова допомога 2018’ (Координаційний центр з надання правової допомоги) <https://legalaid.gov.ua/images/docs/2019/zvit_BPD_2018.pdf> (дата звернення: 23.11.2019).

³⁹ Там само.

ній справі? Із таких звітів може скластися враження, що в Україні не існує випадків засудження невинних осіб і всі адвокати однаково високоякісно працюють, починаючи від консультації до ухвалення судом вироку, з урахуванням рішень вищих судових інстанцій.

Зі Звіту випливає, що у 95,8 % була виявлена згода клієнтів на правничу допомогу адвоката системи безоплатної правничої допомоги, але ж клієнт має просити про таку допомогу, а не має запитуватися у нього про згоду. Тому варто більш виважено ставитися до такого напрямку діяльності адвокатів, як надання ними безоплатної правничої допомоги, оскільки в такому разі вони отримують додатковий правовий статус, який фактично є малодослідженим.

Висновки. Підбиваючи підсумки, можна визнати, що сутність погляду на адвокатуру з позицій філософії права полягає у тому, що він має враховувати не тільки інтереси адвоката та клієнта, а й держави та всіх інших заінтересованих осіб, застерегти можливі небезпечні кроки у розвитку адвокатської професії та організації адвокатури. Так, сприймаючи діяльність адвокатів як необхідну в правовій державі зі складною організаційною структурою правової системи, що базується на статутному праві, яке невинно збагачується множиною нормативних актів, відрізняється від більшості країн зі сталим демократичним устроєм, нестабільністю у переформатуванні державного устрою тощо, ми мусимо звертати увагу на узгодження діяльності різних правових інституцій, зокрема й адвокатури, та звертати серйозну увагу на спеціалізацію адвокатів, яка має важливе значення для надання останніми якісної правничої допомоги.

Тому порушені у статті питання, як і багато інших, потребують об'єктивного, ґрунтовного, публічного аналізу з боку вчених, щоб застерегти викривлення першооснови адвокатської діяльності – незалежна і компетентна правнича допомога, яка надається клієнту. При цьому такий критерій, як незалежність, стосується як усунення зовнішніх впливів на адвокатську діяльність із боку державних органів влади, так і зайвого “навантаження” на адвокатів із боку органів адвокатського самоврядування.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Bachynin V ta Zhuravskiy V ta Panov M, *Filosofii prava: pidruchnyk dlia studentiv yurydychnykh spetsialnykh vyshchykh navchalnykh zakladiv* [Philosophy of Law: Textbook for Law Students of Higher Educational Institutions] (In Yure 2003) (in Ukrainian).
2. Bakaianova N, *Osnovy advokatury Ukrainy: funktsionalni ta orhanizatsiini aspekty* [Foundations of the Bar of Ukraine: Functional and Organizational Aspects] (Iurydychna literatura 2017) (in Ukrainian).
3. Biriukova A, *Advokatura Ukrainy v umovakh hlobalizatsii* [The Bar in Ukraine in the Context of Globalization] (Alerta 2018) (in Ukrainian).
4. Kuznietsov V, *Filosofii prava. Istoriia ta suchasnist: navchalnyi posibnyk* [Philosophy of Law. History and Modern Times: Study Guide] (PTs Foliant 2003) (in Ukrainian).
5. Lubshchuk Ju, *Advokatura v Rossii: uchebnik* [The Bar in Russia: Textbook] (Profobrazovanie 2001) (in Russian).
6. Nersesjanc V, *Filosofii prava: kratkiy uchebnyy kurs* [Philosophy of Law: Brief Course of Study] (NORMA 2000) (in Russian).
7. Sviatotskyi O ta Medvedchuk V, *Advokatura: istoriia i suchasnist* [The Bar: History and Modern Times] (In Iure 1997) (in Ukrainian).
8. Sviatotskyi O ta Mykheienko M, *Advokatura v Ukraini* [The Bar in Ukraine] (In Iure 1997) (in Ukrainian).
9. Vas'kovskij E, *Organizacija advokatury, ch 1: Ocherk vseobshhej istorii advokatury; ch 2: Issledovanie principov organizacii advokatury* [Organization of the Bar, Part 1: Essay on the General History of the Bar; Part 2: Research on the Principles of Organization of the Bar] (N K Martynov 1893) (in Russian).

Edited books

10. *Advokatura krainy: pravove rehuliuвання ta sudova praktyka* [The Bar of the Country: Legal Regulation and Court Practice] (Safulko S ta Sviatotskyi O red, In Iure 2003) (in Ukrainian).
11. *Advokatura Ukrainy: navchalnyi posibnyk* [The Bar of Ukraine. Study Guide], kn 1 (Fursa S red, KNT 2007) (in Ukrainian).
12. *Advokatura Ukrainy: Knyha 1. Orhanizatsiia advokatury (z praktykumom): pidruchnyk* [The Bar of Ukraine: Book 1. Organization of the Bar (with a Workshop): Textbook] (Fursa S ta Bakaianova N zah red, 2-he vyd dopovn i pererob, Alerta 2016) (in Ukrainian).
13. Fursa S ta Fursa Ye, 'Rishennia Yevropeiskoho sudu pro pravakh liudyny: aktualni pytannia yikh vykonannia' ['Judgments of the European Court of Human Rights: Topical Issues of Their Implementation'] v *Reforma vykonavchoho provadzhennia: sohodennia ta perspektyvy. Zbirnyk naukovykh prats* [The Reform of Enforcement Proceedings: the Present and the Prospects. Collected Academic Papers] (Shkliar S ta Fursa S ta Snidevych O red kol, Yuston 2018) (in Ukrainian).
14. Fursa S, 'Teoriia notarialnoho protsesu (nauka pro notarialnyi protses) ta yii skladovi' ['Theory of Notarial Process (Science of Notarial Process) and its Components'] v *Teoriia notarialnoho protsesu: Naukovo-praktychnyi posibnyk* [Theory of Notarial Process. Scientific and Practical Guide] (Fursa S zah red, Alerta 2012) (in Ukrainian).
15. *Istoriia advokatury Ukrainy* [History of the Bar of Ukraine] (Varfolomeieva T ta Sviatotskyi O zah red, 1992) (in Ukrainian).

Journal articles

16. Fursa S, 'Konsul'tativnaja rabota advokata po delam o razdele imushhestva suprugov: perspektiva semejnoy mediacii' ['Advisory Work of an Attorney-at-Law in Cases of Division of Spouses' Estate: Prospects of Family Mediation'] (2015) 4 *Civilisticheskaja processual'naja mysl'*. *Mezhdunarodnyj sbornik nauchny statej* 419-28 (in Russian).
17. Ryzhenkov A, 'Gegelevskaja filosofija grazhdanskogo prava' ['Hegelian Philosophy of Civil Law'] [2017] 1(10) *Rossijskij zhurnal pravovyh issledovanij* 204-8 (in Russian).
18. Semjakin M, 'Filosofija chastnogo prava v metafizike I. Kanta i ee vlijanie na chastnopravovuju doktrinu' ['Philosophy of Private Law in I. Kant's Metaphysics and Its Impact on Private Law Doctrine'] (2013) 3 *Rossijskoj juridicheskij zhurnal* 112 (in Russian).
19. Tihonravov Ju, 'Filosofija pravozashhity' ['Philosophy of Legal Protection'] (1998) 5 *Russkij advokat* 3-66 (in Russian).

Dissertations

20. Bakaianova N, 'Funktsionalni ta orhanizatsiini osnovy advokatury Ukrainy' ['Functional and Organizational Foundations of the Ukrainian Bar'] (dys d-ra yuryd nauk, 2017) (in Ukrainian).

Thesis

21. Ivanytskyi S, 'Teoretychni osnovy orhanizatsii advokatury v Ukraini' ['Theoretical Foundations of Organization of the Bar in Ukraine'] (avtref dys d-ra yuryd nauk, 2017) (in Ukrainian).
22. Jashin A, 'Filosofskie idei russkih myslitelej sudebnoj zashhity II poloviny XIX veka (A. F. Koni, V. D. Spasovich, F. N. Plevako, K. K. Arsen'ev, S. A. Andreevskij)' ['Philosophical Ideas of Russian Court Protection Thinkers of the Second Half of the XIX Century (A. F. Kony, V. D. Spasovich, F. N. Plevako, K. K. Arsenyev, S. A. Andreevsky)'] (avtoref kand filosof nauk, 2009) (in Russian).
23. Klishina A, 'Professional'noe pravosoznanie advokatov: teoretiko-pravovoe issledovanie' ['Professional Legal Conscience of Attorneys-at-Law: Theoretical and Legal Research'] (avtoref kand jurid nauk, 2008) (in Russian).
24. Vilchuk T, 'Advokatura yak instytut realizatsii prava na pravovu dopomohu: porivnialno-pravovyi analiz zakonodavstva krain Yevropeiskoho Soiuzu ta Ukrainy' ['The Bar as an Institution for Exercise of the Right to Legal Aid: A Comparative Legal Analysis of Legislation of the European Union Countries and Ukraine'] (avtref dys d-ra yuryd nauk, 2016) (in Ukrainian).

Websites

25. 'Advokaty mozhut otrymaty dostup do YerDR' ['Attorneys-at-Law May Gain Access to the Uniform Register of Pre-Trial Investigations'] (*lexinform*) <<https://lexinform.com.ua/zakonodavstvo/advokaty-mozhut-otrymaty-dostup-do-yerdr>> (accessed: 23.10.2019) (in Ukrainian).
26. 'Bezoplatna pravova dopomoha 2018' ['Free-of-Charge Legal Aid in 2018'] (*Koordynatsiyni tsentr z nadannia pravovoi dopomohy*) <https://legalaids.gov.ua/images/docs/2019/zvit_BPD_2018.pdf> (accessed: 23.11.2019) (in Ukrainian).
27. 'Komisiia z pravovoi reformy pry Prezidentovi poperedno zatverdyla Kontseptsiiu udoskonalennia diiuchoho zakonodavstva pro sudoustrii' ['The Commission for Legal Reform under the President Has Pre-Approved the Concept for Improvement of Current Legislation on the Judicial System'] (*NAAU*, 18.11.2019) <<https://unba.org.ua/news/4896-komisiya-z-pravovoi-reformi-pri-prezidentovi-poperedn-o-zatverdila>>

- konceptiyu-udoshkonalennya-diyuchogo-zakonodavstva-pro-sudoustrij.html> (accessed: 23.10.2019) (in Ukrainian).
28. 'Konkurs advokativ. Zahalni pytannia' ['Competition of Attorneys-at-Law. General Issues'] (*Koordynatsiyni tsentr z nadannia pravovoi dopomohy*, 23.02.2015) <<https://www.legalaid.gov.ua/ua/konkurs-advokativ/zaalna-informatsiia>> (accessed: 23.10.2019) (in Ukrainian).
29. 'KSU nadav Vysnovok u spravi shchodo skasuvannia advokatskoi monopolii' ['The Constitutional Court of Ukraine Gave Its Opinion in the Case of Abolition of the Attorney-at-Law Monopoly'] (*Konstytutsiyni Sud Ukrainy*, 31.10.2019) <<http://www.ccu.gov.ua/novyna/ksu-nadav-vysnovok-u-spravi-shchodo-skasuvannia-advokatskoyi-monopolii>> (accessed: 23.10.2019) (in Ukrainian).
30. 'RAU vstanovyla novyi rozmir platy za stazhuvannia' ['The Council of the Bar Has Set a New Amount of Internship Fee'] (*NAAU*, 13.02.17) <<https://unba.org.ua/news/2186-rau-vstanovila-novij-rozmir-plati-za-stazhuvannia.html>> (accessed: 23.11.2019) (in Ukrainian).
31. 'Zelenskyi otmeniaet advokatskuiu monopoliiu' ['Zelenskyi Abolishes the Attorney-at-Law Monopoly'] (*LIHA:ZAKON*, 29.08.2019) <https://jurliga.ligazakon.net/news/188844_zelenskiy-otmenyaet-advokatskuyu-monopoliiu> (accessed: 23.10.2019) (in Ukrainian).
32. Mamchenko N, 'Prezydent Zelenskyi planuje skasuvaty advokatsku monopoliiu: yaki prychny' ['President Zelenskyi Plans to Abolish the Attorney-at-Law Monopoly: What the Reasons Are'] (*Sudovo-iurydychna hazeta*, 29.01.2019) <<https://sud.ua/ru/news/publication/148923-prezident-zelenskiy-planuye-skasuvaty-advokatsku-monopoliiu-yaki-prichini>> (accessed: 23.10.2019) (in Ukrainian).
33. Slutska T, 'Deiaki pytannia kryminalnoho provadzhennia u formi pryvatnoho obvynuvachennia kriz pryzmu ostannikh zakonodavchikh zmin, shcho nabyraiut chynnosti 11 sichnia 2019 r.' ['Some Issues of Criminal Proceedings in the Form of Private Prosecution Through the Prism of the Latest Legislative Changes Coming Into Force on January 11, 2019.'] (*Protokol*, 10.01.2019) <https://protocol.ua/ua/deyaki_pytannia_kryminalnogo_provadzhennia_u_formi_privatnogo_obvynuvachennia> (accessed: 23.10.2019) (in Ukrainian).

Svitlana Fursa

THE ADVOCACY THROUGH THE PRISM OF NATIONAL LAW DOCTRINE

ABSTRACT. Modern trends towards enhancement of a particular type of legal protection and legal defense activities are characterized by inconsistency and quite often are marked by "proposals" of diametrically opposed meaning which are expressed by representatives of public authorities. Unfortunately, such trends, along with reaching into separate legislative acts, are also consolidated in the Fundamental Law of Ukraine without a prior broad constructive discussion. Furthermore, authors of such proposals are guided only by their own corporate interests and do not think about the consequences which they will create for citizens of Ukraine and other professionals, they do not compare positive and negative results of implementation of their initiatives in the short and in the long run.

The purpose of the article is to draw the attention of scholars to the fundamental principles of professional activity of attorneys-at-law and to work out a concept of its development, and also to highlight certain problematic issues.

The article touches upon two important and debatable issues which should arouse the interest of experts as regards the content of the science of advocacy (studies of the Bar) and one of its area of research, namely, philosophical perception of the functions of an attorney-at-law in a rule-of-law society, objective and subjective factors which should be taken as the basis for determining the specifics of attorney's activities, for uniting into the Bar associations, for advanced training etc.

Without a scientific and impartial analysis of current trends in the development of the legal system of Ukraine and, in particular, the Bar as an essential part thereof, it is impossible to develop optimal vectors of its improvement. Therefore, the steps to introduce the "attorney-at-law monopoly" and its abolition are a manifestation of the categorical way of thinking typical of juvenile maximalism. We believe that the attorney-at-law monopoly is possible and useful but, in our opinion, just to a limited extent, in particular, when in the context of investigative actions appointment of a defense counsel and the latter's participation in criminal proceedings is needed. So, these issues require an advanced scientific research, rather than a rapid decision-making and consolidation thereof in the law, and even more so in the Constitution of Ukraine.

With a view to preventing such categorical steps in the future, an objective picture of the functional focus of attorney's activities should be created, and it is proposed to give this focus of study the title 'philosophy of the science of advocacy as one of its branches. Therefore, the article should not be perceived as an outlined theory of the philosophy of the science of advocacy, since its purpose is only the initial stage of establishing the issues which are of the essence for advocacy today and of defining the approaches which can form such a theory that will allow formulating scientifically justified ways to resolve these issues and predicting the development of advocacy in the future.

KEYWORDS: science of advocacy; philosophy; the Bar; attorney-at-law; monopoly; legal services; attorney's-at-law specialization; fee.