



НАЦІОНАЛЬНА АСОЦІАЦІЯ
АДВОКАТІВ УКРАЇНИ



Національна асоціація адвокатів України
Німецько-українське об'єднання юристів
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
Факультет адвокатури
Кафедра цивільної юстиції та адвокатури
Рада адвокатів Харківської області
Національна асоціація слідчих України
Координаційний центр з надання вторинної правової допомоги
у Харківській та Луганській областях
Чернівецький національний університет імені Юрія Федьковича
Кафедра процесуального права

АДВОКАТУРА УКРАЇНИ: СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ

Збірник матеріалів
V Міжнародної науково-практичної конференції
м. Харків, 14 грудня 2023 р.

National Bar Association of Ukraine
German-Ukrainian Bar Association
Yaroslav Mudryi National Law University
Faculty of Advocacy
Department of Civil Procedure and Advocacy
Kharkiv Regional Bar Council
National Association of Investigators of Ukraine
Coordination Centre for Secondary Legal Aid Provision
in Kharkiv and Luhansk Regions
Yuriy Fedkovych Chernivtsi National University
Department of procedural law

ADVOCACY OF UKRAINE: CURRENT STATE AND DEVELOPMENT PROSPECTS

Proceedings
of the 5th International Scientific and Practical Conference
Kharkiv, 14 December 2023

Харків / Kharkiv – 2024

УДК 347.97/99(042.5)
А28

*Рекомендовано до поширення через мережу Інтернет
кафедрою цивільної юстиції та адвокатури
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого*

Організаційний комітет

Вільчик Т. Б., д-р юрид. наук, проф., доцентка кафедри цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого;

Ковальова Я. О., канд. юрид. наук, доц., асистентка кафедри цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Адвокатура України: сучасний стан та перспективи розвитку :
А28 матеріали V Міжнар. наук.-практ. конф. (14 грудня 2023 р.) /
редкол. : Т. В. Вільчик та ін. – Харків : НЮУ імені Ярослава
Мудрого, 2024. – 276 с. – Електронне наукове видання. –
<https://nauka.nlu.edu.ua/nauka/vnd/zbirnyku-naukovyh-konferenczij/>.
ISBN 978-617-8198-06-3

У збірнику представлено матеріали доповідей учасників V Міжнародної науково-практичної конференції «Адвокатура України: сучасний стан та перспективи розвитку», яка відбулася 14 грудня 2023 р. в Національному юридичному університеті імені Ярослава Мудрого за участі відомих українських і зарубіжних науковців і практиків.

Для науковців, викладачів, практичних працівників, студентів, а також широкого кола читачів, які цікавляться цією проблематикою.

Відповідальність за зміст поданого матеріалу несе його автор.

347.97/99(042.5)

© Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого, 2024

ISBN 978-617-8198-06-3

ЗМІСТ

ВІТАЛЬНІ ПРОМОВИ ОРГАНІЗАТОРІВ КОНФЕРЕНЦІЇ

Гетьман А. П. – д-р юрид. наук, проф., ректор Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, академік Національної академії правових наук України, заслужений юрист України.....	8
Ватрас В. А. – д-р юрид. наук, проф., голова підкомітету з питань організації та діяльності адвокатури, органів надання правової допомоги комітету Верховної Ради України з питань правової політики, заслужений юрист України.....	10
Ізовітова Л. П. – голова Національної асоціації адвокатів України, голова Ради адвокатів України, заслужена юристка України.....	12
Райнер В. – д-р юрид. наук, проф., професор бізнес-права Вісбаденської бізнес-школи Університету Рейн Майн, член правління НУОЮ (Вісбаден, Німеччина).....	15
Кузьменко С. Є. – директор Вищої школи адвокатури при Національній асоціації адвокатів України, координатор програми Ради Європи HELP.....	16
Ставнічук М. І. – канд. юрид. наук, Голова Комітету верховенства права Національної асоціації адвокатів України, заслужена юристка України, українська державна діячка.....	17
Гайворонська В. В. – голова Ради адвокатів Харківської області, заступник директора Регіонального центру з надання безоплатної вторинної правової допомоги у Луганській та Харківській областях.....	18

СЕКЦІЯ I

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ ІНСТИТУТУ АДВОКАТУРИ

Бакаянова Н. Свобода вибору адвокатом справ: традиції та сучасні стандарти.....	20
Барабаш О. Штучний інтелект у діяльності адвоката: світові тенденції та українські реалії.....	23
Безега Т. Етико-деонтологічний компонент поведінки адвоката в мережі Інтернет.....	27
Бірюкова А. Окремі питання конфлікту інтересів в адвокатській діяльності.....	31
Васьковський О. Особливості правничої допомоги у справах про банкрутство.....	33
Райнер В. (Rainer W.) Завдання адвокатських палат у Німеччині (Aufgaben der Anwaltskammer in Deutschland).....	36
Вільчик Т. Обов'язки адвоката: зарубіжна доктрина.....	38

Вольф Р. (Wolff R.) Звідки береться поганий імідж адвоката? (Woher Kommt das Schlechte Image der Rechtsanwälte?).....	42
Гайворонська В. Дотримання правил адвокатської етики – гарантія надання якісної правничої допомоги.....	44
Говорун Д. Запровадження кримінальної відповідальності адвокатів за здійснення колабораційної діяльності: процесуальний аспект.....	47
Дрижакова Д. Проблематика сучасної адвокатури в розрізі розвитку законодавства.....	50
Дудченко О. Місце адвокатури в системі органів кримінальної юстиції.....	56
Жаботинський І. Монополія адвокатури у виконавчому провадженні: переваги й недоліки.....	58
Енгельс А. (Engels A.) «Одного разу клієнт – назавжди клієнт» або комплаєнс-вимоги з іншого боку («Once a client, always a client» oder compliance anforderungen aus einem anderen blickwinkel).....	61
Завадський А. Генеративний штучний інтелект у роботі адвокатів. Досвід регулювання у Європейському Союзі.....	66
Загорняк Н. До питання зловживання правом на ініціювання притягнення адвоката до відповідальності.....	68
Каденко О. Актуальні питання взаємодії адвокатури та держави у сфері надання безоплатної правничої допомоги.....	70
Клименко Г. Кваліфікаційний іспит адвоката: недоліки програми складення кваліфікаційного іспиту.....	73
Ковальова Я. До питання періодизації новітньої історії адвокатури України.....	75
Колісник О. Роль адвоката у забезпеченні ефективного судового захисту.....	78
Мамницький В. Про деякі питання щодо концентрації повноважень адвокатури в Україні.....	81
Мельниченко В. Діяльність адвокатури в умовах воєнного часу...84	
Меліхова Ю. Осмислення саморозвитку особистості адвоката. В пошуках когерентності.....	87
Михайленко Д. Захист адвокатської таємниці під час здійснення слідчих дій щодо адвоката у практиці Вищого Антикорупційного Суду...90	
Москвич Л. Уникнення конфлікту інтересів в системі гарантій незалежності адвоката за стандартами права ЄС.....	92
Остафійчук Л. Використання адвокатами штучного інтелекту при наданні професійної правничої допомоги.....	95
Павлуненко К. Конфлікти в діяльності адвоката та управління ними.....	97
Панфілова Д. Основи захисту прав військовослужбовців та їх родин адвокатом (правовий статус осіб, зниклих безвісти за особливих обставин та військовополонених).....	102
Пасенюк О. Стратегія і тактика адвоката в адміністративному судочинстві.....	105

Радтке-Прядко О. Можливості українських адвокатів в Німеччині.....	118
Сердюк В., Сердюк Є. Актуальні питання захисту прав людини в авіаційних подіях.....	120
Ставнійчук М. Декларування членів органів адвокатського самоврядування: актуальні проблеми і конституційність їх вирішення..	122
Стефанчук М. Відповідальність адвокатів за зловживання процесуальними правами: штучно створена проблема чи об'єктивна необхідність?.....	127
Сьомак Т. Винагорода адвоката як критерій його економічної незалежності.....	130
Тарасова А. Етичні аспекти відносин адвоката з недієздатним (обмежено, частково дієздатним) клієнтом.....	134
Топчанюк О. Правовий статус стажиста та помічника адвоката за судовими статутами 1864 р.	137
Хотинська-Нор О. Актуальні питання участі адвокатури у формуванні вищої ради правосуддя.....	140
Ципліцький Д. Щодо питання надання адвокатам відстрочки від мобілізації на період воєнного стану: виклики сьогодення.....	143

СЕКЦІЯ II АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ СУДОВОЇ ВЛАДИ

Альбанезі Е. (Albanesi E.) Доступ до правосуддя та онлайн судочинство. перспективи конституційного права (ACCESS TO JUSTICE AND ONLINE TRIAL. A PERSPECTIVE OF CONSTITUTIONAL LAW).....	147
Баулін Ю. Чи відповідає підставам криміналізації ухвалення свавільного судового рішення?.....	152
Гузе К. Проблеми здійснення прокурором захисту в суді інтересів держави у процесуальному статусі позивача.....	156
Дроздов О., Дроздова О. Неупередженість суду та презупція невинуватості у кримінальному провадженні (на прикладі рішення Європейського суду з прав людини у справі «Тадіч проти Хорватії»).....	159
Дюкарєва С. Визнаність фахівця як елемент цивільної процесуальної правосуб'єктності експерта з питань права.....	167
Жушман М. Деякі аспекти запровадження технологій штучного інтелекту в судочинство.....	169
Кондратьєва Л. (Kondratieva L.) Правове регулювання статусу «Дитина війни» (Gesetzliche Regelung des Status als «Kind des Krieges»).....	172
Коцюбко І. Глорифікація як підстава застосування вищим антикорупційним судом санкції у виді стягнення в дохід держави активів підсанкційних осіб.....	175

Красножон О. Розширення можливостей представництва інтересів дітей як суб'єктів безоплатної правничої допомоги.....	178
Крупнова Л. Реалізація дискреційних повноважень суду на стадії зупинення виконання рішення суду.....	181
Лимарь І. Представництво у справах, пов'язаних з розглядом судом скарг в порядку застосування судового контролю у виконавчому провадженні.....	183
Маркворт Д. (Markworth D.) Подія «чорний лебідь» на німецькому ринку фінансування судових процесів – висновки з нового світу фінансування судових процесів і надання юридичних послуг (The German Litigation Funding Market's Black Swan Event – Take-Aways From a New World of Litigation Funding and Legal Services Provision).....	186
Палант Б. (Palant B.) Війна та міжнародне право (War and International Law).....	189
Савчин М. Чесноти і цінності у праві та їх вплив на Конституцію...192	
Сенюта І. Гістологічні препарати: правова природа.....	200
Старцев Ю. Вплив корупційних ризиків на діяльність судової влади в Україні як дестабілізуючий фактор трудових правовідносин.....	202
Тюрк О. (Türk A.) Огляд інструментів м'якого права в суді права Європейського Союзу (Review of Soft Law Instruments in the Court of Justice of the European Union).....	204
Швецова Л. Врегулювання питань, пов'язаних зі знищенням та пошкодженням майна у зв'язку з воєнними діями. Судова практика.....	226
Шеховцов В., Статівка О., Кондратенко Д. Агроекоцид як глобальний виклик у правозахисній діяльності в Україні.....	228
Яцина В. Особливості судового керівництва у цивільних справах щодо відшкодування шкоди, завданої внаслідок російської військової агресії.....	231

СЕКЦІЯ III ПЕРШІ КРОКИ В НАУЦІ

Бондар О. Функціонування адвокатури в умовах воєнного стану: гарантії правозахисту.....	234
Бєляєва К. Моделі систем безоплатної правової допомоги у країнах Європейського Союзу.....	236
Галета М. Гарантія адвокатської таємниці.....	238
Дулюк Р. Адвокатура в період дії правового режиму воєнного стану.....	241
Конченко Н. Зловживання адвокатом процесуальними правами..	244
Король С. Зарубіжний досвід організації та діяльності адвокатури...245	
Крикніцький Я. Подання адвокатом заяви до європейського суду з прав людини.....	248
Леонович М. Цифрові речі як об'єкти цивільних прав.....	250

Лушашко К. Безоплатна правнича допомога в цивільному процесі.....	252
Марценюк І. Особливості адвокатської діяльності в період воєнного стану.....	255
Міжун Р. Практичні аспекти участі адвоката у ЄСПЛ.....	257
Радковський М. Актуальні проблеми організації та діяльності судової влади в Україні.....	260
Суховецький О. Про деякі питання щодо врегулювання спору за участю судді.....	262
Тоток Д. Актуальні проблеми проведення судової реформи в Україні.....	265
Хумарян А. Організація та діяльність адвокатури в Іспанії.....	268
Яковлєва А. Проблематика нормативно-правових аспектів в питанні розгляду дисциплінарних скарг на дії адвокатів.....	270

ВІТАЛЬНІ ПРОМОВИ ОРГАНІЗАТОРІВ КОНФЕРЕНЦІЇ

*Гетьман Анатолій Павлович,
д-р юрид. наук, проф.,
ректор Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого,
академік Національної академії правових наук України
заслужений діяч науки і техніки України*

ШАНОВНІ УЧАСНИКИ, ГОСТІ ТА ОРГАНІЗАТОРИ!

Від імені Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого щиро вітаю учасників V Міжнародної науково-практичної конференції «Адвокатура України: сучасний стан та перспективи розвитку», що проводиться на базі факультету адвокатури та кафедри цивільної юстиції та адвокатури, яка входить до складу цього факультету, разом з Національною асоціацією адвокатів України, радою адвокатів Харківської області, Німецько-українським об'єднанням юристів та іншими партнерами.

Ми раді вітати іноземних гостей, які долучилися до роботи конференції, – Президентів Асоціації адвокатів Австрії, Хорватії, Чехії, члена Президії Колегії Адвокатів Азербайджану, вчених та адвокатів із Великої Британії, Італії, Німеччини, Сполучених Штатів Америки, та інших країн, керівництво та представників Національної асоціації адвокатів України, суддів Верховного Суду та Конституційного Суду України, представників Вищої ради правосуддя, видатних науковців, практичних працівників, аспірантів та студентів.

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого став важливим майданчиком для обговорення стану і перспектив розвитку інституту адвокатури в Україні. Конференція представлена такими основними науковими напрямками, як актуальні проблеми організації та діяльності інститутів судової влади та адвокатури, у тому числі у період воєнного стану в Україні, зарубіжний досвід організації та діяльності адвокатури та іншими. Євроінтеграційні процеси, що відбуваються у нашій країні, потребують подальшого реформування національної правової системи, гармонізації законодавства, що регулює діяльність судової влади та адвокатури із законодавством Європейського Союзу, обумовлюють та в значній мірі розширюють тематику наукових досліджень у юриспруденції. У зв'язку з чим, питання, винесені на розгляд, є актуальними та своєчасними.

Вперше в історії незалежної України національній системі правопорядку та правосуддя доводиться сприяти утвердженню верховенства права в державі, у якій майже два роки триває повномасштабна війна. Обсяги вчинення військами держави-терориста воєнних злочинів є безпрецедентними, а їх жахливі наслідки щодня

вважають не тільки нас, а й увесь цивілізований світ. Правова спільнота України позитивно сприйняла новину про рішення Європейського парламенту щодо створення спеціального воєнного трибуналу для притягнення до відповідальності всіх, хто винуватий у злочинній агресії проти України.

Початок повномасштабної збройної агресії проти України суттєво вплинув на професійну діяльність переважної більшості українських суддів та адвокатів, інших представників юридичної професії. Під час воєнного стану з найбільшими викликами зіткнулася кримінальна юрисдикція. Законодавець неодноразово вносив зміни та доповнення до Кримінального процесуального кодексу України, зокрема щодо визначення підсудності, проведення слідчих дій, а також інших особливостей режиму кримінального провадження в умовах воєнного стану.

Необхідність ефективного захисту прав і законних інтересів громадян і юридичних осіб особливо гостро повстала в умовах збройної агресії з боку росії. Саме адвокати відіграють головну роль у вирішенні цих проблем. Загально відомо, що Національною асоціацією адвокатів України та радами адвокатів регіонів було проведено безліч різного роду заходів щодо вирішення актуальних питань захисту прав та інтересів громадян, військовослужбовців і самих адвокатів.

Вже не в перший раз конференція проводиться як акредитований захід Національної асоціації адвокатів України, на якому адвокати можуть почути доповіді видатних юристів та адвокатів з різних країн світу, підвищити рівень своєї професійної кваліфікації. Безумовно, цікавою та корисною ця конференція стане і для аспірантів, і для студентів як нашого університету, так і інших вищих навчальних закладів, які приєдналися до цього заходу, для усіх зацікавлених осіб.

Невипадково, що захід відбувається напередодні двох важливих подій: 15 грудня Указом Президента від 08.12.2000 р. в Україні встановлено щорічне професійне свято – День працівників суду, а 19 грудня в Україні відзначається День адвокатури – професійне свято майже 70 тисяч адвокатів. Від щирого серця я хочу привітати представників цих двох професій з їхніми професійними святами та побажати міцного здоров'я, успіхів у всіх справах, перемоги та миру!

Сьогодні, масштаби цієї конференції вже розширили географію її проведення не лише залученням практикуючих адвокатів з України, але й країн Європи, Америки, Азії і ми щиро вдячні нашим учасникам та гостям за безцінний досвід трансляції своїх знань, навичок та власної практики в контексті здійснення адвокатської діяльності в інших країнах.

З урахуванням цього, а також трансформації сфер суспільного та політичного життя, значенням обміну практичного досвіду між представниками адвокатури, підвищенням необхідності надання кваліфікованої правової допомоги адвокатами для забезпечення ефективного захисту прав, свобод та інтересів українського соціуму

постає питання про доцільність організації та проведення на базі факультету адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого разом із кафедрою цивільної юстиції та адвокатури й підтримки партнерів Університету щорічного міжнародного науково-практичного форуму адвокатів, який стане міцною платформою для професійної комунікації науковців та практиків в обговоренні й вирішенні актуальних проблем адвокатури в Україні.

Бажаю всім учасникам конструктивного діалогу і плідної праці, всебічного обговорення проблем, які продиктовані часом. Переконали, що дискусії будуть надзвичайно цікавими, а підсумковим документом роботи стануть відповіді на актуальні питання організації та діяльності судової влади та адвокатури, які потребують свого вирішення.

Ватрас Володимир Антонович,
д-р юрид. наук, проф.,
голова підкомітету з питань організації
та діяльності адвокатури, органів надання правової допомоги
комітету Верховної Ради України з питань правової політики,
заслужений юрист України

**ДОБРОГО РАНКУ ШАНОВНІ КОЛЕГИ! ШАНОВНІ АДВОКАТИ,
НАУКОВЦІ, ПРЕДСТАВНИКИ СУДОВОЇ ГІЛКИ ВЛАДИ
ТА ІНШІ УЧАСНИКИ КОНФЕРЕНЦІЇ!**

Радий вітати вас у юридичній столиці нашої країни на конференції, яка присвячена проблемам одного з найважливіших конституційних інститутів – інституту адвокатури. Саме цей інститут без перебільшення забезпечує існування нашої держави як демократичної соціальної та правової, адже на адвокатуру згідно з Законом покладено функцію правозахисту, реалізацію конституційної гарантії надання професійної правничої допомоги.

Приємно усвідомлювати, що навіть у сьогоднішній складні часи, під гул сирен і вибухи, ми маємо сили, бажання та можливості на такому фаховому рівні обговорити сучасний стан та перспективи розвитку його інституту. Варто нагадати, що інститут адвокатури у його сучасному стані, з'явився із зобов'язань України щодо вступу до Ради Європи на виконання висновків і резолюцій Парламентської асамблеї Ради Європи. Україна у 2012 р. захистила статус правничої професії та заснувала професійну асоціацію адвокатів. Як ви зрозуміли, я маю на увазі ухвалення Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», створення Національної асоціації адвокатів України, яка об'єднала усіх представників адвокатської професії. Як практикуючий у минулому адвокат, а на сьогоднішній день голова підкомітету з питань організації та діяльності адвокатури, можу стверджувати, що

ефективність обраної моделі адвокатського самоврядування була переконливо доведена практикою застосування Закону. Подивіться на ту незначну кількість змін, які були внесені до Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» з моменту його прийняття, та порівняйте їх із законодавчими актами, що регулюють діяльність інших інститутів: прокуратури, судової влади, нотаріату. Усі зміни за 11 років правозастосування фактично були пов'язані із регулюванням суміжних галузей, а система адвокатського самоврядування, засади її діяльності взагалі залишилися у недоторканному вигляді. І це, на мій погляд, один з яскравих прикладів якісного нормотворення тих небагатьох вдалих реформ, якими ми можемо на сьогоднішній день дійсно пишатися.

З початком повномасштабної агресії росії на території України перед адвокатурою та адвокатами України постали нові виклики. Справедливість українського правосуддя, принципи і засади функціонування правової держави доводиться відстоювати у нових умовах, коли українське суспільство через війну зазнало стільки болю та страждань. Існує відчутний загострений попит на покарання воєнних злочинців та їх посібників-колаборантів. Однак, нажаль, робота адвоката із захисту обвинувачених у воєнних злочинах не сприймається у повній мірі суспільством. Відбуваються загрози порушення принципів судочинства, гарантії адвокатської діяльності. Разом з тим, нам слід зрозуміти, що без дотримання справедливості, без дотримання захисту прав усіх учасників процесу, світ не сприймає правову систему України як чесну та справедливу, а без збереження верховенства права під загрозою опиняється підтримка України міжнародним співтовариством. Саме тому певні спроби та спекуляції, в тому числі у деяких засобах масової інформації, обвинувачення окремих представників Національної асоціації адвокатів у колаборанській діяльності чи у якійсь незрозумілій зраді негативно впливає на професію, на рівень довіри та поваги до адвокатури України.

Наведу лише кілька прикладів. Останнім часом існує досить багато звернень моїх колег до нашого Комітету правової політики щодо створення якоїсь там тимчасової слідчої комісії, яка перевірила б ефективність діяльності Національної асоціації адвокатів і так далі. Ми глибоко переконані в тому, що держава не вправі втручатися в діяльність незалежної самоврядної організації, а навпаки, повинна допомагати їй у посиленні гарантії адвокатської діяльності та у своїй роботі. На моє особисте переконання, такі намагання не зовсім є ефективними і правильними, в тому числі у данних сучасних реаліях. Незалежність є конституційною гарантією адвокатури. Ця гарантія реалізується безпосередньо через адвокатське самоврядування, через право адвокатів самостійно вирішувати питання їх організації та діяльності. Незалежність адвокатури від будь-якого стороннього впливу гарантує право на справедливий суд, що, в свою чергу, забезпечує статус демократичної соціальної та правової держави Україна.

Користуючись можливістю, я також хотів би сказати щодо законодавчих ініціатив, які на сьогодні є на розгляді у підкомітеті та в комітеті правової політики Верховної Ради. Перед усім зазначу, що будь-яких системних законопроектів, які б впливали на інституційність інституту адвокатури, перегляд його систем та структури на сьогоднішній день не має. Навпаки, є гарні пропозиції щодо забезпечення можливості спрощеної системи оподаткування адвокатами, які працюють індивідуально, стосовно можливості надати адвокатам зброю для самозахисту і вирівняти її в цій частині з їх процесуальними опонентами – слідчими та прокурорами. Хочу зазначити, що напрацьовується законопроект стосовно посилення гарантій адвокатської діяльності, в тому числі, під час обшуку, яким передбачаються більш дієві механізми забезпечення участі представників ради регіону під час обшуку та збільшення їх повноважень під час, коли обшук безпосередньо проводиться у приміщенні чи в офісі адвоката. Є багато інших пропозицій. Наприклад, пропозиції щодо надання і спрощеної можливості набутти статус адвоката колишнім суддям, прокурорам, працівникам правоохоронних органів. На моє переконання це невірно, хоча б тому, що кожна людина повинна мати можливість проходити процедуру доступу до професії у рівних умовах, незважаючи на попередній професійний досвід. На сам кінець, я хотів би подякувати Національному юридичному університету України імені Ярослава Мудрого, Національній асоціації адвокатів України за співпрацю. Запевняю Вас, що ми постійно на зв'язку, ми спілкуємось та підтримуємо таке спілкування. Закликаю учасників Міжнародної конференції за її результатами сформулювати наукові рекомендації, в тому числі для нашого комітету правової політики, які ми могли би втілити в життя і покращити роботу інституту адвокатури України. Вдячний Вам за можливість виступити. Хотів би привітати з наступаючим святом – Днем Адвокатури. Бажаю всім Перемоги і дякую нашим Захисникам за те, що ми маємо можливість сьогодні брати участь у конференції, особливо дякую адвокатам, які на сьогоднішній день також стоять на захисті нашої територіальної цілісності. Дякую за увагу.

Ізовітова Лідія Павлівна,
голова Національної асоціації адвокатів України,
голова Ради адвокатів України,
заслужена юристка України

ШАНОВНІ УЧАСНИКИ КОНФЕРЕНЦІЇ!

Я рада вітати всіх учасників науково-практичної конференції, яку сьогодні організувала моя альма-матер.

Приємно усвідомлювати, що питанням стану та перспектив розвитку адвокатури України приділяється стільки уваги. Адже так сталося, що в умовах війни, суцільної несправедливості, руйнувань, непоправних людських утрат, ми все більше бачимо паростки правового нігілізму, які пронизують всі сфери суспільних відносин.

За таких умов інститут захисту вже сам потребує захисту.

Сьогодні ми маємо міцне і досить якісне законодавче підґрунтя для нашої діяльності у вигляді Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

Після початку повномасштабної агресії ми самотужки (без жодної допомоги з боку держави) у короткий строк повністю відновили роботу органів адвокатського самоврядування з виконання завдань, визначених законом. Мабуть цей факт можна розглядати як один із критеріїв справжньої незалежності адвокатури в Україні.

Продовжуючи залишатися на принципах верховенства права та законності, останнім часом ми спостерігаємо спроби запровадити (зокрема і на законодавчому рівні) обмежувачі в нашій діяльності – певні механізми, що перешкоджають повноцінний і ефективний захист прав людини.

Засади змагальності і рівності учасників процесу перед законом і судом утрачають свою актуальність на фоні суспільного запиту на справедливість, який загострився через біди війни. І цей запит, на жаль, не задовольняють правоохоронні органи. Відкрийте на сайті Офісу Генпрокурора офіційну статистику і порівняйте кількість відкритих кримінальних проваджень у воєнних злочинах з кількістю обвинувальних актів, переданих до суду. А потім додатково подивіться у реєстрі судових рішень кількість вироків. І ви зрозумієте про що я говорю!

Але замість того, щоб організувати якісну роботу правоохоронних органів, вимагати і забезпечити неухильне виконання ними вимог КПК в частині збирання доказів, проведення слідчих дій, оформлення відповідних процесуальних документів, замість цього ми бачимо перманентні нарікання на:

- погане законодавство, яке заважає працювати, та
- поганих адвокатів, які зловживають правами та затягують розгляд справ.

І втомлені війною громадяни готові до обмежень справедливості суду – розширення впливу сторони обвинувачення за рахунок дискримінації адвокатів. Але ці громадяни не розуміють, що при цьому поступаються правами людини.

Яскравим прикладом поганого у лапках законодавства (яке в черговий раз підлала Верховна Рада), є так звані правки Лозового. У 2018 р. ними обмежили строки досудового розслідування, що обчислювалися до пред'явлення особі обвинувачення. Нещодавно в рамках посилення самостійності Спеціалізованої антикорупційної прокуратури народні обранці начебто скасували ці обмеження, а

Президент у цей же день підписав ухвалений Закон. Говорю «начебто», оскільки в кращих традиціях українського парламентаризму суспільство наразі не бачило фінального тексту проголосованого закону.

Але проблема обмеження строків досудового розслідування є штучно створеною, на що в Національній асоціації адвокатів неодноразово звертали увагу. Достатньо взяти до уваги той факт, що за КПК з правками Лозового сторона обвинувачення могла за обґрунтованих підстав подовжувати строки через суд.

Тож виходить з процесу прибрали судовий контроль? А значить – відкрили шлях до зловживань у частині тиску на громадян і бізнес через фактові провадження.

Ще один негативний наратив, який блукає у соцмережах, на інтернет-сторінках поважних ЗМІ та в кулуарах парламенту – це зловживання адвокатами своїми процесуальними правами і відсутність можливості належного реагування.

Подання ними зайвих клопотань, заявлення безпідставних відводів суддям на думку (цих самих суддів), пропуск судових засідань, – усе це настільки впливає на швидкість розгляду кримінальних справ, що необхідно дати повноваження суддям втручатися в компетенцію дисциплінарних органів адвокатури та самим притягати адвокатів до відповідальності. Але зловживання правами – це фактично оксюморон. Бо якщо закон дає людині право, його можна і необхідно реалізовувати. Тому в даному випадку більш правильно було б говорити про неналежне виконання учасниками процесу обов'язків і звертати увагу, перш за все на сторону обвинувачення.

Втім, вже існує кілька варіантів законодавчих змін з подолання цієї надуманої проблеми. І жоден з них не визнає справжніх причин порушення розумних строків розгляду справ. А на них, між іншим, указують самі судді.

І перша з них – це катастрофічний стан із заповненням вакансій, а відтак – шалене навантаження на суддю, за якого фізично неможливо організувати належний розгляд справи.

Також викликає занепокоєння ідея запровадження кримінальної відповідальності для тих адвокатів, які залишилися на тимчасово окупованій території. Їхню професійну діяльність із захисту та представництва громадян України пропонують уважати злочином колабораціонізму. Втім, автори таких ініціатив навіть не усвідомлюють різниці між колабораціонізмом (суть – співробітництво з владою ворога) та адвокатською діяльністю – незалежною від держави професійною діяльністю, яку не можна пов'язувати ні з політикою, ні з пропагандою, ні з агресією.

Ще одне запитання, на яке вам ніхто не дасть відповіді: як на ТОТ, яка залишається територією України гарантувати право кожного на правничу допомогу? Із запровадженням воєнного стану це право (на відміну від багатьох інших) не було обмежене. І його реалізацію

покладено саме на інститут адвокатури! Виходить, українців, які вимушені були отримати паспорти Росії і жити за її законами, позбавляють правничого захисту. А адвокатів, які наважаться виконувати норму Конституції України на території України, – переслідуватимуть як злочинців!

На всі ці та інші проблеми постійно вказує Рада адвокатів України регіональні органи адвокатського самоврядування та структурні підрозділи Національної асоціації адвокатів у своїх рішеннях та висновках до законодавчих ініціатив, під час круглих столів та у публікаціях, які готують наші адвокати.

Про ініціативи, які загрожують принципам адвокатської діяльності, повідомляються Президент України, керівництво Верховної Ради, профільні комітети парламенту, а також міжнародна спільнота. Можливо саме тому ми чуємо неприємні для адвокатури різні наративні закиди? у заграванні з ворогом?

Але ми переконані, що забезпечення прав громадян та справедливого судочинства, неухильне дотримання Конституції та законів України за будь-яких умов не може розходитися із національними інтересами.

І саме цю думку слід доводити суспільству щодня своєю відданою працею. Тому я закликаю усіх учасників цієї конференції бути чесними перед собою та відданими принципам верховенства права та законності.

Переконана, що ваші принциповість та професійність дозволять зберегти нашу Україну як правову державу з високими європейськими стандартами правозахисту.

Райнер Ведде (Prof. Dr. Rainer Wedde),
д-р юрид. наук, проф.,
професор бізнес-права Вісбаденської бізнес-школи
Університету Рейн Майн, член правління НУОЮ,
м. Вісбаден, Німеччина

Meine sehr geehrten Damen und Herren, verehrte Kolleginnen und Kollegen, liebe Freunde aus der Ukraine, leider ist der Vorsitzende der Deutsch-ukrainischen Juristenvereinigung, Herr Dr. Rainer Birke, erkrankt und kann daher sein Grußwort nicht halten. Er hat mich gebeten, seine herzlichsten Wünsche für eine erfolgreiche und lebhafte Konferenz übermitteln.

Schon seit vielen Jahren unterstützt die Deutsch-ukrainische Juristenvereinigung auf vielfältige Weise rechtsvergleichende Veranstaltungen zur Reform des ukrainischen Rechts. Die Konferenz der Kollegin Vilchik zum ukrainischen Anwaltsrecht im Dezember bildet seit Jahren einen festen Bestandteil unseres Veranstaltungskalenders. Mit ihr schließen wir gleichermaßen das Jahr 2023 ab.

Das vergangene Jahr war kein leichtes Jahr – weder für die Ukraine, noch für die Europäische Union oder Deutschland. Noch immer tobt in ihrem Land ein brutaler, von Russland entfesselter Angriffskrieg. Er fordert täglich Opfer und hindert ihr Land daran, sich schneller in Richtung EU zu bewegen. Andere Konflikte in der Welt sind hinzugekommen und drängen die Berichte aus der Ukraine in den Medien in den Hintergrund. Sie dürfen uns aber nicht daran hindern, diesen Krieg weiterhin im Fokus zu behalten.

Die Ukraine macht Fortschritte. Dies ist unter den gegebenen Umständen besonders bemerkenswert. Beim Umbau der Justiz kommt der Anwaltschaft eine wichtige Rolle zu. Sie muss einerseits als Organ der Rechtspflege für ordnungsgemäße Verfahren sorgen. Andererseits muss sie den Bürgern den Weg zum Recht erleichtern, sie gleichsam bei dem durch von Jhering beschriebenen «Kampf ums Recht» unterstützen

Insofern kann die Bedeutung des Anwaltsrechts für die Transformation des Rechts gar nicht hoch genug bewertet werden. Es freut mich daher, dass so viele hochrangige Experten sich heute zusammengefunden haben. Die Deutsch-ukrainische Juristenvereinigung ist stolz darauf, durch die Ermöglichung der dreisprachigen Durchführung zu diesem Austausch beizutragen.

Ich freue mich auf einen erfolgreichen Verlauf der Konferenz!

Кузьменко Савва Євгенович,
директор Вищої школи адвокатури
при Національній асоціації адвокатів України,
координатор програми Ради Європи HELP

ШАНОВНІ ОРГАНІЗАТОРИ, УЧАСНИКИ КОНФЕРЕНЦІЇ, ШАНОВНІ ГОСТІ ТА КОЛЕГИ З ПРАВНИЧОЇ СПІЛЬНОТИ!

Вітаю вас на важливій події в житті адвокатури – П'ятій Міжнародній науково-практичній конференції «Адвокатура України: сучасний стан та перспективи розвитку».

Насправді, це без перебільшення унікальна можливість об'єднати велику спільноту експертів, практикуючих адвокатів, міжнародних правників, дослідників та науковців, для обговорення ключових питань, що стосуються розвитку адвокатури в сучасному українському суспільстві.

Вважаю, що конференція є важливим форумом, де ми можемо поділитися своїми знаннями, досвідом та інноваційними підходами, спрямованими на вдосконалення адвокатської практики. Вірю, що обмін ідеями та вивчення передового досвіду сприятимуть формуванню ефективної стратегії для подальшого розвитку адвокатської галузі в Україні.

Дозвольте зазначити, що на фоні стримких, постійних, а іноді і вкрай турбулентних змін у законодавстві важливість підвищення кваліфікації адвокатів та безперервного професійного навчання набуває особливого

значення. Адвокатам, як ключовим учасникам системи правосуддя доречно пам'ятати, що навички та знання, отримані в процесі навчання, мають бути постійно оновлюваними та адаптованими до вимог сучасності.

Підвищення кваліфікації дозволяє адвокатам відповідати викликам сучасного суспільства, забезпечуючи найвищий рівень юридичної послуги для клієнтів. А безперервне професійне навчання є не тільки засобом удосконалення юридичних навичок, але й важливим компонентом підтримання етичних стандартів та високої репутації в сфері адвокатури.

У 2023 р. Вища школа адвокатури продовжила безперервний процес підвищення кваліфікації адвокатів в умовах воєнного стану. Станом на 30 листопада у Вищій школі адвокатури НААУ відбулося 726 заходів, у т. ч.:

- акредитованих вебінарів – 675 ;
- відкритих лекцій – 25 ;
- публічних дискусій – 26 .

Інформуємо, що вже більше половини практикуючих адвокатів, навіть в умовах воєнного стану, повністю виконали вимоги Порядку підвищення кваліфікації.

Загалом у акредитованих заходах усіх операторів підвищення кваліфікації взяло 157 тисяч учасників, які присвятили свій час навчання, і ця цифра складає вражаючи 323 тисячі годин.

На цій конференції я сподіваюсь ми почуємо сучасні погляди до професійної підготовки, обміну кращими практиками, що стане черговим підтвердженням важливості безперервного навчання для успішної кар'єри адвоката. Нехай ця подія стане сприянням нашій спільній меті – забезпеченню високого стандарту професійної компетентності та надійності адвокатського фронту України.

Хочу подякувати організаторам за запрошення та висловити почуття радості від того, що серед доповідачів велика кількість шанованих іноземних колег, які будемо сподіватись, буквально на днях, стануть нам ще ближчими, оскільки ми всі воліємо жити разом у єдиній європейській родині!

Дякую за увагу та активну участь кожному та кожній у формуванні майбутнього успіху нашої професії.

Слава Збройним силам України!

Ставнійчук Марина Іванівна,

канд. юрид. наук,

Голова Комітету верховенства права

Національної асоціації адвокатів України,

заслужена юристка України, українська державна діячка

**ШАНОВНІ УЧАСНИКИ V МІЖНАРОДНОЇ НАУКОВО-ПРАКТИЧНОЇ
КОНФЕРЕНЦІЇ «АДВОКАТУРА УКРАЇНИ:
СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ»!**

Вітаю усіх із цією нагодою напередодні чергової річниці з Дня створення адвокатури повернутися до актуальних питань сучасного стану адвокатури України, проаналізувати здобутки і перспективи розвитку Адвокатури України, як недержавного самоврядного конституційного інституту, що забезпечує здійснення захисту, представництва та надання інших видів правничої допомоги на професійній основі, а також самостійно вирішує питання організації і діяльності адвокатури в порядку, встановленому Конституцією України та спеціальним конституційним Законом «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

Тому з задоволенням вітаю усіх учасників конференції та бажаю плідної, результативної роботи.

***Гайворонська Вікторія Валентинівна,**
голова Ради адвокатів Харківської області,
заступник директора Регіонального центру
з надання безоплатної вторинної правової допомоги
у Луганській та Харківській областях*

**ШАНОВНІ УЧАСНИКИ V МІЖНАРОДНОЇ НАУКОВО-ПРАКТИЧНОЇ
КОНФЕРЕНЦІЇ «АДВОКАТУРА УКРАЇНИ: СУЧАСНИЙ СТАН
ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ»!**

Вітаю вас від імені колективу адвокатів Харківщини з початком роботи V Міжнародної науково-практичної конференції «Адвокатура України: сучасний стан та перспективи розвитку», яку ми проводимо з нагоди Дня адвокатури. Висловлюю слова вдячності Анатолію Павловичу Гетьману та працівникам очолюваного ним колективу Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого за співорганізацію. Щорічне проведення наукових конференцій напередодні професійного свята адвокатів, виконання Меморандуму про співпрацю вже стало нашою доброю традицією. Співорганізаторами проведена активна підготовча робота, запрошені найкращі доповідачі. Війна в Україні внесла деякі корективи в проведення заходу, сьогодні, на жаль, не безпечно приймати в рідному Харкові гостей, але незважаючи на незручності онлайн спілкування сьогодні з нами науковці профільних вузів України, судді, провідні адвокати України, Італії, Німеччини, Великої Британії, Сполучених Штатів Америки, Чехії, Австрії, Хорватії, Азербайджану. Ми щиро вдячні за Вашу участь та підтримку, за те, що ми сьогодні разом говоримо про перспективи розвитку адвокатури України.

Тема конференції є надзвичайно важливою та актуальною. Сьогодні ми будемо говорити про успіхи потужної інституції – Адвокатури України. Приємно говорити про якісне формування органів адвокатського

самоврядування. Рада адвокатів України та ради адвокатів регіону організують роботу потужної більш ніж 60-тисячної армії захисників. Кожен адвокат відчуває себе захищеним, працюють гарантії адвокатської діяльності. Жоден обшук адвоката не відбувається без участі уповноваженого регіональної ради та в разі потреби представників комітету захисту прав адвокатів. В разі, якщо працівники досудових органів розслідування належним чином виконують вимоги Кримінально процесуального Кодексу України, члени ради поряд з адвокатом під час проведення будь-якою слідчої дії щодо адвоката. В разі нехтування законом зі сторони уповноважених осіб держави на здійснення досудового розслідування регіональні ради разом з адвокатами є заявниками про злочин. Такі поодинокі випадки контролюються, ретельно вивчаються, розслідуються. Винні особи притягуються до дисциплінарної або кримінальної відповідальності.

Завдяки консолідованій роботі адвокатського корпусу є чисельна судова практика по притягненню до адміністративної відповідальності керівників установ, підприємств, організацій, що не своєчасно, не повно, або взагалі не відповіли на адвокатський запит. Радою адвокатів України узагальнені проблемні питання з зазначеної вище тематики та прийнято Порядок оформлення головою Ради адвокатів регіону або уповноваженою радою членом ради адвокатів матеріалів про адміністративні правопорушення. Складання протоколу та направлення його до суду радою адвокатів регіону є запорукою своєчасних відповідей адвокатам на запити у встановлений законом 5-денний термін.

Необхідність наукового дослідження інституту адвокатури на сучасному етапі обумовлена низкою важливих факторів. Серед них можна назвати і підвищену увагу суспільства до захисту прав, свобод і законних інтересів громадян і юридичних осіб, необхідність гармонізації адвокатської діяльності із відповідними міжнародно-правовими нормами та стандартами. Саме для цього сьогодні і зібрано практикуючих адвокатів, суддів і науковців. На даному заході дуже важливо почути один одного. Цікавим буде і досвід наших колег – науковців провідних вузів України, провідних адвокатів України, Великої Британії, Італії, Німеччини, Сполучених Штатів Америки, Чехії, Австрії, Хорватії, Азербайджану. Я впевнена, ми почуємо багато цікавого і зможемо втілити в життя, реалізувати на практиці. Адже перед нами стоять спільні завдання – забезпечити ефективний захист конституційних прав і свобод людини завдяки ефективному функціонуванню найважливішого правозахисного інституту в кожній державі – інституту адвокатури.

Напередодні професійних свят – Дня адвокатури та Дня працівників Суду вітаю всіх присутніх науковців, адвокатів, суддів, практикуючих юристів, майбутніх адвокатів, майбутніх суддів, студентів зі святами!

Бажаю учасникам конференції плідної праці та наукових здобутків!

СЕКЦІЯ I

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ ІНСТИТУТУ АДВОКАТУРИ

Бакаянова Н.,
д-р юрид. наук, проф.,
завідувачка кафедри організації судових,
правоохоронних органів та адвокатури
Національного університету «Одеська юридична
академія», адвокат, секретар дисциплінарної палати
кваліфікаційно-дисциплінарної палати адвокатури
Одеської області, заслужена юристка України,
м. Одеса, Україна

СВОБОДА ВИБОРУ АДВОКАТОМ СПРАВ: ТРАДИЦІЇ ТА СУЧАСНІ СТАНДАРТИ

Принцип незалежності адвоката та свободи здійснення адвокатської діяльності проголошується в законодавстві майже всіх країн, в усьому світі, є визнаним міжнародним стандартом.

В адвокатській практиці спостерігається багато різних аспектів проявів свободи: свобода адвокатів шукати, витребувати, отримувати і, згідно професійним нормам, поширювати інформацію та ідеї, що відносяться до їх професійної діяльності, свобода об'єднання в професійні асоціації і т.і. Прийняття доручення – початковий етап у відносинах адвоката з клієнтом – також характеризується свободою, зокрема, щодо вибору адвокатом справ.

З давнини, з часів виникнення професії адвоката, а тим більш у часи її помітного розвитку, у фокусі уваги адвокатури питання про те, чи вправі адвокат обирати – захищати чи ні, коли той, хто до нього звертається, потребує правової допомоги?

З одного боку, ми стверджуємо, що надання професійної правничої допомоги – це публічно-правова функція адвокатури, саме завдяки якій адвокат має свій особливий статус, захищений певними гарантіями, і подібно лікарю, не повинен відмовляти у допомозі. З іншого боку, визначні ідеї адвокатської професії – такі як свобода та незалежність, неприпустимість конфлікту інтересів, а також сформовані правила укладення договору між адвокатом і клієнтом – це вагомні аргументи на рахунок того, що не лише клієнт, але й адвокат також має право на вибір.

Очевидно, ми не вправі обмежувати розуміння свободи вибору справ виключно свободою відмови у прийнятті доручення, адже ця свобода у повній мірі охоплює й можливості щодо надання адвокатом згоди на ведення справи, тобто дозволяє зрозуміти, чи завжди адвокат

вправі прийняти доручення, якщо і він, і клієнт готові укласти договір? Тож свобода вибору справ охоплює і відмову, і згоду адвоката на ведення справи.

Роздуми над поняттям свободи вибору адвокатом справ звертають нас до традицій, які дійсно в адвокатурі відіграють важливу роль. Традиції адвокатури являють собою не лише передачу прийомів і способів здійснення адвокатської діяльності, універсальних підходів виконання професійних обов'язків, але й, на мою думку, передачу від одного покоління адвокатів наступному поколінню ідей, ідеалів, які сформувались в адвокатурі протягом розвитку цивілізації.

Рухаючись історичним шляхом адвокатури, від часів дії дегестів імператора Юстиніана до наших днів, і вивчаючи настанови видатних адвокатів минулого, чия діяльність є прикладом адвокатської майстерності, ми можемо констатувати, що не все однозначно у питанні свободи вибору адвокатом справ.

У відомій праці «Правила адвокатської професії у Франції» (1842 р.) Франсуа Етьєна Молло, метр зазначав, що «адвокат може без жодного пояснення причин відмовитися від довіреної йому справи. Це основне правило існувало завжди» [1, правило 61]. Водночас далі метр Молло попереджає, що це правило має виключення, зазначаючи, наприклад, справи за призначенням, та нагадуючи, як в Афінах щорічно обирались десять адвокатів для захисту бідних у цивільних і кримінальних справах, які були не вправі відмовити цим особам у наданні правової допомоги [1, правило 63]. Такий підхід, до речі, було збережено й в Римі, коли при імператорах Валенті, Валентиніані і Граціані тих адвокатів, що відмовлялись від прийняття доручень у зазначених справах, виключали зі стану адвокатів.

Видатний дослідник питань адвокатури Євген Васьковський, досліджуючи діяльність присяжної адвокатури наприкінці 19 – початку 20 століття, звертав увагу на те, що законодавство того часу не містило положень стосовно вибору справи адвокатом. У зв'язку з цим вчений запропонував детальну класифікацію судових справ, пов'язуючи її з вибором адвокатом доручень: від найсприятливіших категорій (наприклад, юридично вірних та таких, що відповідають нормам моралі) для надання згоди на прийняття доручення до усіх інших, які схиляють адвоката до відмови від участі у справі (юридично безнадійних і морально сумнівних) [2, с.13].

У сучасному світі, в якому питання свободи вибору мають особливе значення, іноді вражаючи непередбачених до такої свободи індивідуумів, питання свободи адвоката також постійно переосмислюються.

Категорію свободи справедливо пов'язують з правом вільного вибору. Проте, поглиблюючись до суті проблеми, не можна не запитати, а як виникає, як формується цей вибір?

На мій погляд, будь-який вибір відтворює певну систему цінностей, у нашому випадку – цінностей не лише особистісних, але й професійних.

При всій різноманітності цінностей, професійні цінності мають стати вирішальними у конкретний момент прийняття рішення, адже у відносинах з особою, яка звернулася за правничою допомогою, адвокат знаходиться у правовідносинах, особливості яких визначаються саме вимогами до професійної діяльності, правовим статусом адвоката.

У питанні відмови від прийняття доручення як прояву свободи вибору справ, як вбачається, не існує обмежень, окрім форми вираження цієї свободи.

Так, у світлі засад договірного права за адвокатами визнається право відмови від укладання договору з клієнтом з будь-яких причин: згідно ч. 3 ст. 27 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (далі – Закон), до договору про надання правничої допомоги застосовуються загальні вимоги договірного права, а це означає й свободу волевиявлення сторін. Водночас Правила адвокатської етики, які затверджені звітно-виборним з'їздом адвокатів України 09 червня 2017 р. (далі – Правила), сформульовані не лише у дусі поваги до незалежності адвоката, але й до поваги до професії, підтримання високого рівня культури адвоката. У широкому сенсі зазначене відповідає традиції, відповідно до якої, у разі, коли особа, якій відмовлено у наданні правничої допомоги, вимагає пояснення причин відмови, пояснення їй мають бути надані, при чому не лише у коректній формі, але й своєчасно, щоби особа мала час звернутися до інших адвокатів. Крім того, в традиції також рекомендувати іншого адвоката, направити до колеги, узгодивши це з ним, виходячи з того, щоби жодна особа не була залишена без допомоги, якої потребує. Кодекс поведінки європейських адвокатів у п.3.1.4 прямо встановлює, що адвокат не повинен користуватися правом відмови від подальшої участі в розгляді справи, якщо обставини не дозволяють клієнту знайти іншого адвоката без шкоди для клієнта.

Ані Закон, ані чинні Правила адвокатської етики, втім, зазначених традицій у конкретних положеннях не відображують, залишаючи на розсуд адвокатів практичні аспекти закладених у Законі та в Правилах основних ідей.

Питання надання адвокатом згоди на прийняття доручення як прояву свободи вибору справ, навпаки, характеризується тим, що саме тут включається сфера обмежень, зміст яких формулюється, виходячи з визначених у законодавстві положень.

Обмеження, які законодавець визначив у ч.1 ст. 28 Закону щодо реалізації свободи укладання договору про надання правничої допомоги, відповідають загально визнаним міжнародним стандартам у цій сфері, зокрема й положенням Кодексу поведінки європейських адвокатів, відповідно до яких адвокат не повинен братися за справу (п.п. 3.1.3; 3.2.1; 3.2.2; 3.2.3). Зазначені положення мають значення для розуміння свободи адвоката щодо вибору справ, адже вони орієнтують адвоката на відмову у прийнятті доручення, навіть якщо він має намір погодитись

вести справу клієнта. Таким чином, слід окреслити важливу тезу про те, що свобода вибору справ не є абсолютною, вона обмежується професійними стандартами адвокатської діяльності.

У ст. 23 Конституції України закріплено ідею свободи, зокрема: «Кожна людина має право на вільний розвиток своєї особистості, якщо при цьому не порушуються права і свободи інших людей, та має обов'язки перед суспільством, в якому забезпечується вільний і всебічний розвиток її особистості». Трансполюючи це положення на свободу адвоката, можна зазначити, що адвокат має право вибору справ, якщо при цьому не порушуються права інших людей та професійні обов'язки адвоката.

Свобода вибору адвокатом справ є однією з цінностей адвокатури, хоча ані міжнародні документи, ані акти національного законодавства України не проголошують право адвоката на вільний вибір справ. Фактично, свобода вибору справ впливає з загальних засад договірного права, а її межі окреслюються обмеженнями щодо укладення адвокатом договору про надання правничої допомоги.

Література

1. Mollot F.-E. Règles de la profession d'avocat : suivies des usages, lois et règlements.... Tome 2 / par M. Mollot. Durand, Paris, 1866. 664 p. *Bibliothèque nationale de France*. URL: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5720257q#>.

2. Васьковский Е. В. Основные вопросы адвокатской этики. СПб. : Тип. Сойкина, 1895. 46 с.

Барабаш О.,

д-р юрид. наук, проф.,

професорка кафедри загально-правових дисциплін

Інституту права

Львівського державного університету внутрішніх справ,

м. Львів, Україна

ШТУЧНИЙ ІНТЕЛЕКТ У ДІЯЛЬНОСТІ АДВОКАТА: СВІТОВІ ТЕНДЕНЦІЇ ТА УКРАЇНСЬКІ РЕАЛІЇ

Цифрові технології сьогодні інтенсивно розвиваються, а тому триває процес формування нової моделі державності, побудованої на засадах цифровізації суспільних відносин. Враховуючи, що цифровізація є світовою, ступінь економічного розвитку країн та впливу на міжнародній арені залежить від того, наскільки швидко держави адаптуються до інформаційних технологій. Сьогодні людство переходить до п'ятої стадії промислової революції, в основі якої лежать ідеї спільної роботи людей та інтелектуальних систем, що вимагає активної цифровізації всіх сфер

життя суспільства, особливо, застосування систем штучного інтелекту (далі – ШІ) – комплексу технологічних рішень здатних виконувати завдання, які зазвичай здійснюються людським (природним) інтелектом.

При цьому зазначені тенденції не можуть не торкнутися тих сфер суспільного життя, в яких запровадження інновацій може стати інструментом врегулювання вже існуючих проблем. Цифрові технології впроваджуються й у всі сфери права більшою чи меншою мірою. Зокрема, це сфера надання кваліфікованої юридичної допомоги, в якій, згідно зі статистикою Всесвітнього проекту правосуддя [1], а також Корпорації юридичних послуг [2], доступність юридичної допомоги не забезпечується належним чином, внаслідок чого близько 5,1 мільярда осіб у всьому світі стикаються з перешкодами у вирішенні цивільних, адміністративних чи кримінальних справ. З цього приводу важливі слова Доктора Ніколаоса Алетраса (провідний дослідник відділу комп'ютерних наук UCL), який вважає, що «штучний інтелект не замінить суддів чи адвокатів, але ШІ точно буде корисним для швидкого визначення закономірностей у справах» [3].

Неабияку увагу у сфері ШІ привертає саме діяльність адвокатів. Так, у травні 2016 р. перший у світі адвокат зі штучним інтелектом на ім'я Росс був найнятий на роботу в юридичну фірму Baker&Hostetler для ведення юридичної практики банкрутства [4]. Росс був розроблений на базі відомого суперкомп'ютера Watson від фірми IBM з метою полегшити рутину справ адвоката – здійснювати пошук прецедентів та прикладів справ. Росс має навички читання та розуміння мови, вбудовування припущень при задаванні питань, а потім генерації відповідей із посиланнями та цитатами для підкріплення своїх висновків. Він також навчається на досвіді, збільшуючи швидкість та знання у процесі взаємодії з ним.

Однак Росс далеко не єдиний у своєму роді ШІ, задіяний у вирішенні юридичних питань. Технологія Rechtwijzer, створена в 2007 р. в Нідерландах за підтримки Ради з правової допомоги Нідерландів та Міністерства юстиції, є відправною точкою в вирішенні юридичних проблем і підказує, які кроки необхідно зробити для вирішення спорів у таких питаннях, як розлучення, опіка, боргові зобов'язання, відносини орендарів та орендодавців [5]. Rechtwijzer не займається аналізом прецедентів, а за підсумками заповнення анкети формує чіткий план дій з порадами та рекомендаціями на основі аналізу чинного законодавства.

У 2016 р. вченими з Лондонського університету розроблено штучний інтелект – суддя, який здатний при аналізі матеріалів у справах, що стосуються приниження людської гідності, тортур чи недоторканності приватного життя, зважувати юридичні докази та моральні питання добра і зла, а далі використовувати свої висновки для точного прогнозування результату [6]. Алгоритм вивчав дані з 584 справ і приймав власні судові рішення, які, зрештою, на 79% збіглися із реальними рішеннями, винесеними судом. Утім, на думку творців, суддя

зі ШІ не здатний замінити суддів чи адвокатів, але може бути доволі корисним для виявлення закономірностей у судових справах та прогнозування результату подій на основі аналізу даних.

Всі ці приклади є реальними прикладами того, як Legal Artificial Intelligence стає частиною сучасного життя через цифрові інструменти LegalTech. Legal Artificial Intelligence є технологією застосування ШІ в правовій сфері за допомогою реалізації LegalTech-рішень. При такій активній експлуатації ШІ, виникає питання: чи існує ризик витіснення Legal AI традиційних юристів та адвокатів із юридичної галузі як менш ефективний та об'єктивний спосіб інтерпретації правових знань?

Так, після скандалу, коли нью-йоркські адвокати використали прецеденти, вигадані ChatGPT, деякі судді заявили про обов'язок розкривати факт використання в їхній роботі технологій штучного інтелекту. Колегія адвокатів Флориди наразі готує відповідний консультативний висновок, присвячений використанню штучного інтелекту в адвокатській діяльності. Комітет з професійної етики Колегії у свою чергу має підготувати Правила використання штучного інтелекту. Як приклади наводяться продукти ChatGPT від OpenAI, Google Bard та Bing від Microsoft. Правилами зокрема планується врегулювати такі питання: чи мають адвокати попереджати клієнтів про використання ШІ та отримувати згоду на це; чи підлягає ШІ такому ж контролю з боку адвокатів, як і їхні помічники, які не є адвокатами; чи має гонорар адвоката бути нижчим у разі використання ним ШІ; чи можна дозволити юридичним фірмам рекламувати власні продукти із використанням ШІ; чи можуть адвокати рекомендувати клієнтам покладатися на документи і юридичну аналітику, створені ШІ. Таким чином, штат Флорида може стати першою юрисдикцією в США, яка запровадить правила для адвокатів, які використовують штучний інтелект [7].

Показово, що в Україні також йде інтенсивне впровадження інформаційних технологій у сферу адвокатської діяльності. Так, при НААУ наразі створена Робоча група з питань правового регулювання штучного інтелекту (далі – Робоча група) якою напрацьовуються рекомендації до національного законодавства у сфері ШІ в адвокатурі [8]. Зауважимо, що природнім для інституту адвокатури є захист, тому найважливішим завданням Робочої групи при розробці законотворчих пропозицій визначено забезпечення належного захисту прав людини під час розробки, впровадження та використання систем штучного інтелекту. Серед головних завдань Робочої групи варто виокремити наступні: забезпечення доступу до даних, що використовуються для навчання та функціонування систем штучного інтелекту; захист авторських прав та власності на дані, що використовуються для створення систем штучного інтелекту; визначення правил щодо забезпечення безпеки систем штучного інтелекту з метою захисту від можливих кібератак та інших загроз; визначення етичних принципів та правил, якими мають керуватися розробники систем штучного інтелекту тощо [8].

Клієнти своїм адвокатам часто ставлять питання, які вимагають навичок прогнозування майбутнього: якщо я подам цей позов, яка ймовірність, що я виграю в суді? Скільки часу займе весь судовий процес і скільки це мені коштуватиме? Чи краще врегулювати цю справу визнанням своєї вини, або ж скористатися своїми шансами в суді?

Зауважимо, що жоден юрист не має знання про усі дані, що впливають на остаточний результат, тому зробити вірний прогноз доволі важко. Більш досвідчені юристи роблять свої прогнози щодо результатів краще, тому що мають великий досвід роботи, проте це не забезпечує гарантій кінцевого результату для клієнтів. Оскільки ШІ може отримати доступ до більшої кількості відповідних даних, ґрунтуючись на загальній статистиці, він може краще ніж юристи прогнозувати результати юридичних суперечок та судових розглядів.

Таким чином, питання впровадження ШІ в діяльність адвокатів стає найгостріше: штучний інтелект – цінний помічник чи повноцінна заміна людини? Щодо перспективності застосування систем ШІ у сфері забезпечення доступності юридичної допомоги, можна зробити такі висновки. По-перше, застосування систем ШІ у сфері надання кваліфікованої юридичної допомоги надважливо, оскільки може призвести до значного вдосконалення деяких процесів, а також знизити навантаження на суб'єктів, які надають юридичну допомогу. По-друге, позитивним ефектом використання систем ШІ у сфері надання юридичної допомоги може стати підвищення рівня доступності юридичної допомоги, особливо організаційно-інституційної, територіально-дистанційної, тимчасової, фінансової та суб'єктної доступності.

Щодо недоліків застосування ШІ в діяльності адвокатів, то дослідники сходяться на думці, що ШІ не здатний повністю витіснити юристів із ринку юридичних послуг. ШІ в адвокатській діяльності з більшою ймовірністю не зможе своїми технологічними рішеннями повністю замінити людину, оскільки низка завдань, таких як консультування, ведення переговорів, суперечки в судах пов'язані саме з емоційною взаємодією учасників процесу. Емоційна близькість недоступна для ШІ як обчислювальної системи, не наділеної органами почуттів, тому дана частина взаємовідносин залишається прерогативою людства. Тим не менш, традиційні юридичні фірми повинні розуміти потенціал ШІ і використовувати його, щоб юристи могли зосередитися на складнішій та критичнішій роботі зі своїми клієнтами. Ті, хто ухвалить нові закони функціонування юридичного ринку та використовуватиме технології Legal Artificial Intelligence, зможуть надавати кращі та найефективніші послуги своїм клієнтам.

Література

1. Measuring the Justice Gap. *World Justice Project*. URL: <https://worldjusticeproject.org/our-work/researchand-data/accessjustice/measuring-justice-gap> (date of the application: 13.12.2023).

2. The Justice Gap Report. Executive Summary. *Legal Services Corporation*. URL: <https://justicegap.isc.gov/resource/executive-summary> (date of the application: 13.12.2023).

3. ШІ в адвокатурі: правила гри змінюються вже зараз. URL: <https://speka.media/si-u-advokaturi-pravila-gri-zminyuyutsya-vze-zarazv4jdov> (дата звернення: 13.12.2023).

4. AI lawyer «Ross» has been hired by its first official law firm // *Futurism*. URL: <https://futurism.com/artificially-intelligent-lawyer-ross-hired-first-official-law-firm> (дата звернення: 13.12.2023).

5. Rechtwijzer. URL: <https://rechtwijzer.nl/> (дата звернення: 13.12.2023).

6. Artificial intelligence 'judge' developed by UCL computer scientists // *The guardian*. URL: <https://www.theguardian.com/technology/2016/oct/24/artificial-intelligence-judge-university-college-london-computer-scientists> (дата звернення: 13.12.2023).

7. Використання штучного інтелекту адвокатами врегулюють у США – готуються Правила. URL: https://unba.org.ua/news/8456-vikoristannya-shtuchnogo-intelektu-advokatami-vregulyuyut-u-ssha-gotuyut-sya-pravila.html?tg_rhash=7da4936d5affb2 (дата звернення: 13.12.2023).

8. Правове регулювання штучного інтелекту: у НААУ створено Робочу групу. URL: <https://jurliga.ligazakon.net/news/218005-pravoveregulyuvannya-shtuchnogo-ntelektu-u-naau-stvoreno-robochu-grupu> (дата звернення: 13.12.2023).

Безега Т.,
канд. іст. наук, д-р філософії,
докторант кафедри цивільного права та адвокатури
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
адвокат
м. Ужгород, Україна

ЕТИКО-ДЕОНТОЛОГІЧНИЙ КОМПОНЕНТ ПОВЕДІНКИ АДВОКАТА В МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ

В період глобалізаційних процесів ХХІ століття соціальні мережі стають невід'ємною частиною життя кожної людини. Серед адвокатської спільноти Інтернет-простір також набуває значної актуальності. Враховуючи загальнолюдські суспільні цінності, користуючись у своїй діяльності соціальними мережами, адвокат зобов'язаний дотримуватися етико-деонтологічних вимог та правил.

Як справедливо наголошує Т.Б.Вільчик, особливістю адвокатської діяльності є те, що вона не може бути детально врегульована на законодавчому рівні. Це пов'язано не тільки з її різноманіттям, але і з необхідністю досягнення цілей і завдань адвоката. Основоположна мета

адвокатури як корпорації, як і кожного адвоката окремо, полягає в служінні правосуддю і людям, а це неможливо без наявності моральної основи [1].

З однієї сторони активний розвиток новітніх інформаційних технологій збагачує адвокатів новими засобами здійснення їх професійних функцій, проте, з іншої сторони, породжує нові проблеми, які зумовлюють «ревізію» і доповнення правил адвокатської етики з урахуванням сучасних реалій.

Так у Правилах адвокатської етики, які затверджені Звітно-виборним з'їздом адвокатів України 09 червня 2017 року, поведінці адвокатів у соціальних медіа та поширенню інформації у мережі Інтернет присвячено окремий Розділ VIII ПАЕ «Дотримання норм адвокатської етики при використанні мережі Інтернет», який складається з чотирьох статей (ст. 57-60). По суті цей розділ визначає принципи поведінки адвокатів у соціальних мережах та особливості їх дотримання [2].

Більш детальний аналіз вказаних норм ПАЕ свідчить про те, що при підготовці розділу VIII ПАЕ були частково використані Міжнародні принципи поведінки в соціальних мережах для юридичних професій (IBA International Principles on Social Media Conduct for the Legal Profession), прийняті Радою Міжнародної асоціації юристів 24 травня 2014 р. (далі — Принципи IBA) [3].

У вступі до Принципів IBA зазначено, що вони розроблені з метою сприяння асоціаціям адвокатів і регуляторним органам в усьому світі упроваджувати настанови для юридичної професії щодо поведінки в соціальних мережах, які відповідатимуть правилам професійної етики та морально-етичним нормам [4].

Введення нових норм стосовно поведінки адвоката у процесі користування мережею Інтернет, за твердженням Н.І.Бочуляка – була доволі назрілою, позаяк окреслилася тенденція активізації участі адвокатської спільноти у соціальних мережах, сайтах, Інтернет-форумах, веденні блогів. Нововведення до ПАЕ – прогресивний поступ Національної Асоціації Адвокатів України на шляху зміцнення інституціональної значимості інституту адвокатури як одного із найважливіших інструментів утвердження верховенства права та забезпечення прав людини [5].

За словами О.М.Яремко, міжнародне і національне законодавство України встановило чимало заборон і обмежень, які впливають із правового статусу адвоката. У адвокатських колах триває чимало дискусій з приводу встановлення обов'язку дотримуватись окремих заборон і обмежень не лише у професійних відносинах («адвокат – адвокат», «адвокат – клієнт», «адвокат – процесуальний опонент» тощо), але й у відносинах, які виникають «поза робочий» час. Доцільність встановлення етичних правил поведінки адвокатів у мережі «Інтернет» – приклад таких дискусій [6].

Вітчизняні адвокати при здійсненні професійної діяльності

зобов'язані виконувати нововведені норми Правил адвокатської етики щодо дотримання норм адвокатської етики при використанні мережі Інтернет [7].

Порушення правил адвокатської етики є дисциплінарним проступком адвоката і підставою для притягнення останнього до дисциплінарної відповідальності відповідно до ст. 35 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [8].

До прикладу, адвокат під час спілкування в мережі Інтернет може розміщувати, коментувати лише ту інформацію, використання якої не завдає шкоди авторитету адвокатів та адвокатури в цілому. При цьому Правила адвокатської етики поширюються не тільки на всі види адвокатської діяльності, але і на іншу діяльність (дії) адвоката, у тому числі і соціально-публічну діяльність адвоката. До такого висновку дійшов Верховний Суд у справі №815/1830/18 (постанова від 24.06.2020) [9].

Пости та коментарі у соціальних мережах, публічні виступи (інтерв'ю, ст. тощо), – все це формує «цифрову тінь» адвоката. Зараз «цифрова тінь здатна передбачити поведінку реального об'єкта лише за тих умов, у яких здійснювався збір даних» [10], але за умови зростання кількості даних, поведінка адвоката може буде повністю передбачувана [11].

На думку Голови комітету НААУ з кібербезпеки Максима Сороки: «Зміни в процесуальних кодексах у частині можливості використання електронних доказів, зобов'язують кожного адвоката аналізувати й узагальнювати практику фіксації та застосування таких доказів, а також дотримуватися правил і рекомендацій щодо «цифрової гігієни», яка сьогодні набуває неабиякого значення для кожного» [12].

Хоч попри всі ризики, пов'язані з використанням соціальних медіа, цей спосіб комунікації сприяє підвищенню компетентності, зміцненню адвокатської спільноти, а також інформує громадськість про юридичні послуги. Здається, соціальні мережі сьогодні ми можемо розглядати, як один з найважливіших інструментів для юридичної практики [13].

Підсумовуючи, можна зазначити, що норми, які регулюють активність адвокатів у мережі Інтернет, слід і в майбутньому вдосконалювати, а саме щодо притягнення до відповідальності адвокатів за неетичну поведінку [14]. У цілому, Правила адвокатської етики повинні завжди йти в ногу з часом, тому що цього вимагає життя. Оптимістичним є те, що вічні цінності є незмінними, адже адвокатська діяльність, побудована на професійному досвіді і традиціях.

Література

1. Вільчик Т. Б. Деонтологічні засади діяльності адвокатів: міжнародні стандарти та вітчизняне законодавство. *Вісник Одеської адвокатури. Спеціальний випуск. Адвокатська етика*. 2019. С. 61. URL: https://kdka.od.gov.ua/wp-content/uploads/2019/06/voa-AE-2019-OBL_.pdf.
2. Правила адвокатської етики, затверджені звітно-виборним

з'їздом адвокатів України 9 червня 2017 р. URL: http://unba.org.ua/assets/uploads/3ae9a115a40b9a5bc04f_file.pdf.

3. Принципи Міжнародної асоціації юристів (IBA) щодо поведінки в соціальних мережах для юридичних професій прийняті Радою Міжнародної асоціації юристів 24 травня 2014 року. URL: http://tomorrowlawyer.org/wp-content/uploads/2017/10/IBA-International-Principles-media_ukr.pdf.

4. Шаповалова І. Як активність у соціальних мережах може завдати шкоди адвокатуві. 7.11.2023 р. URL: <https://unba.org.ua/publications/8496-yak-aktivnist-u-social-nih-merezhah-mozhe-zavdati-shkodi-advokatovi.html>.

5. Бочуляк Н. І. Адвокати та соціальні мережі: етико-професійні аспекти кореляції URL: [file:///C:/Users/MegaNotik/Downloads/207-Article%20Text-389-1-10-20200709%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/MegaNotik/Downloads/207-Article%20Text-389-1-10-20200709%20(1).pdf).

6. Яремко О. М. Професійна етика адвокатів у мережі «Інтернет»: міжнародні і національні стандарти. URL: <http://dspace.wunu.edu.ua/bitstream/316497/42521/1/%D0%AF%D1%80%D0%B5%D0%BC%D0%BA%D0%BE.pdf>.

7. Коломійчук В. Адвокатська етика в мережі Інтернет: проблемні питання. uainfo 25.07.2018 р. URL: <https://uainfo.org/blognews/1532456936-advokatska-etika-v-merezhi-internet-problemni-pitannya.html>.

8. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України. *Голос України*. 2012. №148-149. 14.08.2012.

9. Постанова ВС/КАС від 24.06.2020 у справі № 815/1830/18. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/90029760>.

10. Кокорєв Д. С., Юрін А. А. Цифрові двійники: поняття, типи та переваги для бізнесу. *Colloquium-journal*. 2019. №10 (34).

11. Завадський А. Діджиталізація адвокатури: можливості, ризики та перспективи. *Адвокатура України: сучасний стан та перспективи розвитку* : матеріали III Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 16 груд. 2021 р.). Харків : Право, 2021. 436 с. URL: https://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/SENMK/SB_Advocacy_of_Ukraine_2021.pdf.

12. Петраш К. Голова Комітету НААУ з кібербезпеки Максим Сорока: «Потрібно навчитися жити так, щоб якість нашого життя не погіршувалася та не залежала від вірусів» 17.10—23.10.2020 р. URL: <https://zib.com.ua/ua/print/145030.html>.

13. Клочков В. Адвокатська етика в соцмережах: пан або пропав. *Юридична газета*. № 23 (729). URL: <https://jur-gazeta.com/dumka-eksperta/advokatska-etika-v-socmerezah-pan-abo-propav.html>.

14. Храпенко О. О. Дотримання Правил адвокатської етики на телебаченні та в Інтернеті. *Вісник Одеської адвокатури. Спеціальний випуск. Адвокатська етика*. 2019. С. 61. URL: https://kdka.od.gov.ua/wp-content/uploads/2019/06/voa-AE-2019-OBL_.pdf.

Науковий консультант – д-р юрид. наук, проф., кафедра цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого **Т. Б. Вільчик.**

Бірюкова А.,
*д-р юрид. наук, проф.,
Академія адвокатури України,
м. Київ, Україна*

ОКРЕМІ ПИТАННЯ КОНФЛІКТУ ІНТЕРЕСІВ В АДВОКАТСЬКІЙ ДІЯЛЬНОСТІ

Питання конфлікту інтересів в адвокатській діяльності є і досі предметом наукового пошуку багатьох вітчизняних та зарубіжних вчених та привертає підвищений інтерес практикуючих правників.

Нами зазначалося, що традиційно правові та етичні норми, які визначають основні засади діяльності адвоката за наявності конфлікту інтересів або реального обґрунтованого ризику його виникнення, у своїй сукупності сприймають як важливий стабілізаційний механізм, що забезпечує незалежність та неупередженість адвоката у захисті інтересів клієнта. Практичне втілення вказаного механізму спрямоване на недопущення впливу на рішення і свободу дій адвоката, викликаного інтересами третіх осіб або самого адвоката [1].

У тезаурусі термінів Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», конфлікт інтересів визначається як суперечність між особистими інтересами адвоката та його професійними правами і обов'язками, наявність якої може вплинути на об'єктивність або неупередженість під час виконання адвокатом його професійних обов'язків, а також на вчинення чи невчинення ним дій під час здійснення адвокатської діяльності [2].

Тобто, у зазначеному визначенні конфлікту інтересів, відсутнє посилення та наявність інших обставин, що можуть призвести до конфлікту інтересів, зокрема, коли виконання договору може суперечити інтересам адвоката, членів його сім'ї або близьких родичів, адвокатського бюро або адвокатського об'єднання, засновником (учасником) якого він є, професійним обов'язкам адвоката.

За таких обставин, законодавець обмежується лише встановленням *заборони укладати договір* про надання правничої допомоги та *зобов'язання адвоката відмовитися від виконання укладеного договору* [2].

З практичного погляду, як дисциплінарний проступок, дії адвоката можуть бути кваліфіковані як порушення принципу уникнення конфлікту інтересів за обставин наявної (існуючої) суперечності між особистими інтересами адвоката та його професійними правами і обов'язками, а

також, за наявності обставин що можуть призвести до конфлікту інтересів.

Такої ж позиції дотримується і Вища кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури, яка в Узагальненні дисциплінарної практики кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури щодо конфлікту інтересів від 04.10.2019 р., з посиланням на статтю 28 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» зазначила, що адвокату, адвокатському бюро або адвокатському об'єднанню забороняється укладати договір про надання правової допомоги (зобов'язаний відмовитися від виконання договору) у разі: наявного конфлікту інтересів (абз. 1 ч. 1 ст. 28 Закону); за наявності обставин, що можуть призвести до конфлікту інтересів, зокрема, виконання договору може суперечити інтересам адвоката, членів його сім'ї або близьких родичів, адвокатського бюро або адвокатського об'єднання, засновником (учасником) якого він є, професійним обов'язкам адвоката (п. 6 абз. 2 ч. 1 ст. 28 Закону) [3].

У зазначеному вище узагальненні ВКДКА наводиться приклад порушення дисциплінарної справи стосовно адвоката через наявний конфлікт інтересів за обставин використання адвокатом для своїх власних інтересів грошових коштів клієнта, підозрюваного у кримінальному провадженні, що надані ним адвокату для внесення застави, обраної судом як міри запобіжного заходу. ВКДКА зазначає, що конфлікт інтересів неприпустимий, в зв'язку з чим адвокат зобов'язаний негайно повідомити клієнта про наявність конфлікту та розірвати договір [3].

Як зазначалося, у ст. 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», конфлікт інтересів визначається за обставин наявної (існуючої) суперечності між особистими інтересами адвоката та його професійними правами і обов'язками.

При цьому, за наявності обставин що можуть призвести до конфлікту інтересів, норми Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» передбачають *лише заборону укладати договір* про надання правничої допомоги та *зобов'язання відмовитися від виконання укладеного договору*.

Разом з тим, адвокат може надавати правничу допомогу без укладення договору про надання правничої допомоги, зокрема, такий вид правничої допомоги, як, консультація з правових питань. У такому разі, адвокат, за наявності обставин, що можуть призвести до конфлікту інтересів, повинен керуватися статтею 21 Закону, відповідно до якої, під час здійснення адвокатської діяльності адвокат зобов'язаний невідкладно повідомляти клієнта про виникнення конфлікту інтересів (п. 3. ч. 1 ст. 21 Закону) [2].

У Правилах адвокатської етики також встановлюється лише обов'язок адвоката на вимогу клієнта до укладення договору про надання правової допомоги, повідомити клієнта про обставини, що можуть вплинути на можливе виникнення конфлікту інтересів [4].

Вважаємо, що встановлений у Законі «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та у Правилах адвокатської етики обов'язок адвоката щодо повідомлення клієнта про виникнення конфлікту інтересів (обставини, що можуть вплинути на можливе виникнення конфлікту інтересів), є недостатньою мірою для усунення такого конфлікту та, на наш погляд, потребує встановлення додаткового обов'язку адвоката щодо припинення надання будь-якого виду правничої допомоги (виду адвокатської діяльності).

Таким чином, бачимо, що, законодавець врегульовує питання конфлікту інтересів в адвокатській діяльності в залежності від наявного (існуючого) конфлікту інтересів та наявності обставин, що можуть призвести до конфлікту інтересів та передбачає відповідний механізм реагування на усунення такого конфлікту.

Тому, вбачається за доцільне, викласти п. 8 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» у наступній редакції: *конфлікт інтересів – суперечність між особистими інтересами адвоката та його професійними правами і обов'язками, наявність якої може вплинути на об'єктивність або неупередженість під час виконання адвокатом його професійних обов'язків, а також на вчинення чи невчинення ним дій під час здійснення адвокатської діяльності, а також наявність обставин, що можуть призвести до конфлікту інтересів.*

Література

1. Бірюкова А. М. Конфлікт інтересів в адвокатській діяльності в умовах глобалізації. 2017. *Вісник кримінального судочинства*. 2017. № 6. С. 142–146.

2. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI. URL: [//zakon4.rada.gov.ua/laws/show/5076-17](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/5076-17).

3. Рішення Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури № Х-017/2019 від 4 жовтня 2019 р. про затвердження узагальнення дисциплінарної практики кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури щодо конфлікту інтересів. URL: <https://vkdka.org/14637-2/>.

4. Правила адвокатської етики. Затверджені Звітно-виборним з'їздом адвокатів України 2017 р. «09» червня 2017 року. URL: [//unba.org.ua/assets/uploads/legislation/pravila/2019-03-15-pravila_2019_5cb72d3191e0e.pdf](http://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/pravila/2019-03-15-pravila_2019_5cb72d3191e0e.pdf).

Васьковський О.,

канд. юрид. наук,

секретар судової палати для розгляду справ про банкрутство

Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду,

м. Київ, Україна

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВНИЧОЇ ДОПОМОГИ У СПРАВАХ ПРО БАНКРУТСТВО

З точки зору правничої допомоги справи позовного провадження (які розглядаються в межах справи про банкрутство в порядку ст. 7 КУзПБ) [1] та справи про банкрутство мають свою специфіку і відмінності, які інколи досить суттєво позначаються на очікуваннях учасників процесу та правників. На противагу позовному провадженню, справи про банкрутство набагато довші за строками провадження, а також відрізняються значною кількістю учасників. Тобто процедура банкрутства має суттєві відмінності від позовного провадження. І вже склалася певна судова практика щодо особливостей застосування окремих аспектів відшкодування витрат на правничу допомогу.

У зв'язку з цим хочеться нагадати про декілька постанов судової палати з розгляду справ про банкрутство КГС ВС, які стосуються особливостей застосування окремих аспектів відшкодування витрат на правничу допомогу.

Так, в ухвалі від 22 вересня 2021 р. у справі № 5017/2833/2012 судова палата КГС ВС, відмовляючи в задоволенні заяви про ухвалення додаткового рішення про розподіл судових витрат, зазначила: зважаючи на відсутність у процесуальному законі положень щодо покладення витрат, пов'язаних із розглядом справи про банкрутство, на іншу ніж сторони у справі особу, керуючись принципом диспозитивності, дійшла висновку про відсутність правових підстав вважати, що суд може покласти витрати, пов'язані з розглядом справи одного учасника у справі про банкрутство на іншого учасника у справі про банкрутство, який відповідно до положень Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» не може бути визначений як сторона у справі про банкрутство [2].

Також останнім часом у судовій практиці все частіше спостерігаються випадки, коли адвокати подають клопотання про відшкодування витрат на правничу допомогу у справах про банкрутство після вирішення судом процедурних питань.

У цьому контексті потрібно звернути увагу на абз. 2 ч. 3 ст. 233 ГПК України, який передбачає, що суд може вирішити питання розподілу судових витрат у додатковому рішенні після ухвалення рішення за результатами розгляду справи по суті. Тобто розподіл судових витрат, понесених однією зі сторін спору на професійну правничу допомогу, здійснюється судом за результатами розгляду справи (вирішення спору по суті) [3].

В свою чергу у справі № 904/1907/15 перед судовою палатою КГС ВС було поставлено питання щодо визначення правової природи витрат на професійну правничу допомогу, які виникли в покупця після визнання боржника банкрутом та відкриття ліквідаційної процедури у зв'язку з визнанням недійсними результатів аукціону з продажу майна банкрута та застосуванням наслідків недійсності правочину.

Відповідно, судова палата КГС ВС у постанові від 23 вересня 2021 р. дійшла висновку, що витрати на професійну правничу допомогу за результатами розгляду вимоги про застосування наслідків недійсності договору, укладеного за результатами аукціону, не охоплюються реституційними наслідками, а належать до витрат, пов'язаних із провадженням у справі про банкрутство (неплатоспроможність) в господарському суді, які мають загальний порядок розподілу та відшкодування, передбачений нормами ГПК України. Такі витрати не є поточними вимогами у справі про банкрутство (неплатоспроможність) та належать:

1) у справі про банкрутство – до вимог першої черги (ч. 1 ст. 64 КУзПБ);

2) у справі про неплатоспроможність – до витрат, що відшкодовуються в повному обсязі до задоволення вимог кредиторів (ч. 2 ст. 133 КУзПБ) [4].

Також не можливо не зазначити, що ВС у своїх постановках неодноразово вказував на те, що:

– стягнення витрат на професійну правничу допомогу з боржника не може бути способом надмірного збагачення сторони, на користь якої такі витрати стягуються, і не може становити для неї по суті додатковий спосіб отримання доходу (постанова КГС ВС від 24 січня 2022 р. у справі № 911/2737/17) [5];

– при визначенні суми відшкодування суд має виходити з критерію реальності понесення адвокатських витрат (встановлення їх дійсності та необхідності), а також критерію розумності їхнього розміру, виходячи з конкретних обставин справи та фінансового стану обох сторін (постанова ВП ВС від 19 лютого 2020 р. у справі № 755/9215/15-ц) [6].

Література

1. Кодекс України з процедур банкрутства. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 19. Ст. 5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19>.

2. Ухвала Касаційного господарського суду від 22.09.2021 у справі № 5017/2833/2012. URL: <http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=100456038&red=100003335e6d6ef213cf5fc7f843a7e2ebf97d&d=5>.

3. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 № 1798-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text>.

4. Постанова Касаційного господарського суду від 23 вересня 2021 р. у справі № 904/1907/15 URL: <http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=101519204&red=1000031ce9741ffc099577d60ce965dc8c00&d=5>.

5. Постанова Касаційного господарського суду від 24 січня 2022 р. у справі № 911/2737/17 URL: <http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=102747644&red=100003ba0a1412b77404aa62a1db94612d45ed&d=5>.

6. Постанова ВП ВС від 19 лютого 2020 р. у справі № 755/9215/15-ц. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/87951334>.

Dr. Rainer Wedde,

Professor für Wirtschaftsrecht an der Wiesbaden Business School. Mitglied im Vorstand des Wiesbaden Institute for Law and Economics (WILE) und im Vorstand der Deutsch-Ukrainischen Juristenvereinigung (DUJV). Über 20 Jahre Tätigkeit in internationalen Anwaltskanzleien und zahlreiche Publikationen zum internationalen Wirtschaftsrecht

Д-р Райнер Ведде,

*д-р юрид. наук, проф.,
професор бізнес-права Вісбаденської бізнес-школи
Університету Рейн Майн, член правління НУОЮ,
м. Вісбаден, Німеччина*

**AUFGABEN DER ANWALTSKAMMER IN DEUTSCHLAND
ЗАВДАННЯ АДВОКАТСЬКИХ ПАЛАТ У НІМЕЧЧИНІ.**

1. Einführung

Der Rechtsanwalt bildet im deutschen Recht ein «unabhängiges Organ der Rechtspflege» (§ 1 BRAO) und übt einen freien Beruf aus (§ 2 BRAO). Er ist also weder ein staatliches Organ, noch ein reiner Interessenvertreter seiner Mandanten.

Es ist mithin unabhängig vom Staat (vor allem den Gerichten und der Justizverwaltung), aber auch von externen Einflüssen. Um diese wichtigen Aufgaben zu erfüllen, kommt der Wahrung seiner Unabhängigkeit existentielle Bedeutung zu. Diese Unabhängigkeit ist nicht nur materiell sicherzustellen und gesetzlich abzusichern, sondern bedarf auch einer organisatorischen Gewährleistung. Dies geschieht durch die anwaltliche Selbstverwaltung, deren Herzstück die Rechtsanwaltskammern bilden. Ihre Rechtsgrundlage finden sie in der Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO).

2. Statistik zu den Anwälten in Deutschland

2023 gab es in Deutschland 165.186 zugelassene Rechtsanwälte, von denen ca. 37% weiblich waren (Zahlen von www.brak.de). Nach einem deutlichen Anstieg der Anwaltszahl ab den 60er Jahren, stagniert diese Zahl seit einigen Jahren. 2023 gab es interessanterweise sogar einen leichten Rückgang (-0,24%) gegenüber 2022 (damals 165.587 Anwälte). Man geht zudem davon aus, dass in den nächsten Jahren in Deutschland ein erheblicher Juristenmangel droht. Gleichbleibenden Absolventenzahlen und sogar sinkenden Studienanfängerzahlen stehen zunehmende Aufgaben der Rechtsberatung gegenüber. Zudem werden viele ältere Berufsträger absehbar in den Ruhestand gehen.

Von den deutschen Rechtsanwälten führt etwa ein Drittel (45.968) einen Fachanwaltstitel. Dieser dokumentiert eine besondere Spezialisierung in einem Rechtsgebiet. Es gibt ihn in 24 Arten sehr unterschiedlichen Umfangs. So tragen etwa 11.000 Rechtsanwälte den Titel eines Fachanwalts für Arbeitsrecht, während es im Sportrecht aktuell nur 41 sind.

3. Anwaltskammern

Es gibt in Deutschland 28 Rechtsanwaltskammern. Das sind 27 regionale Rechtsanwaltskammern (die meisten Mitglieder haben die Kammern in München und Frankfurt), idR vertreten sie die Anwälte im Bezirk eines Oberlandesgerichts (OLG). Dazu kommt die sehr kleine Kammer beim Bundesgerichtshof in Karlsruhe mit gerade einmal 37 Mitgliedern. Über den Anwaltskammern steht auf föderaler Ebenen die Bundesrechtsanwaltskammer mit Sitz in Berlin.

Die Rechtsanwaltskammer besteht in der Rechtsform einer Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 62 BRAO), alle Rechtsanwälte im OLG-Bezirk sind kraft Gesetzes ihre Mitglieder. Die Kammer unterliegt einer begrenzten Staatsaufsicht durch die jeweilige Landesjustizverwaltung (§ 62 II BRAO).

In der Kammerversammlung sind sämtliche Rechtsanwälte des Bezirks vertreten. Sie wählen aus ihrem Kreis jeweils für 4 Jahre die ehrenamtlich tätigen mindestens 7 Mitglieder des Vorstands der Anwaltskammer. Der Vorstand wählt aus seiner Mitte ein Präsidium aus mindestens 4 Personen, § 78 BRAO. Für die eigentliche Leitung wird in der Regel eine (hauptberufliche) Geschäftsführung eingesetzt.

Die Aufgaben der Rechtsanwaltskammern sind vielfältig, § 73 BRAO. Dazu gehört insbesondere die Zulassung der Rechtsanwälte zur Anwaltschaft (§§ 4ff. BRAO) einschließlich der Vereidigung. Ebenso sind sie für Rücknahme und Widerruf der Zulassung zuständig, § 14 BRAO. Auch die Beratung und Belehrung der Mitglieder sowie die Streitschlichtung zählt zu ihren Aufgaben, ebenso die Überwachung der Pflichterfüllung und die Verhängung von Sanktionen bei Verstößen (die allerdings gerichtlich angefochten werden können). Schließlich sind sie für die Erstattung von Gutachten zuständig, wirken an der Ausbildung und Prüfung des Nachwuchses mit und kümmern sich um die internationale Zusammenarbeit.

Auch die 1959 gegründete Bundesrechtsanwaltskammer bildet eine Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 176 BRAO), ihre Mitglieder sind die Rechtsanwaltskammern. Die staatliche Aufsicht übernimmt das Bundesjustizministerium. Die Hauptversammlung wählt für 4 Jahre ein Präsidium aus 6 Personen, das ehrenamtlich tätig ist. Daneben gibt es eine hauptamtliche Geschäftsführung. Aktueller Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer ist Rechtsanwalt Dr. Ulrich Wessels.

Aufgabe der Bundesrechtsanwaltskammer ist nach § 177 BRAO allgemein die Vertretung der Interessen der Rechtsanwälte gegenüber Gerichten und Behörden. Außerdem erstellt sie Gutachten, fördert die berufliche Fortbildung, die elektronische Kommunikation und unterstützt bei der Geldwäschebekämpfung. Als nationale Institution ist sie noch mehr als die regionalen Kammern für die internationale Vernetzung zuständig und pflegt daher Kontakte zu den Schwesterorganisationen in anderen Ländern.

4. Ausblick

Rechtsanwälte genießen als Berufsgruppe in Deutschland traditionell ein hohes Ansehen. Dabei spielen Unabhängigkeit und Selbstverwaltung eine

важливу роль. Але лише законодавчі норми не вистачають, щоб пояснити успіх. Необхідно також високе професійне етичне ставлення всіх адвокатів та особливе виконання їхніх обов'язків.

Цей великий успіх є тим більш вражаючим, чим більше інтереси адвокатів можуть відрізнятися. Традиційно існують різні підходи між великими спеціалізованими юридичними фірмами та адвокатами в меншій структурі. Завжди більшість складають окремі адвокати. Це в самостійній діяльності може гальмувати розвиток, якщо модернізаційні заходи будуть затримані або навіть заблоковані, оскільки їхній користь часто неочевидна.

В останні роки німецькі адвокати все більше міжнародно пов'язані. Зокрема всередині ЄС ринок юридичних послуг стає більш відкритим. Адвокати з інших країн можуть легше переїхати в Німеччину. Також з Україною підтримується контакт через Федеральну палату адвокатів.

Самостійна діяльність є високою цінністю, яка надає адвокатам свободу, але також вимагає високого етичного стандарту. Рамки та зміст самостійної діяльності потребують постійного вдосконалення.

Вказані принципи можуть грати важливу роль при реструктуризації української адвокатури після вступу в ЄС. Успіх залежить передусім від етичного ставлення та самоцінності українських колегинок та колег.

Вільчик Т.,
д-р юрид. наук, проф.,
кафедра цивільної юстиції та адвокатури
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
м. Харків, Україна

ОБОВ'ЯЗКИ АДВОКАТА: ЗАРУБІЖНА ДОКТРИНА

Рекомендації Комітету міністрів Ради Європи від 25 жовтня 2000 р. «Про свободу здійснення професії адвоката» визначають комплекс обов'язків адвоката, які можна розділити на такі категорії: обов'язки щодо клієнтів; обов'язки щодо суду та інших державних органів; обов'язки щодо адвокатури в цілому і інших адвокатів; обов'язки щодо суспільства¹.

¹ Рекомендація № R (2000) 21 Комітету Міністрів державам-членам про свободу професійної діяльності адвокатів Ухвалено Комітетом Міністрів Ради Європи на 727 засіданні заступників міністрів 25 жовтня 2000 року. https://supreme.court.gov.ua/userfiles/R_2000_21_2000_10_25.pdf.

Виходячи з аналізу міжнародних документів, адвокат повинен діяти в інтересах клієнта, але при цьому він має підтримувати верховенство права та сприяти належному відправленню правосуддя. Разом із тим, далеко не у всіх міжнародних документах говориться про можливість адвоката йти на конфлікт із зобов'язаннями перед своїм клієнтом, якщо цього вимагають інтереси правосуддя. Наприклад, Міжнародні принципи щодо незалежності та підзвітності суддів, адвокатів і прокурорів вказують, що **адвокати повинні завжди здійснювати свої функції в інтересах своїх підзахисних**¹. Загальний кодекс правил для адвокатів країн Європейського співтовариства зазначає, що **адвокат повинен діяти в інтересах права в цілому точно так, як і в інтересах тих, чії права та свободи йому було довірено захищати**².

У праві Європейського Союзу вперше питання про незалежність адвоката від клієнта було розглянуто у рішеннях Суду Європейського Союзу у 1982 (*AM&C Європа*)³ та 2010 роках (*Akzo Nobel*)⁴. 4 лютого 2020 р. Суд Європейського Союзу виніс рішення по справі *Університет Вроцлавски/REA*, у якому по-новому дослідив ступень незалежності, яка вимагається від адвоката⁵. Якщо відповідно до попередньої концепції професія адвоката визначалася як така, що має суспільний характер у сенсі сприяння правильному відправленню правосуддя, то у останній справі Суд ЄС перейшов до привалювання приватної концепції професії, в якій адвокат має місію, насамперед, захищати інтереси свого клієнта якнайкраще. Така зміна ролі адвоката дозволила Суду розглядати вимогу про незалежність адвоката менш суворо, ніж це робилося у більш ранніх справах, що, своєю чергою, визначило необхідність корегування критеріїв, застосовуваних самим Судом⁶.

Положення про те, що має першорядне значення у діяльності адвоката – обов'язок перед судом чи перед клієнтом не знайшло чіткого відображення і у нормативній базі зарубіжних країн. Наприклад, у Кодексі поведінки баристерів Великої Британії чітко зазначено, що обов'язок перед судом при відправленні правосуддя має переважну силу над будь-яким іншим основним обов'язком⁷. Як відмічається на сайті Наглядової ради за діяльністю адвокатів (соліситорів) у Англії та Уельсі (SRA), «адвокати мають виходити з необхідності збалансування зобов'язань, що конфліктують, перед клієнтами та перед

¹ Международные принципы, касающиеся независимости и подотчётности судей, адвокатов и прокуроров // Refworld.<http://www.refworld.org.ru/category,REFERENCE,ICJURISTS,,,52e64cf74,0.htm>.

² Загальний кодекс правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства (прийнятий на пленарному засіданні у Страсбурзі в жовтні 1988 р.) : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_343.

³ AM & S Europe Limited. 1982. showPdf.jsf (europa.eu).

⁴ Akzo Nobel. 2010. CURIA - Documents (europa.eu).

⁵ Uniwersytet Wrocławski/REA. 2020. CURIA - Documents (europa.eu).

⁶ <https://www.abogacia.es/ru/actualidad/opinion-y-analisis/la-independencia-del-abogado-en-el-derecho-de-la-union-europea/>.

⁷ Основні обов'язки (barstandardsboard.org.uk), <https://www.barstandardsboard.org.uk/for-barristers/compliance-with-your-obligations/the-core-duties.html>.

громадськістю»¹. Відповідно до ст. 3.1 Закону про юридичні професії Австралії 2014 року, обов'язки адвоката перед судом та відправленням правосуддя мають першочергове значення та переважну силу в тій мірі, якою вони несумісні з будь-якими іншими обов'язками². У Сполучених Штатах Америки обов'язок перед клієнтом, як правило, розглядається в якості основного обов'язку адвоката. У Канаді обом обов'язкам приділяється однакова увага, що може зробити етичний вибір в адвокатській діяльності більш складним³.

З моменту появи юридичної професії стало зрозумілим, що перший обов'язок юриста перед судом – «не вводити суд в оману». Але адвокату необхідно пам'ятати, що «не ввести клієнта в оману» – це такий же важливий обов'язок адвоката, як і «захистити інтереси клієнта». Типові правила поведінки адвокатів Американської асоціації юристів (ABA) вказують, що «Практично всі складні етичні проблеми виникають через конфлікт між обов'язками адвоката перед клієнтами, перед правовою системою і власним інтересом адвоката в тому, зокрема, щоб залишатися етичною людиною і при цьому заробляти собі на задовільне життя» (пункт 9)⁴. Джерелом значної частини напруженості між двома обов'язками є потенційні розбіжності в цілях, що виникають у зв'язку з кожним обов'язком. Зокрема, на дії або бездіяльність адвокатів часто впливають їх фінансові зобов'язання перед клієнтом, дотримання яких може не відповідати загально визнаним уявленням про належне здійснення правосуддя.

Правила поведінки соліситорів Англії та Уельсу зазначають, що хоча адвокати повинні просувати справи своїх клієнтів, вони не є «найманною зброєю», чий єдиний обов'язок це обов'язок перед своїм клієнтом⁵. У відповідних випадках «адвокатам слід інформувати своїх клієнтів про обставини, за яких їх обов'язок перед судом та інші професійні зобов'язання превалюють над їх обов'язками перед клієнтами»⁶. Суди Великої Британії у своїх рішеннях дали чітко зрозуміти, що вони вважають введення суду в оману «одним із найсерйозніших правопорушень, які може вчинити адвокат або учасник судового процесу»⁷. У справі про імунітет адвокатів Високий суд зазначив: «Незважаючи на довірчі відносини з клієнтом-

¹ Balancing duties in litigation (2018). <https://www.sra.org.uk/sra/research-publications/balancing-duties-litigation/>

SRA - найбільший юридичний регулятор Великої Британії, який був створений Юридичним товариством (TLS) для реалізації регулятивних функцій. До складу цього органу зараз входять 10 членів – чотири адвокати та шість непрофесійних юристів, один з яких очолює Наглядову раду.

² Basharat Ahmad. Duties of a Lawyer as an Officer of the Court and the Best Interest of the Client. <https://www.jattlawyers.com.au/>; <https://www.jattlawyers.com.au/practice-area/australian-law/>.

³ MacKenzie, Gavin "The ethics of advocacy", The Advocates' Society Journal (September, 2008) at p.26.

⁴ Типові правила поведінки адвокатів Американської асоціації юристів. https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_preamble_scope/.

⁵ SRA Standards and Rules. SRA | (barstandardsboard.org.uk).

⁶ SRA Standards and Rules. SRA | (barstandardsboard.org.uk).

⁷ Balancing duties in litigation November 2018 SRA | Балансування обов'язків у судових спорах | Орган регулювання соліситорів.

непрофесіоналом, перший обов'язок баристера – не перед клієнтом, а перед судом, в якому він виступає. Там, де відповідні обов'язки суперечать один одному, обов'язок перед судом має першорядне значення. Обов'язок перед непрофесійним клієнтом є другорядним»¹.

Іноді дії адвокатів, що вчиняються з метою захисту інтересів клієнта, призводять до того, що адвокати нехтують своїми більш широкими обов'язками. Так, на практиці адвокати можуть: зловживати процесом, вводити суд в оману, братися за ведення завідомо невіграшних справ, вести так звані «агресивні судові процеси», пов'язані із звинуваченням у злочині протилежної сторони, або вчиняли дії, які призводять до вкрай непропорційних витрат клієнтів. Може мати місце поведінка адвоката, яка пов'язана з переслідуванням інтересів самого адвоката за рахунок клієнта. Коли це відбувається, довіра суспільства до правової системи, яка лежить в основі верховенства права, опиняється під загрозою.

Загальним мотивом порушення обов'язків перед клієнтом у Великій Британії є особиста вигода соліситора. Є поширені схеми роботи соліситорів, коли клієнти можуть нести непотрібні судові витрати. Наприклад, соліситори беруться за слабкі чи безвіграшні справи, не роз'яснюючи клієнтові потенційні витрати та ризики. Використання угод про так званий гонорар успіху або умовну винагороду може знизити цей ризик, оскільки адвокат фінансово буде зацікавлений у результаті справи, але мають місце докази зловживання і такими угодами. Вказані схеми набувають поширення та завдають шкоди суспільній довірі до правової системи².

У Великій Британії, США та Австралії захисники іноді рекомендують своїм клієнтам не погоджуватися на угоду про визнання вини, а клопотати про проведення судового розгляду у загальному порядку. Це пояснюється тим, що оплата праці адвоката є погодинною і за участь у судовому розгляді адвокат має можливість заробити більший гонорар, ніж під час укладання угоди про визнання вини. Проте законом обмежений граничний розмір гонорару (наприклад, 5200 долл. у штаті Меріленд), тому після отримання цієї суми адвокати починають рекомендувати клієнтам укласти угоду про визнання вини, щоб не працювати безоплатно. Такі випадки називаються *cracked trial* («сломаний процес»)³.

Разом з тим, відповідно до п. 9 Генеральних принципів етики адвокатів Міжнародної асоціації юристів адвокати повинні висловлювати своїм клієнтам неупереджену думку про вірогідний результат їх справи і

¹ Basharat Ahmad. (2019). Duties of a lawyer as an Officer of the Court and the best interest of the client. <https://www.jattlawyers.com.au/>.

<https://www.linkedin.com/pulse/duties-lawyer-officer-court-best-interest-client-basharat-ahmad/>.

² Balancing duties in litigation. (2018). <https://www.sra.org.uk/sra/research-report/balancing-duties-litigation/#:-:text=solicitors%20must%20bring%20and%20defend,case%2C%20unless%20these%20are%20Oprivileged.>

³ McConville, Mike et al, Standing Accused: The Organisation and Practices of Criminal Defence Lawyers in Britain (Clarendon Press 1994). Google Scholar.

не створювати умов для непотрібної роботи, що має бути оплачена клієнтом. У справах, не пов'язаних із кримінальним судочинством, при відсутності судової перспективи адвокат зобов'язаний прямо сказати про це клієнту¹.

Для адвокатів важливо усвідомлювати свої обов'язки та не виправдовувати неправомірні дії на тій хибній підставі, що їх єдиним обов'язком є обов'язок перед клієнтом. Напруга у діяльності адвоката може виникати у тому, щоб балансувати між обов'язками перед судом, своїми власними інтересами та необхідністю діяти на користь клієнта. В свою чергу розв'язання питань, коли обов'язки можуть суперечити один одному, є важливим елементом адвокатської етики. Нездатність адвокатів діяти сумлінно чи етично може суттєво підірвати належне відправлення правосуддя та довіру суспільства до судової влади та адвокатури.

Dr. Wolff Rupert,
Honorary President
of the Austrian Bar Association,
Vienna, Austria

Д-р. Вольф Руперт,
почесний президент
колегії адвокатів Австрії,
м. Відень, Австрія

WOHER KOMMT DAS SCHLECHTE IMAGE DER RECHTSANWÄLTE? ЗВІДКИ БЕРЕТЬСЯ ПОГАНИЙ ІМІДЖ АДВОКАТА?

Sicherlich dürften einige Urteilsveröffentlichungen, wie beispielsweise die Bestätigung einer Kündigung wegen Diebstahls geringwertiger Sachen, eine Rolle spielen.

Es mangelt an Grundvertrauen in die Anwaltschaft – vielleicht, weil die juristische Sprache für die meisten wie Fachchinesisch klingt, oder weil viele vermuten, dass Anwälte ihnen nur Geld abknöpfen wollen

Die juristischen Berufe leiden weniger an einer Imagekrise als an einem Wahrnehmungsverlust. Immer weniger Bürger wüssten, was Anwälte, Richter und Staatsanwälte eigentlich tun

Um dem anhaltenden Ansehensverlust der Juristen Einhalt zu gebieten, betreibt der DAV seit einigen Jahren Imagewerbung mit dem Slogan ›Vertrauen ist gut. Anwalt ist besser. Auch die Österreichische Rechtsanwaltskammer klärt in Werbeschaltungen (online, Inserate, Video, TV) darüber auf, in welchen Situationen Anwälte helfen können.

¹ Генеральні принципи етики адвокатів Міжнародної асоціації юристів. <https://ibl.pp.ua/4/034083.html>.

In Österreich veranstalten wir auch regelmäßig an den Schulen Aufklärungsarbeit.

An dem schlechten Image sind aber auch wir selbst schuld. Stundensätze von 400 EURO und mehr sind nicht gerade geeignet, das Image zu fördern.

Auch der Außen Auftritt mancher Anwälte ist nicht geeignet ein positives Image zu verbreitern. Teure Anzüge, große teure Autos, Rolex Uhr etc.

Jede Anwaltschaft Europas liegt darüber mit ihrem Justizministerium im Streit, dass die gesetzlichen Gebühren erhöht werden müssen. In den Medien ist dann zu lesen: «Anwälte wollen mehr Geld».

Die Süddeutsche Zeitung titelte am 7.10.2008 «Lieber Müllmann als Anwalt».

Nach einer Studie liegt das Image von Müllmännern deutlich vor dem der Anwälte.

Legal Image

Es muss deshalb jeder einzelne für sich und die Kammer für ihre Mitglieder am Image der Anwälte arbeiten.

In Deutschland ergab eine Studie als angesehensten Beruf: Feuerwehrmann, Krankenpfleger, Pilot, Arzt und erst an 12. Stelle Anwalt.

Dieser Prestigeverlust trägt deutlich zur wirtschaftlichen Abwärtsbewegung der Anwaltschaft bei. «Wer an Ansehen verliert, verliert auch an Wert»

Es gelingt uns Anwälten zu wenig, das zu transportieren, was wir eigentlich tun: Wir helfen Menschen.

Wir arbeiten gemeinsam mit der Justiz an der Verbesserung des Rechtsstaates, wir vertreten Menschen auch gegen den Staat, wir setzen uns für Grund- und Freiheitsrechte ein und vertreten auch jene Menschen die sich einen Anwalt nicht leisten können (legal aid).

Wenn es uns gelingt, das zu leben so wird es uns auch gelingen, das nach Aussen zu transportieren und ein Verständnis in der Bevölkerung dafür zu wecken, was Anwälte eigentlich tun, zu wecken.

Schlussbemerkung:

In Deutschland und in Österreich gehen die Anfallszahlen bei den Gerichten seit 15 Jahren kontinuierlich zurück. Und zwar in allen Bereichen: Arbeitsrecht, Zivilrecht, Mietrecht etc.

Nur die anfallenden Strafsachen und die Insolvenzverfahren bleiben mehr oder weniger konstant.

Das ist für die wirtschaftliche Sicherheit der Anwälte bedrohlich.

Die Ursachen dafür liessen sich nicht feststellen, es sind multifaktorielle Gründe.

Umso mehr ist es nötig, die Anwaltschaft in neuen Tätigkeitsfeldern zu etablieren: die Beratungstätigkeit auszubauen, den Anwalt als Testamentserrichter zu bewerben, den Anwalt als Mediator zu bewerben und vieles mehr.

Auch vor künstlicher Intelligenz dürfen wir keine Angst haben, sondern sollen sie selbst einsetzen. Dies wird in den kommenden zehn Jahren auch geschehen, nicht nur bei uns Anwälten auch bei den Gerichten. Wir in Österreich bestehen aber darauf, dass eine richterliche Entscheidung immer letztverantwortlich durch einen Menschen, einen Richter, und nicht durch einen Computer getroffen wird.

Гайворонська В.,
*голова Ради адвокатів Харківської області,
заступник директора Регіонального центру з надання
безоплатної вторинної правової допомоги у
Луганській та Харківській областях,
м. Харків, Україна*

ДОТРИМАННЯ ПРАВИЛ АДВОКАТСЬКОЇ ЕТИКИ – ГАРАНТІЯ НАДАННЯ ЯКІСНОЇ ПРАВНИЧОЇ ДОПОМОГИ

Адвокатура України – недержавний самоврядний інститут, що забезпечує здійснення захисту, представництва та надання інших видів професійної правничої (правової) допомоги на професійній основі, а також самостійно вирішує питання організації і діяльності адвокатури.

Конституція України проголосила щонайважливішу соціальну функцію адвокатури – забезпечення права на захист від обвинувачення та надання професійної правничої допомоги (правової допомоги).

Надзвичайна важливість функціонального навантаження адвокатури вимагає від адвокатів слідування високим етичним стандартам поведінки.

При цьому специфіка, комплексний характер обов'язків, що покладені на адвокатуру, обумовлюють необхідність збалансування засад служіння адвоката інтересам окремого клієнта та інтересам суспільства в цілому, дотримання принципів законності і верховенства права.

Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» передбачає дотримання Правил адвокатської етики як одного з основних професійних обов'язків адвоката.

Загальний кодекс правил для адвокатів країн Європейського Співтовариства (Прийнято делегацією дванадцяти країн-учасниць на пленарному засіданні у Страсбурзі в жовтні 1988 року). Правила адвокатської етики затверджені Звітно-виборним з'їздом адвокатів України 09 червня 2017 р. (зі змінами від 14 лютого 2019 року).

Правила адвокатської етики (ПАЕ) – мають на меті уніфіковане закріплення традицій і досвіду української адвокатури в сфері тлумачення норм адвокатської етики, а також загальноновизнаних деонтологічних норм і правил, прийнятих у міжнародному адвокатському співтоваристві.

ПАЕ слугують обов'язковою для використання адвокатами системою орієнтирів при збалансуванні, практичному узгодженні своїх багатоманітних, іноді суперечливих професійних прав та обов'язків відповідно до статусу, основних завдань адвокатури і принципів її діяльності, визначених Конституцією України, Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та іншими законодавчими актами, а також закріплюють єдину систему критеріїв оцінки етичних аспектів поведінки адвоката.

Дія ПАЕ поширюється на:

- всі види адвокатської діяльності та в частині, визначеній Правилами, – на іншу діяльність (дії) адвоката, в тому числі соціально – публічну діяльність адвоката, яка може вступити в суперечність з професійними обов'язками адвоката, або підірвати престиж адвокатської професії;

- всіх адвокатів України, адвокатів іноземних держав, що внесені до Єдиного реєстру адвокатів України, а також адвокатів України, право на зайняття адвокатською діяльністю яких зупинено в передбаченому законом порядку;

- адвокатів – членів органів адвокатського самоврядування, помічників та стажистів адвокатів, інших осіб, які перебувають у трудових відносинах з адвокатом (адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням) у частині, яка застосовна до їх діяльності;

- відносини, що виникли або існують після прийняття ПАЕ.

Особливості поширення вимог Правил адвокатської етики на адвокатів іноземних держав, які здійснюють адвокатську діяльність в Україні.

На адвокатів іноземних держав, які здійснюють адвокатську діяльність в Україні відповідно до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», поширюються вимоги Правил, а також вимоги етичних та деонтологічних норм, якими керуються адвокати в країні їхнього походження.

На адвокатів іноземних держав, якщо вони входять до Європейського Союзу та/або Ради Європи (Європейського співтовариства) при здійсненні ними адвокатської діяльності або будь-яких професійних контактів в Україні (незалежно від їх фізичної присутності при цьому на території України) також поширюється дія Кодексу поведінки європейських адвокатів ССВЕ. Співвідношення і кореляція різних джерел деонтологічних стандартів має здійснюватися за принципами, закріпленими цими Правилами.

У разі порушення вимог цих Правил або Кодексу поведінки європейських адвокатів, адвокат іноземної держави, який здійснює адвокатську діяльність в Україні, може бути притягнений до дисциплінарної відповідальності відповідно до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

Поширення Кодексу поведінки європейських адвокатів на адвокатів України при здійсненні ними адвокатської діяльності в інших країнах.

При здійсненні адвокатами України адвокатської діяльності в інших країнах, які входять до Європейського Союзу та/або Європейського співтовариства, на них також поширюються вимоги Кодексу поведінки європейських адвокатів. Порушення вимог Кодексу поведінки європейських адвокатів у такому випадку є дисциплінарним проступком.

Адвокат України також має дотримуватись вимог цих Правил. У такому випадку співвідношення цих різних джерел деонтологічних стандартів має здійснюватися за принципами, закріпленими Кодексом поведінки європейських адвокатів.

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

Розголошення відомостей, що складають адвокатську таємницю, заборонено за будь-яких обставин, включаючи незаконні спроби органів досудового розслідування і суду допитати адвоката про обставини, що складають адвокатську таємницю. Інформація та документи можуть втратити статус адвокатської таємниці за згодою клієнта або особи, якій відмовлено в укладенні договору про надання професійної правничої (правової) допомоги, що викладена у її письмовій заяві. При цьому, з метою захисту своїх професійних прав та гарантій адвокатської діяльності адвокат має право продовжити зберігати інформацію та документи в статусі адвокатської таємниці.

Адвокат зобов'язаний поінформувати та роз'яснити дотримання принципу конфіденційності його помічникам, стажистам та іншим особам, які перебувають у трудових відносинах з адвокатом (адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням).

Адвокат має створити належні умови зберігання документів та інформації, переданих йому клієнтом, адвокатських дос'є та інших матеріалів, що знаходяться в його розпорядженні і містять адвокатську таємницю.

Адвокат не несе відповідальності за відмову будь-яким особам, органам і установам в розкритті адвокатської таємниці і наданні доступу до неї за наявності дозволу клієнта або особи, яка звернулася за

професійною правничою (правовою) допомогою, на розкриття адвокатської таємниці. У такому разі, адвокат може, але не зобов'язаний розкривати адвокатську таємницю.

У разі пред'явлення клієнтом або особою, яка звернулася за професійною правничою (правовою) допомогою, будь яких вимог до адвоката у зв'язку з адвокатською діяльністю, адвокат звільняється від обов'язку збереження адвокатської таємниці (конфіденційної інформації) в межах, необхідних для захисту його прав та інтересів.

Адвокат, який надає (надавав) безоплатну вторинну правову допомогу, без письмової згоди особи, стосовно якої прийнято рішення про надання безоплатної вторинної правової допомоги, не має права передавати будь-яку інформацію, речі та документи, що містять адвокатську таємницю будь-яким особам за винятком осіб, які здійснюють дисциплінарне провадження. Таку інформацію, речі та документи адвокат має право, але не зобов'язаний, надавати особам, які наділені правом проводити оцінку якості, повноти та своєчасності надання безоплатної правової допомоги та адвокату, якого в подальшому залучено на підставі договору або доручення для надання правової допомоги.

Говорун Д.,

*доктор філософії з галузі «Право»,
спеціалізація «Кримінальний процес та криміналістика; судова
експертиза; оперативно-розшукова діяльність», юрист*

ЗАПРОВАДЖЕННЯ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ АДВОКАТІВ ЗА ЗДІЙСНЕННЯ КОЛАБОРАЦІЙНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ: ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ АСПЕКТ

У жовтні 2023 р. у Верховній Раді України зареєстровано Проект Закону про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексу України щодо вдосконалення відповідальності за деякі злочини проти основ національної безпеки України за р.н. 10136 (далі – Проект).

Цим Проектом пропонується змінити редакцію ст. 111¹ «Колабораційна діяльність» Кримінального кодексу України (далі – ст. 111¹ КК) та визначити адвокатів суб'єктами цього злочину. У пояснювальній записці ініціатори Проекта обґрунтовують такі зміни триваючою збройною агресією Російської Федерації та необхідністю конкретизації діяльності, що здійснюється на окупованих територіях, і є кримінально каранюю.

Підставою для притягнення адвоката до кримінальної відповідальності у Проекті пропонується визнати здійснення ним незалежної професійної діяльності у взаємодії з окупаційною

адміністрацією держави-агресора, з метою забезпечення інтересів та потреб держави-агресора, її окупаційної адміністрації, воєнізованих або збройних формувань, створених на тимчасово окупованих територіях України (частина 4 ст. 111¹ КК у запропонованій редакції).

Не ставлячи під сумнів можливість посилення кримінальної відповідальності для окремих категорій осіб в умовах воєнного стану, пропоную проаналізувати відповідність такої ініціативи міжнародним стандартам та оцінити ймовірні процесуальні наслідки таких змін.

Відповідно до частини 3 (с) ст. 6 Європейської конвенції з прав людини кожний обвинувачений у вчиненні кримінального правопорушення має щонайменше має право захищати себе особисто чи використовувати юридичну допомогу захисника, вибраного на власний розсуд, або – за браком достатніх коштів для оплати юридичної допомоги захисника – одержувати таку допомогу безоплатно, коли цього вимагають інтереси правосуддя¹.

У відповідності до цих вимог на національному рівні в частині 3 ст. 20 Кримінального процесуального кодексу України передбачено, що «у випадках, передбачених цим Кодексом та/або законом, що регулює надання безоплатної правової допомоги, підозрюваному, обвинуваченому правова допомога надається безоплатно за рахунок держави»².

Отже, особливість статусу адвоката полягає в тому, що він не просто здійснює незалежну професійну діяльність. Його професійна діяльність спрямована на забезпечення права на захист, яке в свою чергу є елементом права на справедливий суд.

У Проєкті ж пропонується притягати адвокатів до кримінальної відповідальності, якщо вони здійснюють незалежну професійну діяльність у взаємодії з окупаційною адміністрацією держави-агресора. Законодавчо визначено, що окупаційною адміністрацією є сукупність державних органів і структур Російської Федерації ... в тому числі органи, організації, підприємства та установи, включаючи правоохоронні та судові органи...³.

Характеризуючи суб'єктивну сторону злочину, ініціатори Проєкту пропонують визначити мету такої діяльності адвоката як забезпечення інтересів та потреб держави-агресора, її окупаційної адміністрації, воєнізованих або збройних формувань, створених на тимчасово окупованих територіях України.

¹ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : Конвенція Ради Європи від 04.11.1950 р. : станом на 1 серп. 2021 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 17.11.2023).

² Кримінальний процесуальний кодекс України : Кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI : станом на 6 листоп. 2023 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text> (дата звернення: 17.11.2023).

³ Пункт 6 частини 1 статті 11 Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» від 15 квітня 2014 року № 1207-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1207-18#Text> (дата звернення 17.11.2023 р).

Аналізуючи наведені положення, можна дійти висновку, що надання адвокатом на окупованих територіях своїх послуг навіть громадянам України, наприклад, в порядку безоплатної правничої допомоги або як участь в окремій процесуальній дії, після прийняття Проєкту буде розцінюватися як злочин. Цілком погоджуюся з Юлією Лісовою, яка зауважує, що «наявність адвоката в процесах і справах на тимчасово окупованих територіях не робить окупаційну владу законною, як і «судові процеси», але дозволяє нашим громадянам отримати підтримку в надскладних обставинах»¹. Також я підтримую Анастасію Сербіну, яка зазначає, що «адвокатська діяльність має мати імунітети від переслідування за факт здійснення такої діяльності за законами окупанта під час окупації. Місцеве населення не має страждати та зазнавати ще більшої кількості обмежень та утисків, ніж це обумовлено станом окупації. Населення має право на захист і цей захист має здійснювати незалежний адвокат, яким є кожен український адвокат»².

Як наслідок, запропонована у Проєкті законодавча конструкція, на мою думку, створює потенційне підґрунтя до порушення ст. 6 Європейської конвенції з прав людини та принципу забезпечення права на захист.

Більше того, прийняття Проєкту у відповідній редакції не узгоджується з П'ятим Нюрнберзьким принципом, відповідно до якого кожна особа, що обвинувачується в міжнародно-правовому злочині, має право на справедливий розгляд справи на основі фактів і права³. Відповідно ж до ст. 105 Женевської конвенції про поводження з військовополоненими ця категорія осіб також має право на захист кваліфікованого адвоката або радника на власний вибір. «Якщо військовополонений не вибрав собі захисника, то держава-покровителька знаходить йому адвоката... На прохання держави-покровительки, держава, що тримає в полоні, передає їй список кваліфікованих осіб, які можуть забезпечити захист. У випадку, коли ні військовополонений, ні держава-покровителька не вибрали захисника, держава, що тримає в полоні, призначає кваліфікованого адвоката для здійснення захисту»⁴.

¹ Лісова Ю. Відповідальність адвокатів за колабораціонізм – позбавлення наших людей в окупації захисту й підтримки. Сайт про кримінальну юстицію простою і зрозумілою мовою – JustTalk. URL: <https://justtalk.com.ua/post/vidpovidalnist-advokativ-za-kolaboratsionizm--pozbavlennya-nashih-lyudej-v-okupatsii-zahistu-j-pidtrimki> (дата звернення: 17.11.2023).

² Сербіна А. Адвокатська діяльність в окупації: забезпечення права на захист чи колабораціонізм? – Українська Гельсінська спілка з прав людини. Українська Гельсінська спілка з прав людини. URL: <https://www.helsinki.org.ua/articles/advokatska-diialnist-v-okupatsii-zabezpechennia-prava-na-zakhyst-chy-kolaboratsionizm/> (дата звернення: 17.11.2023).

³ Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, 1950 United Nations - Office of Legal Affairs. URL: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_1_1950.pdf (дата звернення: 17.11.2023).

⁴ Женевська конвенція про поводження з військовополоненими : Конвенція Орг. Об'єдн. Націй від 12.08.1949 р. : станом на 3 січ. 1955 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_a153#Text (дата звернення: 17.11.2023).

Наведені норми міжнародного гуманітарного права підтверджують важливість забезпечення права на захист навіть для військовополонених та осіб, які обвинувачуються у вчиненні воєнних злочинів. При цьому адвокати, які здійснюють такий захист, можуть надаватися як третіми державами, так і державою, відповідальною за утримання таких осіб. Важливо наголосити, що відсутні будь-які обмеження щодо громадянства адвоката або законодавства, за яким здійснюється захист.

Підсумовуючи, ми маємо з одного боку ініціативу законодавця щодо встановлення кримінальної відповідальності за здійснення адвокатської діяльності на окупованих територіях. А з іншого боку – ця ініціатива не узгоджується з нормами міжнародного гуманітарного права, порушує принцип забезпечення права на захист, створює потенційне підґрунтя для масових звернень до Європейського суду з прав людини. Вбачається, що негативні наслідки прийняття Проєкту у запропонованій редакції є набагато вагоміші, ніж запланований законодавцем «позитивний ефект». Тому, на мою думку, законодавцю доцільно ще раз зважити всі «за» і «проти» та не поспішати з прийняттям цього Проєкту.

Дрижакова Д.,

*директорка ТОВ «Юридична компанія 'Пріма лідер груп»,
аспірантка 1 курсу 081 Право Навчально-наукового інституту права,
кафедра кримінально-правової політики та кримінального права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка
м. Київ, Україна*

ПРОБЛЕМАТИКА СУЧАСНОЇ АДВОКАТУРИ В РОЗРІЗІ РОЗВИТКУ ЗАКОНОДАВСТВА

Сутність демократії полягає у визнанні влади народом в усіх сферах, будь то політика, суддівство чи адвокатура. Станом на зараз ми спостерігаємо за сталою монополією в сфері адвокатури, яка не відповідає сутності демократії, до якої ми всі так прагнемо.

Чинне нормативно-правове врегулювання адвокатури являє собою застарілі закони та норми, які майже не змінювались з дати їх прийняття, хоча станом на зараз потребують кардинальних змін задля подолання корупції в інституті адвокатури.

Зокрема, почну з обраних осіб до органів адвокатського самоврядування, які станом на зараз взагалі не мають на те повноважень.

Адвокатура має пряме відношення до реалізації, забезпечення прав та інтересів осіб, відновлення справедливості і є складовою правосуддя, адже має прямий вплив на формування судової практики, якості, стандарти.

Згідно з ч. 3 ст. 131-2 Конституції України засади організації і діяльності адвокатури та здійснення адвокатської діяльності в Україні визначаються законом. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» № 5076-VI від 05.07.2012 р. (далі – Закон) визначає правові засади організації і діяльності адвокатури та здійснення адвокатської діяльності в Україні. Згідно ст. 43 Закону «Про адвокатуру» (далі – Закон): Адвокатське самоврядування ґрунтується на принципах виборності, гласності, обов'язковості для виконання адвокатами рішень органів адвокатського самоврядування, підзвітності. Згідно ст. 45 Закону: Національна асоціація адвокатів України є недержавною некомерційною професійною організацією, яка об'єднує всіх адвокатів України та утворюється з метою забезпечення реалізації завдань адвокатського самоврядування. Згідно ст. 55 Закону: У період між з'їздами адвокатів України функції адвокатського самоврядування виконує рада адвокатів України. Повноваження і порядок роботи Ради адвокатів України визначаються цим законом та положенням про Раду адвокатів України. Та за ст. 57 Закону: рішення ради адвокатів України є обов'язковими¹.

Таким чином, у 2017 р. обрано ВСІ органи адвокатського самоврядування до 2022 року. У 2017 р. відбулися конференції адвокатів регіонів та з'їзд адвокатів України. З'їзд адвокатів України 09.06/2017 р. ухвалив ключові кадрові рішення щодо керівництва вищих органів адвокатського самоврядування на новий п'ятирічний термін повноважень з 17 листопада 2017 р. до 17 листопада 2022 року.

Тобто з 17 листопада 2022 р. в Україні діють неповноважні органи адвокатського самоврядування, тобто повноваження всіх органів адвокатського самоврядування та їх керівників припинилися 17 листопада 2022 р. чи раніше у зв'язку із закінченням п'ятирічного терміну повноважень і жодних законних підстав до продовження цих повноважень не існує, а помилково застосований ними континуїтет не працює, оскільки континуїтет виникає і діє в проміжок часу, коли вже сформовано новий орган, тобто новосформований, але він ще не почав робити, тобто допоки не сформовано новий орган адвокатського самоврядування – не існує жодного континуїтету, оскільки континуїтет діє тільки коли вже проведені вибори органів адвокатського самоврядування, але члени цих органів адвокатського самоврядування не почали виконувати повноваження члена.

Однак, як ми можемо спостерігати – члени органів адвокатського самоврядування продовжують виконувати обов'язки попри грубе порушення чинних норм законодавства.

Зазначена ситуація виникла виключно у зв'язку з тим, що інститут адвокатури має монопольне становище, на нього немає жодного впливу. З одного боку це стала практика за кордоном, однак, на жаль, в нашій країні незалежність перетворюється в монополію, що, до речі, суперечить системі стримувань і противаг та принципам міжнародного права.

Так, поняття «монополія» по відношенню до адвокатури не зовсім відповідає тому тлумаченню, яке першочергово в нього вкладене. Однак, якщо розібрати структуру інституту адвокатури перед очима виникає наступна картина: органи самоврядування, абсолютно всі без винятку, підпорядковуються одній людині, яка, фактично керує всім хаосом, який панує в цьому незалежному інституті.

У 2014 р. відбулась анексія Криму, у зв'язку з чим на території Криму лишилась досить велика кількість адвокатів, які не розуміли що їм взагалі робити. Так, звичайно, більшість виїхало на підконтрольну Україні територію, та продовжили працювати, однак що робити тим, хто з особистих причин так чи інакше не зміг виїхати.

За інформацією органів адвокатського самоврядування, Рішенням ради адвокатів України номер 27 від 2 квітня 2014 р. було утворено робочу групу для організації органів адвокатського самоврядування в анексованому Криму. Так само, як було створено прокуратуру автономної республіки Крим та інші органи, що працюють в Україні, але належать до функціонування тимчасово окупованих територій². Однак, як би Ви не старались, не робили запити, не купували збірник рішень ради адвокатів України – такого рішення Ви не знайдете. Його навмисно прибрали з усіх інформаційних джерел, адже Раду адвокатів автономної республіки Крим так і не було створено.

11 грудня 2022 р. відбулися установчі збори адвокатів щодо створення Адвокатської палати Донецької Народної Республіки, яка увійшла до складу Федеральної палати адвокатів Російської Федерації.

Голосуванням учасників прийнято Статут Адвокатської палати ДНР. Шляхом таємного голосування обрано Раду Адвокатської палати ДНР у складі 5 адвокатів. Членами Ради Адвокатської палати ДНР обрано: Горожанкіна Юрія Кузьмича, Єрьоміна Сергія Олексійовича, Лисенка Геннадія Олександровича, Мітченка Юрія Дмитровича і Южаніну Валерію Сергіївну. Президентом палати обрано Єрьоміна Сергія Олексійовича.

І, мабуть нікого не здивує той факт, що лідери адвокатури Донецька є в єдиному реєстрі адвокатів України.

Тобто, зазначені адвокати можуть абсолютно спокійно працювати як адвокатами на території України, так і в Росії, чи то захищаючи військові злочини окупантів, чи то визнаючи їх зі сторони України. І найцікавіше те, що попри непоодинокі такі випадки наявності «подвійної» роботи адвокатів, інститут адвокатури навіть не замислюється щодо врегулювання зазначеної проблеми. Лише при виникненні величезного скандалу за участю такої особи як Віктор Медвечук вони вирішили все ж таки, задля уникнення чергового скандалу, позбавити зрадника країни права на зайняття адвокатською діяльністю. Єдина ситуація із сотні можливих, коли органи адвокатського самоврядування прийняли законне та обґрунтоване рішення.

Принцип монополії адвокатури порушує права громадян на вільний вибір захисника своїх прав. Статтею 59 Конституції України вказано, що кожен має право на професійну правничу допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав.

Рішенням КСУ від 16.11.2000 № 13-рп/2000 у справі про право вільного вибору захисника при представництві та здійсненні захисту за кримінально-процесуальним законодавством офіційно розтлумачено чинне на той час положення ч. 1 ст. 59 Конституції України про те, що кожен є вільним у виборі захисника своїх прав, яке слід розуміти як конституційне право підозрюваного, обвинуваченого і підсудного при захисті від обвинувачення, а також особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, з метою отримання правової допомоги вибрати захисником своїх прав особу, яка є фахівцем у галузі права і за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи³.

Однак із набранням чинності 30.09.2016 Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» попередню редакцію ст. 59 Конституції України змінено; за змістом актуальної редакції ст. 59 Основного Закону передбачено право особи на професійну правничу допомогу, надання її у визначених законом випадках безоплатно. Крім того, кожен є вільним у виборі захисника своїх прав⁴.

Оновлене трактування ст. 59 Конституції України дуже вигідне адвокатському самоврядуванню, адже внесені зміни фактично унеможливають участь у судових процесах звичайних юристів, які можуть бути набагато кращими фахівцями в галузі права порівняно із людиною зі свідоцтвом адвокат,

Окрім цього, ст. 59 Конституції України порушує право на захист, а саме ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод.

Тепер хочу звернути увагу на Кваліфікаційно-дисциплінарні комісії адвокатури регіонів. Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» передбачено, що притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності відбувається виключно кваліфікаційно-дисциплінарними комісіями адвокатури. Зокрема, відповідно до чинного законодавства, єдиний орган, який приймає рішення відносно подальшої долі адвоката є КДКА регіонів.

Як на мене, зазначене свідчить про ще одну ланку монополізації. Вважаю, що вирішення питання щодо притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності має припадати на незалежний орган, який не має жодної зацікавленості в притягненні адвоката до дисциплінарної відповідальності, адже саме такий фактор це є запорукою прийняття законного рішення.

13 липня 2023 р. Велика палата Суду ЄС у справі С– 6 15 /20 та С-671/20 винесла рішення, яке має значний вплив на дисциплінарну

відповідальність адвокатів в Україні. Рішення Суду ЄС визнає, що дисциплінарне провадження щодо адвокатів є судовим провадженням у розумінні права ЄС. А відповідно до ст. 46 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенція), Рішення Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) є обов'язковим для виконання Україною. Це означає, що такі провадження повинні відповідати вимогам верховенства права, зокрема принципу незалежності та безсторонності суду, як квазісудового органу і належного суду.

До цього часу та згідно закону і рішень Верховного суду дисциплінарне провадження щодо адвокатів в Україні здійснювалося виключно дисциплінарними палатами Кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури (КДКА). КДКА є органами НААУ, тобто саморегулювальної організації адвокатів. Це рішення Великої палати Суду ЄС у справі С– 6 15 /20 та С-671/20 означає, що КДКА не є незалежним органом і її діяльність підлягає ефективному судовому контролю.

Рішення Суду ЄС ставить під сумнів законність рішень КДКА, які були ухвалені з порушенням принципу верховенства права, передбаченого ст. 8 Конституції України.

Це рішення суду є прецедентом, який підтверджує, що КДКА не може притягувати до дисциплінарної відповідальності адвокатів.

В цей же час, голова НААУ не погоджується із зазначеними рішеннями та вважає, що це є знищенням справедливого судочинства. Що ж, розберемо поняття «справедливого судочинства» в їхньому розумінні.

Як відомо, в суді існує щонайменше три сторони: суддя та сторони судового процесу, як наприклад позивач та відповідач, або сторона обвинувачення та сторона захисту. Порівняємо притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності з кримінальним судовим процесом, адже вони є досить схожими.

У кримінальному судочинстві є сторона обвинувачення, тобто прокуратура, сторона захисту – обвинувачений, та незалежна сторона – суд. У кожній стороні є свої обов'язки, кожен виконує свою присягу, яку вони давали при отриманні відповідного свідоцтва про зайняття тою чи іншою діяльністю. Суд же в свою чергу не належить до жодної з ланок сторін, він не переймає на себе повноваження сторони обвинувачення, чи повноваження захисту, адже це є грубим порушенням не лише його обов'язків, але й законодавства.

Натомість, при розгляді дисциплінарних скарг на адвокатів, Кваліфікаційно-дисциплінарні комісії адвокатури переймають на себе повноваження як сторони обвинувачення, так і суду – незалежної сторони. Не може адвокат обвинувачувати іншого адвоката у вчиненні дисциплінарного проступку в той час, коли судити його будуть також адвокати – члени КДКА. Це і є проявом монополістичної системи.

Однак, органам адвокатського самоврядування не вигідно аби існувала незалежна сторона у вигляді суду, тому й їх голови виступають

проти рішень Європейського суду з прав людини, що порушує право на справедливий розгляд дисциплінарного провадження, що являє собою повноцінну справу.

Підміна дисциплінарних органів адвокатури судом не знищить правозахист – вона знищить монопольну систему, яку вибудовували роками в адвокатурі.

Сьогодні адвокатура потребує змін, які повинні бути глобальними. Згідно із ст. 85 Закону України «Про Регламент Верховної Ради України», Верховна Рада може прийняти рішення про утворення тимчасової слідчої комісії для підготовки і попереднього розгляду питань, а також для підготовки і доопрацювання проєктів законів та інших актів Верховної Ради на правах головного комітету, якщо предмет правового регулювання таких проєктів не належить до предметів відання комітетів, утворених Верховною Радою, крім випадку, передбаченого ч. 9 ст. 146 цього Регламенту.

Я вважаю, що нам варто ініціювати створення відповідної тимчасової слідчої комісії з розгляду питань з приводу нинішнього інституту адвокатури. Окрім цього, нормативно-правові акти, які регулюють роботу як адвокатів так і органів адвокатського самоврядування, є досить застарілими, написаними так, як це вигідно головним постатям в адвокатурі, та, відповідно, не вигідно звичайним адвокатам, яким приходится миритись з таким становищем.

У той час, коли Україна проживає такий важкий етап в історії, інститут адвокатури буде могутню імперію, яка не може бути частиною демократичної та незалежної нації. Сучасне становище адвокатури в країні ганьбить нас перед представниками інших країн, перед Європейським Союзом, до якого ми так прагнемо, перед майбутніми партнерами та інвесторами.

Поки ми не посприяємо змінам, поки ми самі не усвідомимо в якому стані перебуває незалежний інститут адвокатури, поки ми самі не відчуємо це на собі – жодних змін не буде.

Література

1. Конституція України, редакція від 01.01.2020, Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.

2. Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) : Закон України. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2016, № 28, ст. 532. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/140119?find=1&text=%D1%81%D1%82%D0%B0%D1%82%D1%82%D1%8E+59#w2_1.

3. *Юридичний вісник України*. № 24 (1144). 16–22 червня 2017 року. URL: https://kmdka.com/sites/default/files/files/uvu_24_04-05.pdf.

4. Рішення Конституційного Суду України м. Київ, 16 листопада 2000 року, справа N 1-17/2000, N 13-п/2000. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v013p710-00#Text>.

5. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України № 5076-VI від 05.07.2012 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text>.

Дудченко О.,
канд. юрид. наук, доц.,
доцент кафедри кримінального процесу
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
м. Харків, Україна

МІСЦЕ АДВОКАТУРИ В СИСТЕМІ ОРГАНІВ КРИМІНАЛЬНОЇ ЮСТИЦІЇ

Термін «органи кримінальної юстиції» зазвичай використовується для позначення спеціалізованих установ або органів в системі державного управління, які відповідають за здійснення кримінального правосуддя. Основне призначення цих органів полягає у запобіганні, розслідуванні та розгляді кримінальних злочинів, а також у виконанні судових рішень, пов'язаних з кримінальними справами. Однак незважаючи на досить розповсюджене використання вказаного терміну станом на сьогодні відсутній вичерпний перелік органів, що належить до цієї системи. Більш того, якщо правоохоронні органи та їх співвідношення з органами кримінальної юстиції хоч обговорюються в наукових колах з метою пошуку оптимальної системи, то місце адвокатури в системі органів кримінальної юстиції, як недержавної інституції, взагалі оминається науковою спільнотою.

У теоретичному дослідженні права існують праці, які пропонують розділити органи кримінальної юстиції на категорії, виходячи з їхніх ключових функцій: розслідування, пред'явлення обвинувачень, судовий розгляд та виконання покарань. Проте, ця класифікація не враховує захист як істотний, а іноді навіть необхідний елемент системи. Важливо зазначити, що у визначенні кримінальної юстиції в Концепції реформування кримінальної юстиції України, затвердженій Указом Президента України 8 квітня 2008 р. (№ 311/2008) був закріплений підхід саме з урахуванням адвокатури, як обов'язкового елементу органів кримінальної юстиції. Згідно з цим документом, система кримінальної юстиції охоплює кримінальне законодавство, кримінально-процесуальне та кримінально-виконавче право, а також органи та установи, які займаються розглядом кримінальних справ, інститут державних обвинувачів (прокуратура), органи, що мають повноваження проводити досудове розслідування, а також органи та установи, відповідальні за виконання кримінальних покарань, та адвокатуру [1].

Проте, не зважаючи на положення Концепції, адвокатуру сьогодні продовжують розглядати як суміжний інститут, що звичайно приймає

участь у в кримінальному процесі, однак не як обов'язковий елемент, а як залучений учасник. Однією з причин такого розуміння адвокатури є те, що на відміну від всіх інших органів кримінальної юстиції (а також на відміну і від правоохоронних органів) адвокатура є недержавною інституцією. Адвокатура України – це недержавний самоврядний інститут, що забезпечує здійснення захисту, представництва та надання інших видів правничої допомоги на професійній основі, а також самостійно вирішує питання організації і діяльності адвокатури в порядку, встановленому Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Адвокатура є незалежною від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб [2].

Хоча адвокатура є недержавним органом, її діяльність тісно інтегрована в юридичний процес та організаційну структуру органів кримінальної юстиції. Включення адвокатури до системи кримінальної юстиції не лише виправдане з функціональної точки зору, але й має вирішальне організаційне значення. Це стає особливо важливим у контексті її ефективної інтеграції в загальну правову систему. Адвокатура, як активний учасник процесу формування правових процедур і стандартів, сприяє зміцненню правової держави. Це забезпечує більш глибоке розуміння і втілення принципів права та справедливості на практиці.

Ключовим аспектом є також спрощення координації та взаємодії між адвокатами та державними органами, включаючи суди, прокуратуру та органи досудового розслідування. Це не тільки полегшує процес правосуддя, але й робить його більш ефективним і злагодженим. Водночас, організаційне включення адвокатури до структури органів кримінальної юстиції сприяє професійному розвитку та підвищенню кваліфікації адвокатів. Це включає доступ до навчальних програм, спільних семінарів і конференцій, що відкривають можливості для постійного розвитку та обміну досвідом з іншими юридичними професіями.

Розглянемо уніфікацію стандартів. Включення адвокатури до органів кримінальної юстиції сприяє створенню єдиної правової культури та забезпечує дотримання вищих стандартів практики та етики. Це важливо для забезпечення якості правової допомоги та захисту інтересів громадян. Ефективний контроль за діяльністю адвокатури також є важливим організаційним аспектом. Організаційне включення дозволяє встановити більш ефективний механізм регулювання та контролю за дотриманням професійних та етичних норм, що є запорукою високих стандартів виконання адвокатської діяльності.

Організаційне включення адвокатури до кримінальної юстиції підвищує довіру громадськості до правосуддя. Воно демонструє зобов'язання держави забезпечити справедливий та балансований судовий процес, де кожна сторона має гарантований доступ до якісної правової допомоги.

Таким чином, організаційне включення адвокатури до системи кримінальної юстиції відіграє ключову роль у забезпеченні ефективності, незалежності та професійності в рамках загальної правової системи. Це не тільки сприяє зміцненню правової держави, але й гарантує захист прав та інтересів громадян, що є фундаментом справедливого та демократичного суспільства.

Література

1. Концепція реформування кримінальної юстиції України : Указ Президента України від 08 квітня 2008 р. № 311/2008. *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/311/2008#Text> (дата звернення: 18.11.2023).

2. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Законом України від 05 липня 2012 р. № 5076-VI. *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text> (дата звернення: 18.11.2023).

Жаботинський І.,

*приватний виконавець виконавчого округу м. Києва,
аспірант кафедри цивільної юстиції та адвокатури
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
м. Київ, Україна*

МОНОПОЛІЯ АДВОКАТУРИ У ВИКОНАВЧОМУ ПРОВАДЖЕННІ: ПЕРЕВАГИ Й НЕДОЛІКИ

Конституція України встановлює адвокатську монополію у більшості сфер процесуального права. Відповідно до ч. 3 ст. 121⁻² Основного Закону виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення [1]. Винятки визначаються лише для справ невеликої складності, зокрема, для трудових спорів, спорів щодо захисту соціальних прав, щодо виборів та референдумів, для малозначних спорів. Виконавче провадження належить до кінцевого етапу судового розгляду, а справи з оскарження дій, рішень та бездіяльності державних і приватних виконавців не завжди потребують адвокатського представництва. Так, відповідно до ст. 447 ЦПК України право на звернення до суду з оскарження дій або бездіяльності приватних або державних виконавців мають сторони виконавчого провадження, які вправі реалізувати цю процесуальну можливість через представника [2].

Повноваження адвоката як представника у виконавчому провадженні підтверджуються одним з таких документів: (1) довіреністю; (2) ордером, виданим відповідно до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»; (3) дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правничої допомоги, виданим відповідно до Закону

України «Про безоплатну правничу допомогу». Представниками юридичної особи у виконавчому провадженні можуть бути уповноважені керівними органами юридичної особи суб'єкти або керівники таких осіб чи органи, посадові особи, які діють у межах повноважень, наданих їм законом чи установчими документами юридичної особи (пп. 3, 4 Закону України «Про виконавче провадження») [3].

Наведені правила представництва у виконавчому провадженні набули чинності у квітні 2023 р. і фактично обмежили фізичних осіб у праві вибору представників їх особистих інтересів виключно адвокатами, надаючи при цьому юридичним особам можливість захищати свої права іншими фахівцями у галузі права за угодою або довіреністю. Підкреслимо, що процедура розгляду скарг у виконавчому провадженні прямо не називається різновидом спрощеного провадження у ЦПК України, але фактично є такою, якщо виходити із тлумачення ознак спрощеного позовного провадження, викладених у ст. 19 ЦПК України. Таке нормативне регулювання має як свої недоліки, так і очевидні переваги.

До переваг адвокатської монополії традиційно відносять високий рівень кваліфікації адвокатів, кращу якість надання правничої допомоги, існування професійного відомчого контролю за адвокатською діяльністю з боку органів адвокатського самоврядування, дотримання адвокатами Правил адвокатської етики, які роз'яснюють приклади вирішення складних ситуацій з клієнтами. Адвокат також зв'язаний законодавчо встановленими вимогами зберігати адвокатську таємницю й запобігати конфлікту інтересів, що служить гарантією довірчих відносин із замовником його послуг. Держава гарантує адвокату незалежність й неупередженість під час виконання ним професійних обов'язків, створюючи відповідні законодавчі механізми. Серед недоліків адвокатської монополії, як правило, називають дорожнечу послуг адвоката, обмеженість у виборі клієнтами бажаного для них фахівця у галузі права, якщо останній не має свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю, закритість або «корпоративність» адвокатської спільноти.

На нашу думку, адвокатська монополія не має істотних недоліків, її переваги є очевидними, оскільки спрямовані на захист прав та інтересів клієнта. Досвід країн ЄС, більшість з яких має адвокатську монополію у певній її формі, підтверджує правильність цієї тези. Більше того, правила виключного представництва адвокатом цивільних прав та інтересів осіб в країнах ЄС є більш жорсткими, аніж в Україні. Переваги діяльності адвоката у виконавчому провадженні полягають насамперед у тому, що виконуючи роль професійного представника у судовому процесі, адвокат логічно продовжує здійснювати захист прав та законних інтересів свого підопічного на заключному його етапі, коли мають місце дії з примусового виконання рішення суду. Ведучи справу із самого початку, знаючи всі її тонкощі та нюанси, такий адвокат якнайкраще виконає свої представницькі повноваження на завершальному етапі розгляду справи.

Варто підкреслити, що Європейський суд з прав людини підтвердив законність і доцільність адвокатської монополії у вітчизняному судочинстві. В рішенні по справі «Молдавська проти України» (заява № 43464/18) Євросуд сказав, що «вимога про те, щоб сторона була представлена кваліфікованим адвокатом перед судом касаційної інстанції, як, наприклад, вимога, що застосовується в даній справі, не може розглядатися як така, що суперечить ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Ця вимога чітко сумісна з особливостями статусу Верховного Суду як вищого суду, що розглядає скарги, і це загальна риса правових систем у ряді держав-членів Ради Європи» [4].

На нашу думку, монополія адвоката на виконання рішень суду, що набули законної сили, спрямована на досягнення мети правосуддя й підвищення його ефективності. Як відзначає суддя Верховного Суду Ян Берназюк, «Невиконання судового рішення, яке набуло законної сили, або надання йому переоцінки суперечить принципу верховенства права, складовою якого є принцип правової визначеності; суд, за загальним правилом, не повинен брати до уваги посилення сторони у справі в обґрунтування своєї позиції на фактичні обставини, виникнення яких стало наслідком невиконання такою стороною судового рішення» [5, с. 4].

Отже, адвокатська монополія у виконавчому провадженні не лише сприяє належному захисту прав та інтересів учасників виконавчого провадження, а й слугує досягненню цілей правосуддя, забезпеченню реалізації принципу верховенства права й підвищенню ефективності конституційного принципу обов'язковості рішень судів.

Література

1. Конституція України. 28 червня 1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.
2. Цивільний процесуальний кодекс України. 18 березня 2004 р., № 1618-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>.
3. Про виконавче провадження : Закон України від 2 червня 2016 р. № 1404-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19#Text>.
4. Молдавська проти України: рішення Європейського суду з прав людини від 14 травня 2019 р. URL: <https://www.echr.com.ua/translation/sprava-moldavska-proti-ukra%D1%97ni-tekst-rishennya/>.
5. Берназюк Я. Судова практика в справах щодо виконання судових рішень. Національна школа суддів України Програма семінару для суддів адміністративних судів на тему: «Судовий контроль за виконанням рішень судів» 21 вересня 2023 р. URL: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/2023_prezent/execution_bernaziuk.pdf.

Наукова керівниця – д-р юрид. наук, доц., доцентка кафедри цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого **О. М. Овчаренко**.

Engels Arne,
*Rechtsanwalt, Fachanwalt für Bank –
und Kapitalmarktrecht, Counsel, member of World Bank
and Azerbaijan Government joint Programm
for improvement of Bankruptcy Procedure in Azerbaijan,
one of the leading Bank and Capital-Market
Lawyers in Germany 2022
Köln, Germany*

Єнгельс Арне,
*спеціалізований адвокат з питань
банківського права та права ринку капіталу,
визнаний найкращим адвокатом у галузі
банківського права та ринків капіталу
у Німеччині у 2022 році
м. Кельн, Німеччина*

**«ONCE A CLIENT, ALWAYS A CLIENT» ODER COMPLIANCE
ANFORDERUNGEN AUS EINEM ANDEREN BLICKWINKEL
«ОДНОГО РАЗУ КЛІЄНТ – НАЗАВЖДИ КЛІЄНТ»
АБО КОМПЛАЄНС-ВИМОГИ З ІНШОГО БОКУ**

1. Einleitung und Beispielfall

Die Pflicht zur Verschwiegenheit eines Anwaltes und das Vertretungsverbot des Anwalts bei widerstreitenden Interessen hängen maßgeblich von den Regelungen der Gesetze ab. Praß bezeichnet die Verschwiegenheitspflicht sogar als die am weitesten zurückgehende Pflicht des Anwalts und verweist auf das römische Recht (Corpus Iuris Civilis)¹. Schon seit dem römischen Recht ist anerkannt, dass der Mandant dem Anwalt alles offenbaren darf und soll, ohne selbst befürchten zu müssen, dass der Anwalt das so erlangte Wissen weitergibt. Auch wenn die Regelungen erst später tatsächlich Einfluss in das deutsche Recht erlangten², ist die konkrete Ausgestaltung und die Anforderungen an die moderne Compliance unklar.

Das Vertretungsverbot bei widerstreitenden Interessen ist ein direkter Ausfluss dieser Verschwiegenheitspflicht, da erlangtes Wissen in einem Rechtsstreit oder einer Beratung nicht gegen den damaligen Mandanten eingesetzt werden soll.

Dieser Beitrag soll die aktuellen Probleme an Hand eines ins deutsche Recht zu übertragenden Falls darstellen.

Das Zitat im Titel dieses Beitrags stammt aus einer amerikanischen Anwaltsserie – Goliath³. In der vierten Staffel dieser Serie muss der

¹ BeckOK BRAO/Praß, 21. Ed. 1.8.2022, BRAO § 43a Rn. 29-31.

² Zur Historie im Einzelnen, vgl. BeckOK BRAO/Praß, 21. Ed. 1.8.2022, BRAO § 43a Rn. 29-31.

³ © Amazon Studios, 2016 ff.

Hauptprotagonist, ein Anwalt namens Billy McBride, in einen Prozess einsteigen, bei dem der Staat Kalifornien das fiktive amerikanische Pharmaunternehmen ZAX Pharma (sowie den Transporteur und den Verkäufer) wegen Schäden aus illegalem Inverkehrbringen von Opioiden (Schmerzmittel) und der Nichtcompliance mit Meldungsvorgaben verklagt. Im Rahmen der Serie wird der Hauptprotagonist von eben dem zitierten Tom True darauf hingewiesen, dass er vor 25 Jahren ZAX Pharma wegen der Inverkehrbringung eines parallelen Produktes beraten und von der Inverkehrbringung dieses parallelen Produkts abgeraten habe. Der Hauptprotagonist hatte dies vergessen, was ihm sein Gesprächspartner nachsah, da er selbst als Anwalt tausende dieser Briefe geschrieben habe. Der Hauptprotagonist muss daraufhin das konkrete Mandat niederlegen. Aus der Verschwiegenheitspflicht wurde das auch nach vielen Jahren noch geltende Vertretungsverbot.

2. Rechtliche Grundlagen und Anmerkungen

Die Verschwiegenheitspflicht ist berufsrechtlich seitens der Anwaltschaft in § 2 BORA geregelt. Demnach darf die Verschwiegenheit nur in den Fällen des § 2 Abs. 3 und 4 BORA durchbrochen werden, wovon die gesetzliche Verpflichtung zur Offenbarung sicherlich die aktuell schwerwiegendsten Belastungen des Verschwiegenheitsgebots nach sich bringt¹.

«Die Verschwiegenheit ist eine öffentlich-rechtliche Pflicht und besteht zeitlich unbegrenzt (§ 2 Abs. 1 S. 2). Das Ende des Mandats und die Verjährung parallel bestehender privatrechtlicher Verpflichtungen sind für sie irrelevant.»².

Diese kurze Aussage des Kommentars ist so einfach wie kompliziert. Wenn die Verschwiegenheitspflicht zeitlich unbegrenzt besteht, überdauert sie auch Kanzleiwechsel und Aktenvernichtungen und dürfte im Widerspruch zu sämtlichen Lösungsfristen nach der DSGVO und anderen Gesetzen stehen. Denn wie soll ein Anwalt (wie im Beispielfall) nach mehr als 20 Berufsjahren noch wissen, wen er vertreten hat, wenn die Akten und die Daten der Mandanten vernichtet werden müssen? Wie soll ein Anwalt wissen, wer heute Rechtsnachfolger des Mandanten ist, wenn er die Daten des Mandanten nicht ständig aktuell hält und registerrechtliche Änderungen (selbst) nachvollzieht?

Durch die Neufassung des § 43a BRAO haben diese Fragen noch andere Auswirkungen bekommen. § 43a Abs. 2 S. 1 bis 3 BRAO lauten:

«Der Rechtsanwalt ist zur Verschwiegenheit verpflichtet. Diese Pflicht bezieht sich auf alles, was ihm in Ausübung seines Berufes bekanntgeworden ist. Dies gilt nicht für Tatsachen, die offenkundig sind oder ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen.»

In diesen Formulierungen ist insbesondere die Reichweite der Verschwiegenheit problematisch. Die Frage, was einem Anwalt «in Ausübung

¹ Vgl. die Offenbarungspflichten nach § 138d AO oder § 43 GwG.

² Hartung/Scharmer/Gasteyer, 8. Aufl. 2022, BORA § 2 Rn. 46-49.

seines Berufs bekanntgeworden ist» und was außerhalb davon, ist schwierig¹. Damit ist im Zweifel anzunehmen, dass alles, was nicht während eindeutig privater Termine bekannt wird, der Verschwiegenheit unterliegt. Die Ausnahme bietet dann die Offenkundigkeit, die jedenfalls pressebekanntes davon ausnimmt.

Konkretisiert aber auch verkompliziert wird die Verschwiegenheit aber auch durch das Vertretungsverbot in § 43 Abs. 4 BRAO. Dieser lautet:

«¹Der Rechtsanwalt darf nicht tätig werden, wenn er einen anderen Mandanten in derselben Rechtssache bereits im widerstreitenden Interesse beraten oder vertreten hat. ²Das Tätigkeitsverbot gilt auch für Rechtsanwälte, die ihren Beruf gemeinschaftlich mit einem Rechtsanwalt ausüben, der nach Satz 1 nicht tätig werden darf. ³Ein Tätigkeitsverbot nach Satz 2 bleibt bestehen, wenn der nach Satz 1 ausgeschlossene Rechtsanwalt die gemeinschaftliche Berufsausübung beendet. ⁴Die Sätze 2 und 3 sind nicht anzuwenden, wenn die betroffenen Mandanten der Tätigkeit des Rechtsanwalts nach umfassender Information in Textform zugestimmt haben und geeignete Vorkehrungen die Einhaltung der Verschwiegenheit des Rechtsanwalts sicherstellen. ⁵Ein Tätigkeitsverbot nach Satz 1, das gegenüber einer Berufsausübungsgesellschaft besteht, entfällt, wenn die Voraussetzungen des Satzes 4 erfüllt sind. ⁶Soweit es für die Prüfung eines Tätigkeitsverbots nach Satz 1 oder Satz 2 erforderlich ist, dürfen der Verschwiegenheitspflicht unterliegende Tatsachen einem Rechtsanwalt auch ohne Einwilligung des Mandanten offenbart werden».

In Berufsausübungsgesellschaften bedeutet dies, dass die Tätigkeit eines Anwalts auf der Seite des potentiellen Gegners, die ganze Kanzlei von der Tätigkeit gegen den potentiellen Gegner ausschließt, sofern der Gegner nicht der Mandatsübernahme zugestimmt hat.

Es lässt sich also festhalten, dass da deutsche Recht ein Vertretungsverbot nur kennt, wenn es dieselbe Rechtssache betrifft. Eine solche «ist jeder Lebenssachverhalt, der angesichts der ihn begründenden historischen Tatsachen oder der an ihm beteiligten Personen ganz oder in Teilen nur einer einheitlichen juristischen Betrachtung zugeführt werden kann»².

Dabei soll ein sachlicher Zusammenhang ausreichen³. Nach einer anderen Definition soll dieses Vertretungsverbot vorliegen, wenn sich das widerstreitende Interesse «aus demselben Sachverhalt gegenläufig [ableitet]»⁴.

3. Praktische Auswirkungen und Anwendung auf den Fall

Im vorliegenden Fall hat sich das Unternehmen nach dem Rat des Hauptprotagonisten dazu entschlossen, nicht das begutachtete Produkt, sondern das parallele Produkt in den Verkehr zu bringen. Ob bei dem nun

¹ BeckOK BRAO/Praß, 21. Ed. 1.8.2022, BRAO § 43a Rn. 63-66, vertiefend: Kleine-Cosack/Kleine-Cosack, 9. Aufl. 2022, BRAO § 43a Rn. 19-33.

² BeckOK BRAO/Praß, 21. Ed. 1.8.2022, BRAO § 43a Rn. 187-188a.1.

³ BeckOK BRAO/Praß, 21. Ed. 1.8.2022, BRAO § 43a Rn. 187-188a.1.

⁴ Weyland/Bauckmann, 11. Aufl. 2024, BRAO § 43a Rn. 62-66

geltend gemachten Schadensersatzprozess wegen der durch das andere Produkt hervorgerufenen Schäden ein enger sachlicher Zusammenhang besteht, ist eine grundsätzlich spannende Frage. Im konkreten Fall wird sie nicht weiter betrachtet. Im deutschen Recht wäre aber dies die entscheidende Frage für die Vertretung. Da der Hauptprotagonist über das auf den Markt gebrachte Produkt keine Informationen hatte, könnte zu argumentieren sein, dass es letztlich die Entscheidung des Pharma-Unternehmens gewesen sei, dieses oder kein Produkt auf den Markt zu bringen. Dass sich aus der Entwicklung einer nicht abhängig machenden Variante eines Medikamentes die Kenntnis der Abhängigkeit für die Nutzer des anderen Medikamentes ergibt, wäre die Gegenmeinung. Wenn die Klage sich aber genau über diese Kenntnis begründet, könnte die Schwelle eines Vertretungsverbotes sicherlich bereits erreicht sein, da genau der Brief des Hauptprotagonisten dann das entscheidende Argument für die Kenntnis wäre. Ein Brief, den der Anwalt selbst nicht wegen Verschwiegenheit offenlegen dürfte. Damit könnte er selbst seinen (jetzigen) Mandanten nicht mehr bestens beraten.

Die Auswirkungen dieses Falls und der darauf basierenden, auch ins deutsche Recht übertragenen Überlegungen, sind erheblich: So müsste jeder Anwalt eine Liste führen, auf der er seine Mandanten und die konkreten Fallgestaltungen dauerhaft niederlegt. Dabei wäre stets vor der Neuanlage eines Mandates zu prüfen, ob die bisherigen Beratungs- oder Prozessvertretungsmaßnahmen Auswirkungen auf ein Vertretungsverbot in der neuen Sache haben könnten. Diese Thematik wird dabei noch weiter verkompliziert, als sich das Vertretungsverbot nicht nur als ein höchstpersönliches, sondern im Falle des Zusammenschlusses mit anderen Berufskollegen auch noch als ein Sozietätsvertretungsverbot (siehe den oben zitierten § 43a Abs. 4 S. 2 BRAO) darstellt, was auch nach Weggang des dieses Verbot auslösenden Anwalts fortgelten soll¹. Dies führt also zu mehreren praktischen Problemen:

1. Die meisten Anwälte haben in ihrer beruflichen Tätigkeit² eine Vielzahl von Mandanten vertreten und die Akten nach Abrechnung abgelegt.

2. Das Vertretungsverbot betrifft alle Anwälte der Sozietät³.

3. Wenn ein Anwalt eine Kanzlei wechselt, müsste er alle Daten zu seinen Mandanten mitnehmen/mitbringen und in das Kanzleisystem der neuen Kanzlei einspielen, da auch hier nun ein Beratungsverbot besteht, selbst wenn eine Mitnahme der Mandanten selbst nicht möglich wäre. Eine entsprechende, standardisierte Softwareschnittstelle ist dabei nicht bislang nicht bekannt.

4. Sofern in der neuen Kanzlei nun ein Konflikt oder ein Vertretungsverbot entsteht, wird nun nach S. 4 die Freigabe der Vertretung des Betroffenen einzuholen sein.

¹ BeckOK BRAO/Praß, 21. Ed. 1.8.2022, BRAO § 43a Rn. 186, 186a, Weyland/Bauckmann, 11. Aufl. 2024, BRAO § 43a Rn. 98-101.

² Die in § 43a Abs. 5 geregelte Tätigkeit als Referendar, die das Thema noch weiter verkompliziert, bleibt bewusst außen vor.

³ BeckOK BRAO/Praß, 21. Ed. 1.8.2022, BRAO § 43a Rn. 67-69.

5. Die betroffenen Akten werden gemäß den allgemeinen Vorgaben regelmäßig nach Ablauf der letzten möglichen Schadensersatzfristen vernichtet. Diese wird regelmäßig mit 10-15 Jahren nach Mandatsende (je nach Begründung des Verjährungsbeginns und der zu Grunde liegenden Risiken) angenommen. Damit ist nach 20 Jahren in den meisten Kanzleien keine Akte zu dem Vorgang mehr vorhanden.

6. Der Mandant wird spätestens zu diesem Termin auch aus den EDV-Systemen abschließend gelöscht. Sollte zwischenzeitlich ein Systemwechsel stattgefunden haben, werden in das neue System regelmäßig nur die aktiven Mandanten übernommen, um die Datenmenge gering zu halten. Auf die Altdaten haben dann nur noch einige Personen Zugriff.

7. Altmandanten werden in den Systemen regelmäßig nicht gepflegt. Damit sind Umfirmierungen, Verschmelzungen, Löschungen, Rechtsformwechsel oder Insolvenzen nicht bekannt.

Die Verschwiegenheitspflicht und das Vertretungsverbot stammen aus einer Zeit, als Anwälte in maximal kleinen Zusammenschlüssen sehr regional tätig wurden. Die heutigen international tätigen Einheiten haben in diesem Zusammenhang der Sicherung der Mandantenrechte eine erhebliche Mehrarbeit zu leisten, die nicht nur durch wechselndes anwaltliches Personal, sondern auch durch Umfirmierungen, Verschmelzungen, (Teil-)Übernahmen oder (Teil-)Abspaltungen weiter erschwert werden und dabei stets über den gesamten aktiven (und ehemaligen?) Mandantenstamm aktuell gehalten werden muss. Die damit einhergehenden Kosten dürften in einer Vielzahl von Kanzleien erhebliche Ausmaße annehmen. Dies umso mehr als viele Abstimmungsthemen mit anderen Rechtsgebieten – wie beispielsweise dem Datenschutz wegen der Aufbewahrung der persönlichen Unterlagen noch völlig ungeklärt sind. Zudem müssten die Daten in einer Form vorgehalten werden, die einen Abgleich für neue Anwälte oder eine konkrete Zuordnung bei Ausscheiden ermöglicht.

4. Fazit

Die Anforderungen der modernen anwaltlichen Berufswelt treffen auf ein traditionelles und Mandanten schützendes Berufsrecht. In allen Kanzleien, die neue Berufskollegen mit Berufserfahrung aufnehmen oder abgeben, stellen sich dadurch erhebliche neue Anforderungen. Auch stellt die Identität der Mandanten und die Sicherstellung der Nachvollziehbarkeit der konkreten Rechtsangelegenheit eine Herausforderung dar, die ein modernes Kanzleimanagement(system) abbilden können sollte.

Beruhigend ist aber, dass der Satz des Titels in der scheinbaren Pauschalität nicht gilt,¹ sondern sich das deutsche Recht sehr stark auf die individuelle Rechtssache abstellt und die Sachverhaltsidentität fordert.

¹ BeckOK BRAO/Praß, 21. Ed. 1.8.2022, BRAO § 43a Rn. 203-203k formuliert in RN. 203c wörtlich: „Nur weil der Anwalt einmal gegen eine Person prozessiert hat, ist für ihn eine Vertretung dieser Person nicht für Allezeit ausgeschlossen.“

Завадський А.,
*директор Інституту цифрового права,
керівник програми «Штучний інтелект в галузі права»,
член Ради директорів фонду «AI Global»,
член International Association for Artificial Intelligence and Law,
аспірант зі спеціальності 081 «Право»
ХНПУ імені Г. С. Сковороди
м. Харків, Україна*

ГЕНЕРАТИВНИЙ ШТУЧНИЙ ІНТЕЛЕКТ У РОБОТІ АДВОКАТІВ. ДОСВІД РЕГУЛЮВАННЯ У ЄВРОПЕЙСЬКОМУ СОЮЗІ

З 30 листопада 2022 року, коли для широкого загалу став доступним ChatGPT, яскравий приклад генеративного штучного інтелекту (GenAI), світ почав стрімко змінюватися. За рік, що минув, використання GenAI стало буденністю для багатьох галузей.

Адвокатура не є винятком, більшість адвокатів не лише чули про GenAI, а й використовують його можливості у своїй роботі.

За даними п'ятого щорічного опитування «Wolters Kluwer Future Ready» 700 юристів у США та у Німеччині, Нідерландах, Великій Британії, Бельгії, Франції, Італії, Іспанії, Польщі та Угорщині, що було проведеного з 17 травня до 4 червня 2023 року, 73% юристів планують інтегрувати генеративний штучний інтелект у свою юридичну роботу у найближчі 12 місяців.

У опитуваних немає єдиної думки про те, є GenAI можливістю чи загрозою: 43% вважають що це можливість, 25% – загроза, а 26% рахують що ШІ може бути як можливістю, так і загрозою.

Майже три чверті юристів кажуть, що розуміють, як GenAI можна застосовувати у їхній роботі [1]. Але можливості несуть і певні ризики. Вже існують прецеденти покарання адвокатів, що використовували генеративний штучний інтелект у своїй практиці. Наприклад, штраф по \$5 000 на юристів у США, які подали до суду юридичний висновок, з вигаданих справ та цитат, створених програмою штучного інтелекту ChatGPT [2].

Перелічимо основні ризики, пов'язані з використанням систем GenAI адвокатами.

Неточність інформації. GenAI може надавати неточні або неповні відповіді, які можуть призвести до неправильних юридичних висновків.

Порушення конфіденційності. Існує ризик витоку конфіденційної інформації клієнтів через використання GenAI.

Етичні проблеми. Використання GenAI може порушувати професійні та етичні стандарти в юриспруденції.

Залежність від технологій. Надмірна залежність від GenAI може послабити критичне мислення і професійну компетентність адвокатів.

Юридична відповідальність. Юристи можуть нести відповідальність за помилки, викликані використанням GenAI.

Надто швидкий та неочікуваний розвиток технологій та можливостей GenAI породили певний правовий вакуум у регулюванні використання GenAI.

Національна асоціація адвокатів України відреагувало на ситуацію і створило робочу групу з регулювання ШІ [3]. Це цілком своєчасний крок: «робоча група НААУ планує розробити рекомендації щодо використання ШІ адвокатами відповідно до чинного законодавства України, забезпечуючи захист прав і свобод громадян. З метою імплементації норм ЄС щодо AI в українське законодавство, група здійснить аналіз цих норм» [4].

Зрозуміло, що Україна, прагнучи до інтеграції в Європейський Союз, зосереджує свою увагу на вивченні законодавчої бази ЄС, особливо в контексті застосування його практик у сфері штучного інтелекту (ШІ). Але наразі у ЄС не існує чинних нормативно-правових актів про регулювання використання генеративного штучного інтелекту.

Три основні інститути ЄС — Європейська комісія, Парламент та Рада міністрів — узгодили 9 грудня 2023 р. попередній законопроект Artificial Intelligence Act, який поки що не містить усіх технічно необхідних положень [5]. Після схвалення Європейським парламентом, що має відбутися у квітні 2024 року, у держав-членів буде два роки на те, щоб перенести закон про ШІ до національного законодавства. Але він більшим чином буде стосуватися розробників, а не практик використання GenAI.

Поки що регулювання відносно практичного застосування здійснюється на рівні професійних об'єднань адвокатури різних рівнів, у вигляді рекомендацій. Розглянемо «European lawyers in the era of ChatGPT: FBE Guidelines» (Рекомендації щодо того, як юристам слід скористатися можливостями, які пропонують великі мовні моделі та генеративний ШІ) видані The European Bars Federation (New Technologies Commission) у червні 2023 р. [6].

Документ включає сім основних рекомендацій для юристів:

1. Розуміння технології GenAI: юристи повинні мати глибоке розуміння технології генеративного ШІ, включаючи її можливості, функціональність та потенційні юридичні наслідки.

2. Визнання обмежень та контексту: важливо враховувати обмеження цих технологій і розуміти, що вони можуть не завжди надавати точні або повні відповіді.

3. Дотримання наявних правил використання ШІ: юристи мають дотримуватися правил та регуляцій щодо використання ШІ, включаючи загальноєвропейські та національні закони.

4. Доповнення юридичної експертизи: GenAI має доповнювати, а не замінювати професійне судження та аналіз юристів.

5. Збереження привілею адвоката та клієнта: Необхідно захищати конфіденційність інформації клієнтів при використанні GenAI.

6. Забезпечення захисту даних та конфіденційності: Важливо враховувати вимоги GDPR та інші правила щодо захисту даних та конфіденційності.

7. Інформування клієнтів і відповідальність: Юристи повинні прояснювати клієнтам роль та обмеження GenAI у їх юридичних справах та брати на себе відповідальність за результати використання GenAI.

Зазначені Рекомендації є гарним прикладом норм саморегулювання адвокатури які можна використовувати як у розробці норм саморегулювання адвокатури, так і при розробці нормативно-правових актів.

Література

1. URL: <https://www.wolterskluwer.com/en/know/future-ready-lawyer-2023> (дата звернення: 21.11.2023 р.).

2. URL: <https://www.nytimes.com/2023/06/22/nyregion/lawyers-chatgpt-schwartz-loduca.html> (дата звернення: 21.11.2023 р.).

3. URL: <https://unba.org.ua/news/7940-golova-naau-rau-stvorila-robochu-grupu-z-pravovogo-regulyuvannya-shtuchnogo-intelektu-ta-rekomendacij-do-zakonodavstva.html> (дата звернення: 21.11.2023 р.).

4. URL: <https://unba.org.ua/news/8019-vidbulos-pershe-zasidannya-robochoi-grupi-naau-shodo-pravovogo-regulyuvannya-ai.html> (дата звернення: 21.11.2023 р.).

5. URL: <https://www.dw.com/en/how-the-eu-plans-to-regulate-artificial-intelligence/a-67679594> (дата звернення: 21.11.2023 р.).

6. URL: <https://www.fbe.org/wp-content/uploads/2023/06/European-lawyers-in-the-era-of-ChatGPT-FBE-Guidelines-on-how-lawyers-should-take-advantage-of-the-opportunities-offered-by-large-language-models-and-generative-ai.pdf> (дата звернення: 21.11.2023 р.).

Загорняк Н.,

*канд. юрид. наук, канд. екон. наук,
доцентка кафедри цивільного, господарського права та процесу
Академії адвокатури України,
адвокат, керуюча адвокатським бюро
«Антикризовий адвокат Н. Загорняк»
м. Київ, Україна*

ДО ПИТАННЯ ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ НА ІНІЦІЮВАННЯ ПРИТЯГНЕННЯ АДВОКАТА ДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

Відомо, що дотримання адвокатами високих стандартів етичної поведінки – невід’ємна складова взаємодії адвокатури та суспільства. Адвокатська етика виступає одним з основних напрямів професійної підготовки адвокатів. Довіра є мірилом розвитку інституту адвокатури. Рівноправність судді та адвоката у судовому процесі щодо права на

взаємну повагу одне до одного має фундаментом відповідні правила етичної поведінки, що є обов'язковими і для адвокатів, і для суддів. Справедливо це й для адвокатів і прокурорів, адвокатів і слідчих, адвокатів і нотаріусів. Виходячи з цього, актуальним залишається питання досягнення балансу щодо наділення правами і забезпечення гарантіями адвокатської діяльності, та притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності. Очевидною є неприпустимість тиску на адвоката з боку суду, оскільки цим унеможлиблюється наполегливе і принципове відстоювання адвокатом інтересів клієнта, адже адвокат не має права поступатися своєю незалежністю з метою не погіршити стосунків з суддями.

Серед прикладів неетичної поведінки адвокатів чи не найбільше уваги привертають прийоми, що використовуються при зловживанні процесуальними правами. Відомо, що для запобігання зловживанню процесуальними правами встановлюється обов'язок вжиття відповідних заходів.

Водночас слід наголосити на специфіці сутності дисциплінарного проступку, визначеного ст. 34 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», який, як влучно узагальнив В.Вовнюк, охоплює невиконання або неналежне виконання професійних, інших обов'язків перед клієнтом та етичні аспекти професії адвоката, чим пояснюється уможливлення звернення із скаргою на поведінку адвоката будь-якої особи, який відомо про факти такої поведінки, що можуть бути підставою для відповідальності (ст. 36 цього Закону) [1]. Погоджуємось із висновком, якого дійшли О. Овчаренко та Я. Ковальова [2], що за надмірно широкого тлумачення порушення присяги адвокатом або правил адвокатської етики не можна уникнути негативного впливу на незалежність адвоката, адже ініціація дисциплінарних проваджень щодо принципів адвокатів, які добросовісно відстоюють інтереси своїх клієнтів, може здійснюватися особами, які мають відношення до створення саме тієї проблеми, вирішення якої клієнт довірив адвокату. Відтак, в силу приписів ч. 2 ст. 36 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» не допускається зловживання правом на звернення до кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури, у тому числі ініціювання питання про дисциплінарну відповідальність адвоката без достатніх підстав, і використання зазначеного права як засобу тиску на адвоката у зв'язку із здійсненням ним адвокатської діяльності. Виходячи із положень ст. ст. 20-21, 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», слід звернути особливу увагу і на заборону будь-яких втручань та перешкод здійсненню адвокатської діяльності, і на заборону втручання у правову позицію адвоката.

Необхідно запобігти поширенню випадків, коли умисне заподіяння шкоди маскується під реалізацію права, що є, за висновком Б. Карнауха, не чим іншим, як шикана, адже «правопорядок не може залишати поза реакцією такі дії, які хоч і не порушують конкретних імперативних норм,

але є очевидно недоброчесними та зводяться до зловживання правом» [3]. Тут слід згадати слова судді Верховного Суду Я. Берназюка, який наголосив на тому, що «принцип неприпустимості зловживання процесуальними правами ґрунтується насамперед на положеннях ч. 1 ст. 68 Конституції України, згідно з якою кожен зобов'язаний неухильно додержуватися Конституції України та законів України, не посягати на права і свободи, честь і гідність інших людей» [4].

З огляду на викладене, вважаємо за доцільне доповнити абзац 2 ч. 2 ст. 36 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», виклавши його в наступній новій редакції:

«Дисциплінарну справу стосовно адвоката не може бути порушено за заявою (скаргою), що не містить відомостей про наявність ознак дисциплінарного проступку адвоката, а також за анонімною заявою (скаргою), за скаргою, що містить нецензурну лексику, образливі та лайливі слова чи символи, зокрема для надання особистих характеристик адвоката, за скаргами щодо поведінки адвоката, що в сукупності є низкою системних зловживань— неодноразове подання безпідставних скарг, скарг однакового змісту одним чи декількома скаржниками, в тому числі скаржниками, які не є клієнтами адвоката».

Вбачається, що адвокати для того, щоб мати можливість забезпечувати ефективну правничу допомогу, мають працювати за умов дотримання принципу неприпустимості зловживання правами, адже, як влучно висловилася І. Спасибо-Фатеева, «зловживання правом не є нормальним здійсненням права» [4]. Недотримання зазначеного балансу створює перешкоди для ствердження і підвищення поваги до адвокатської професії в українському суспільстві.

Література

1. Вовнюк В. Дисциплінарна відповідальність адвоката в Україні: переваги, недоліки та особливості процедури. *Юридичний вісник*. 2022. № 5. С. 170-176.
2. Овчаренко О. М., Ковальова Я. О. Дисциплінарна відповідальність адвоката: дискусійні аспекти. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. 2019. № 40. С. 168-172.
3. Карнаух Б. Зловживання правом та його правові наслідки. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 9. С. 31-36.
4. Зловживання процесуальними і матеріальними правами-судді ВС розповіли про судову практику (онлайн-семінар 29 квітня 2021 року). URL: supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1114247/.

Каденко О.,

д-р філософії, Голова Комітету з питань безоплатної правничої допомоги Національної асоціації адвокатів України, член Ради адвокатів України, адвокат, заслужений юрист України

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ВЗАЄМОДІЇ АДВОКАТУРИ ТА ДЕРЖАВИ У СФЕРІ НАДАННЯ БЕЗОПЛАТНОЇ ПРАВНИЧОЇ ДОПОМОГИ

Розвиток інституту правничої допомоги в Україні нерозривно пов'язаний зі становленням інституту адвокатури [1, с. 7], є тривалим та багатоетапним, характеризується прийняттям значної кількості нормативно-правових актів [2, с. 7] й поглибленням впливу держави на адвокатуру [3].

Наразі безоплатна правнича допомога (далі – БПД) – правнича допомога, що гарантується державою та повністю або частково надається за рахунок коштів Державного бюджету України, місцевих бюджетів та інших джерел. Управління системою надання БПД здійснюється Кабінетом Міністрів України, Міністерством юстиції України та Координаційним центром з надання правничої допомоги [4].

Не дивлячись на те, що адвокати є визначальними суб'єктами надання БПД, а єдиною професійною організацією, що об'єднує всіх адвокатів, є Національна асоціація адвокатів України (далі – НААУ) [5], усунення останньої від управління системою БПД суперечить визначеній чинним міжнародним та національним законодавством моделі взаємовідносин держави та адвокатури (ст. 131⁻² Конституції України, положенням Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» – щодо незалежності адвокатури та обов'язку держави її забезпечити [5]; Основним положенням про роль адвокатів, прийнятим VIII Конгресом ООН по запобіганню злочинам у серпні 1990 року, – щодо обов'язкової кооперації урядів та професійних організацій адвокатів [6] тощо).

На наше переконання, у системі БПД мають взаємодіяти самостійні, незалежні один від одного суб'єкти: держава в особі відповідних органів та адвокатура в особі конкретних адвокатів, які надають безоплатну правничу допомогу. З урахуванням принципу рівності сторін у відносинах та різного кола питань, які мають вирішуватися кожним із цих самостійних суб'єктів, є очевидним, що НААУ в обов'язковому порядку має долучатися до розробки всіх законопроектів та підзаконних нормативних актів у сфері надання БПД, спільної реалізації прийнятих положень, аналізу стану функціонування системи та прийняття заходів на її удосконалення, що відповідатиме зобов'язанням України за міжнародним законодавством [3, с. 5].

Можемо стверджувати, що наразі вимоги міжнародного законодавства щодо кооперації спільних дій в системі БПД між НААУ та державними органами не виконані. Саме такі порушення вірогідно і перебувають у значущому причинно-наслідковому зв'язку з виникненням значної частини функціональних та концептуальних проблем, які існують в сучасній системі БПД.

Про поглиблення описаних та інших проблем взаємодії держави та адвокатури у сфері надання БПД, на наш погляд, свідчать наступні

факти: вихід Національної асоціації адвокатів України з Меморандуму про співпрацю з Координаційним центром з надання правничої допомоги [7], чисельні негативні рішення Ради адвокатів України щодо функціонування системи БПД [8], прийняття нормативних актів, які регулюють діяльність адвокатів без участі адвокатури в нормотворчому процесі [9], гостро негативні оцінки адвокатів щодо вказаної системи [10] тощо.

З огляду на наведене, робимо висновок про те, що взаємодія держави та адвокатури у сфері надання БПД має будуватись на засадах незалежності адвокатури та адвокатів від втручання у їх діяльність з боку органів, які здійснюють управління системою надання БПД; а також на засадах забезпечення участі НААУ, як єдиної професійної організації адвокатів, у всіх процесах державного впливу на адвокатуру загалом та адвокатів зокрема.

Сучасна модель взаємодії держави і адвокатури в означеній сфері таким вимогам не відповідає.

Прогностично можна виділити такі потенційні зміни у функціонуванні системи БПД за існуючої моделі взаємодії адвокатури та держави: істотне зниження якості регулювання та управління суспільними відносинами у сфері надання БПД; послаблення інституту адвокатури та, відповідно, сфери правозахисту в Україні; дискредитація України, як правової держави, перед іноземними та міжнародними партнерами тощо.

Для визначення способів та форм налагодження взаємодії держави та адвокатури в сфері надання БПД згідно міжнародних та національних стандартів, потрібна подальша наукова та науково-практична розробка даної тематики.

Література

1. Бакаянова Н. М., Билиця І. О. Адвокатура у системі надання безоплатної правової допомоги : навчально-методичний посібник з навчальної дисципліни «Адвокатура у системі безоплатної правової допомоги. Одеса : Фенікс, 2020. 84 с. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/>.

2. Сакун Д. І. Адміністративно-правові гарантії надання безоплатної правової допомоги адвокатами: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Запоріжжя, 2020. 26 с. URL: http://phd.znu.edu.ua/page//aref/07_2020/sakun_avtoreferat.pdf.

3. Звіт Комітету з питань безоплатної правової допомоги, що діє в складі НААУ, з актуальних питань функціонування системи безоплатної правової допомоги в Україні, 2022 р. Веб-сайт НААУ. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/publications/%D0%97%D0%B2%D1%96%D1%82%20%D0%91%D0%9F%D0%94_2022.pdf.

4. Про безоплатну правничу допомогу : Закон України від 02.06.2011 р. № 3460-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17#Text>.

5. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 06.07.2012 р. № 5076-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#n373>.

6. Основні положення про роль адвокатів, прийняті VIII Конгресом ООН по запобіганню злочинам у серпні 1990 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_835#Text.

7. НААУ вийшла з Меморандуму про співпрацю з Координаційним центром з надання правової допомоги (заголовок з екрану). *Юридичний вісник України*. URL: <https://yvu.com.ua/naau-vyishla-z-memorandumu-pro-spivpratsyu-z-koordinatsijnym-tsentrom-z-nadannya-pravovoyi-dopomogy/>.

8. Мін'юст звинуватили у бездіяльності щодо адвокатів БПД. *Закон і Бізнес*, 19.12.2022 р. URL: https://zib.com.ua/ua/154192-minyust-zvinuvatili_u-bezdiyalnosti_schodo_advokativ_bpd.html.

9. Наказ Міністерства юстиції України «Про внесення змін до Стандартів якості надання безоплатної вторинної правової допомоги у кримінальному процесі» від 07.11.2022 р. № 1372/38708. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1372-22#n2>.

10. Система безоплатної правової допомоги в Україні потребує корінних змін – Резолюція круглого столу НААУ (заголовок з екрану). *Веб-сайт НААУ*. URL: <https://unba.org.ua/news/7924-sistema-bezoplatnoi-pravovoi-dopomogi-v-ukraini-potrebue-korinnih-zmin-rezolyuciya-kruglogo-stolu-naau.html>.

Клименко Г.,

*аспірант Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
м. Київ, Україна*

КВАЛІФІКАЦІЙНИЙ ІСПИТ АДВОКАТА: НЕДОЛІКИ ПРОГРАМИ СКЛАДЕННЯ КВАЛІФІКАЦІЙНОГО ІСПИТУ

Статтею 8 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» передбачено, що особа, яка виявила бажання стати адвокатом та відповідає вимогам частин першої та другої ст. 6 цього Закону, має право звернутися до кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури за місцем проживання із заявою про допуск до складення кваліфікаційного іспиту [1, ст. 8]. Таким чином, невід'ємним етапом набуття права на заняття адвокатською діяльністю є складення кваліфікаційного іспиту.

Відповідно до положень чинного Порядку допуску до складення кваліфікаційного іспиту, порядку складення кваліфікаційного іспиту та методики оцінювання результатів складення кваліфікаційного іспиту для набуття права на заняття адвокатською діяльністю в Україні, затвердженого рішенням Ради адвокатів України від 17 грудня 2013 р.

№270 (з урахуванням змін, внесених рішенням Ради адвокатів України від 11-12 серпня 2023 р. №71), програма кваліфікаційного іспиту затверджується Радою адвокатів України та оприлюднюється на сайті Національної асоціації адвокатів України [2]. Саме на підставі Програми складання кваліфікаційного іспиту кваліфікаційно-дисциплінарні комісії адвокатури формують екзаменаційні білети як для складення письмового іспиту, так і для складення усного іспиту.

З 01 січня 2020 р. в Україні діє нова редакція Програми складення кваліфікаційного іспиту, затверджена рішенням Ради адвокатів України від 21 вересня 2019 року. Програма складається із двох частин, що передбачають завдання та питання для складення письмової та усної частин іспиту [3]. Програма письмового іспиту передбачає складання процесуальних документів (позовних заяв, відзивів, клопотань, пояснень, мирових угод тощо), а також підготовку висновку щодо правової позиції та тактики захисту або надання іншої професійної правничої (правової) допомоги по фабулі наданої справи. Програма усного іспиту містить теоретичні питання щодо історії адвокатури, правил адвокатської етики, різних галузей права України та Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Таким чином, теоретичні питання та практичні завдання, передбачені Програмою складення кваліфікаційного іспиту, не переглядалися більше трьох років. Протягом даного періоду Україна переживає процес інтеграції України до Європейського Союзу, зокрема здійснює гармонізацію національного законодавства до права Європейського Союзу, разом із іншими країнами світу встановлює обмежувальні протиепідемічні заходи з метою запобігання поширенню гострої респіраторної хвороби COVID-19, запроваджує правовий режим воєнного стану. Відповідні події безпосередньо впливають на внесення змін до законодавства України та необхідність ознайомлення із ними правників.

Крім того, у чинному Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та Порядку складення кваліфікаційного іспиту відсутнє положення щодо покладення на Раду адвокатів України обов'язку із щорічного перегляду програми складення кваліфікаційного іспиту, що є суттєвою прогалиною у регулюванні даного питання. Порядок передбачає лише щорічне оновлення не менше ніж 20% від загальної кількості фабул справ Науково-консультативною радою Національної асоціації адвокатів України для виконання завдання із підготовки письмового висновку щодо правової позиції захисту або надання іншої правової допомоги. Однак, з огляду на те, що законодавчо встановленою метою проведення кваліфікаційного іспиту адвоката є виявлення теоретичних знань у галузі права, історії адвокатури, адвокатської етики, а також рівня практичних навичок та умінь у застосуванні закону, відповідні питання кваліфікаційного іспиту мають відповідати чинному законодавству, а не перевіряти знання застарілого нормативного

регулювання. Застосування під час надання адвокатом правничої допомоги актів законодавства, що втратили чинність, не може свідчити про уміння такої особи застосовувати закон до відповідних правовідносин та, як наслідок, унеможливорює набуття такою особою права на заняття адвокатською діяльністю.

Таким чином, чинна Програма складення кваліфікаційного іспиту, затверджена рішенням Ради адвокатів України від 21 вересня 2019 року, втратила свою актуальність та потребує перегляду Радою адвокатів України на предмет її відповідності чинному законодавству України.

Література

1. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05.07.2012 р. №5076-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text> (дата звернення: 25.11.2023).

2. Порядок допуску до складення кваліфікаційного іспиту, порядок складення кваліфікаційного іспиту та методика оцінювання результатів складення кваліфікаційного іспиту для набуття права на заняття адвокатською діяльністю в Україні: рішення РАУ від 17 грудня 2013 р. №270. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/poryadki/2023-08-11-poryadki-71_64ef8e3b8be6c.pdf (дата звернення: 25.11.2023).

3. Програма складення кваліфікаційного іспиту: рішення РАУ №113 від 21 вересня 2019 року. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/programi/2019-09-21-programi-113_5dad5355b8c5.pdf (дата звернення: 25.11.2023).

Науковий керівник – канд. юрид. наук, доцент кафедри нотаріального, виконавчого процесу та адвокатури, прокуратури, судоустрою Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка **Д. В. Кухнюк**.

Ковальова Я.,
канд. юрид. наук, доц.,
асистентка кафедри цивільної юстиції та адвокатури
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
м. Харків, Україна

ДО ПИТАННЯ ПЕРІОДИЗАЦІЇ НОВІТНЬОЇ ІСТОРІЇ АДВОКАТУРИ УКРАЇНИ

Традиційно, говорячи про становлення та розвиток адвокатури України, виділяють такі основні періоди, наприклад:

Виникнення української адвокатури в княжий та становлення у польсько-литовський період; Адвокатура України XVII-XVIII ст.; Адвокатура й судова реформа 60-х років XIX ст.; Інститут адвокатури на

землях Східної Галичини, Закарпаття і Буковини наприкінці XVIII – початку ХХ ст.; Українська адвокатура в СРСР; Адвокатура доби визвольних змагань (УНР, Гетьманат, ЗУНР) та в часи Української РСР; Український адвокатський корпус у Другій Речі Посполитій (1918–1939), міжвоєнних Буковині та Карпатській Русі; Відродження української адвокатури з 1991 р. та до нашого часу [1; 2].

Як бачимо, період, що завершує багатовікову історію зародження, становлення та розвитку української адвокатури, є саме адвокатура України нашого сьогодення. Так само традиційно в програмах навчальних дисциплін, підручниках, посібниках ця тема розкривається в основному через аналіз нормативно-правових актів, які прямо або опосередковано впливають на організацію та діяльність сучасної української адвокатури, створення Національної асоціації адвокатів України, Спілки адвокатів України, а також вплив на адвокатуру України реформування правоохоронних та судових органів та ін. [1–3].

З точки зору максимальної «деполітизації» та незалежності розвитку адвокатури України безумовно, такий підхід є правильним. Не можна не погодитись з такими науковцями та адвокатами як Т. Безега [4] та О.А.Фазекоша: «На моє глибоке переконання, адвокатура, як правозахисний інститут, має бути аполітичною, справді незалежною та самоврядною. Там, де є адвокатура, не повинно бути політики» [5].

Також слушною є надана періодизація І.Я. Семенюком та авторами підручника «Актуальні проблеми адвокатури», де розмежовуються два періоди в цікавий для нашого дослідження час – 1991 р. та до сьогодення – Пострадянський етап розвитку адвокатури (1991–2010 рр.) та Етап адаптації законодавства про адвокатуру до міжнародних стандартів (з 2010 р.) [6; 7].

На підтвердження цього, можна привести одну з важливих умов періодизації права, історика права Ф. І. Леонтовича: Періоди не можна строго розмежовувати один від одного, саме тому, що старі начала не відразу вмирають, але далеко заходять у наступні періоди, – і нові начала зароджуються не водночас, але при повному пануванні старих [8].

Погоджуючись зі всіма підходами до осмислення історії виникнення, становлення та розвитку адвокатури України, маємо констатувати, що адвокатура України з 1991 року, а особливо останні майже десять років, пройшла разом з державою та громадянським суспільством великий і важкий шлях реформувань, змін, перетворень і навіть випробувань. Тому вважаємо за необхідне при висвітленні новітньої історії адвокатури враховувати наступні етапи: Помаранчева революція (або Помаранчевий Майдан) (2004 рік) та Революція Гідності (або Єврореволюція) (з 30 листопада 2013 р. до лютого 2014 року) – як наслідок – переорієнтація внутрішнього й зовнішньополітичного курсу країни на Європейську інтеграцію та вихід України із зони впливу росії в економічній та політичній сферах, що в

свою чергу спровокувало агресивну політику останньої по відношенню до України – російське збройне вторгнення в Крим у лютому-березні 2014 р. (з подальшим початком тимчасової окупації півострова Росією 20 лютого 2014); війна на сході України (на Донбасі) з квітня 2014 року; широкомасштабне вторгнення росії в Україну з 24 лютого 2022 р. та введення військового стану (та безумовно особливості діяльності адвокатури при цьому) [9].

Саме ці події безпосередньо призвели до прийняття законів України «Про безоплатну правничу допомогу» 2011 р., «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» 2012 р., Правила адвокатської етики 2017 р. та ще безлічі нормативно-правових актів, що гарантують незалежність адвокатури, підвищують її статус в суспільстві. Бо: «Адвокатура є засобом, який сприяє зміцненню законності в державі, утвердженню принципів демократизації і гуманізації правосуддя. Вона є обов'язковим елементом системи суспільного устрою. Захищаючи права й законні інтереси громадян та юридичних осіб, адвокатура виконує функції державного значення, забезпечує публічні інтереси, залишаючись при цьому недержавною інституцією» [7].

Література

1. Бакаянова Н. М. Історія адвокатури України у запитаннях та відповідях, ілюстраціях та фотографіях : навч. посіб. / Нана Мезенівна Бакаянова, Олена Олегівна Храпенко ; Нац. ун-т «Одеська юридична академія» ; вступ. сл. Й. Л. Бронз. Вид. 2-ге, перероб. та допов. Одеса : Юридична література, 2019. 214 с.
2. Історія світової та вітчизняної адвокатури : навч. посібник / В. С. Макарчук. 2-ге вид., випр. і допов. Львів : Видавництво Львівської політехніки, 2018. 308 с.
3. Організація роботи адвокатури в Україні: навч. посіб./ Т. Б. Вільчик, О. М. Овчаренко, А. В. Іванцова та ін.: за заг. ред. І. Є. Марочкина. Харків : Право, 2014. 392 с.
4. Безега Т. Особливості реформування адвокатури в незалежній Україні. URL: <https://unba.org.ua/publications/2762-osoblivosti-reformuvannya-advokaturi-v-> (дата звернення: 21.01.2024).
5. Фазикош О.А. Адвокатура має бути аполітичною, незалежною та самоврядною. 24.04.2016 р. URL: <https://pmg.ua> (дата звернення: 21.01.2024).
6. Семенюк І. Я. Моральні засади діяльності інституту адвокатури: теоретико-правовий аспект : дис. ... канд. юрид. наук. Львів 2015. URL: <https://old.lpnu.ua/research/disscoun/d-3505219/semenyuk-ivan-yaroslavovych> (дата звернення: 21.01.2024).
7. Актуальні проблеми адвокатури : підручник / за заг. ред. Т. Б. Вільчик. Харків : Право, 2022. 376 с.
8. Бондарук Т.І. Основоположники Київської історико-юридичної школи М. Ф. Владимирський-Буданов і Ф. І. Леонтович. Київ, 1995.

9. URL: [https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%A0%D0%BE%D1%81%D1%96%D0%B9%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%BE-%D1%83%D0%BA%D1%80%D0%B0%D1%97%D0%BD%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B0_%D0%B2%D1%96%D0%B9%D0%BD%D0%B0_\(%D0%B7_2014\)](https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%A0%D0%BE%D1%81%D1%96%D0%B9%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%BE-%D1%83%D0%BA%D1%80%D0%B0%D1%97%D0%BD%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B0_%D0%B2%D1%96%D0%B9%D0%BD%D0%B0_(%D0%B7_2014)) (дата звернення: 21.01.2024).

Колісник О.,
канд. юрид. наук,
старша наукова співробітниця,
асистентка кафедри цивільної юстиції та адвокатури
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
м. Харків, Україна

РОЛЬ АДВОКАТА У ЗАБЕЗПЕЧЕННІ ЕФЕКТИВНОГО СУДОВОГО ЗАХИСТУ

Поданню до суду позовної заяви передуює масштабна та водночас кропітка робота адвоката, пов'язана з аналізом та обробкою первинних документів, збором, фіксацією та оформленням необхідних належних та допустимих доказів, встановленням належних відповідачів, визначенням ефективних способів захисту порушеного права та вирішенням інших значущих процесуальних питань та задач.

Прецедентна практика Верховного Суду стала невід'ємною частиною правового інструментарію, за допомогою якого усуваються неточність та невизначеність правових норм, а судам нижчих інстанцій вдається уникати розбіжностей у їх застосуванні. Проте, непоодинокими є ситуації відступлення Верховним Судом від своїх правових позицій, що ставить перед правниками ще більш складну задачу: не просто знайти правову позицію Верховного Суду з того чи іншого спірного питання та неоднозначного тлумачення законодавства, а проаналізувати усі наявні правові позиції, врахувати відступлення від них, знайти остаточний правовий висновок і врешті-решт застосувати його до конкретних спірних правовідносин. Саме тому роль адвоката в реалізації окреслених задач важко переоцінити. Лише послідовна, виважена та ретельна робота професійного адвоката зі збору доказового матеріалу та обробки правового підґрунтя для вирішення цивільно-правового спору на користь клієнта, вироблення оптимальної стратегії та тактики ведення справи може призвести до ефективного правового захисту.

Одними з найпоширеніших спорів є спори, пов'язані з відшкодуванням шкоди, заподіяної внаслідок ДТП. Здавалося б, що такий значний пласт наробленої судової практики дозволить створити однозначну та стабільну правову позицію щодо кола належних відповідачів, співвідповідачів та потенційно можливих третіх осіб. Однак реальна ситуація суттєво відрізняється, і суперечки щодо належних

відповідачів у зазначеній категорії справ не припиняються. Відповідно до ст. 21 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів» на території України забороняється експлуатація транспортного засобу без відповідного страхового полісу. Згідно з правовою позицією Верховного Суду у справі № 760/15471/15-ц (провадження № 14-316цс18) від 03 жовтня 2018 р. відшкодування шкоди особою, відповідальність якої застрахована за договором обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів, можливе лише за умови, що згідно із цим договором або Законом у страховика не виникло обов'язку з виплати страхового відшкодування, чи розмір завданої шкоди перевищує ліміт відповідальності страховика; у такому випадку обсяг відповідальності страхувальника обмежений різницею між фактичним розміром завданої шкоди і сумою страхового відшкодування; покладання обов'язку з відшкодування шкоди в межах страхового відшкодування на страхувальника, який уклав відповідний договір страхування і сплачує страхові платежі, суперечить меті інституту страхування цивільно-правової відповідальності [1]. Отже, відповідно до позиції Верховного Суду належним відповідачем у такому випадку за існування певних умов має бути страхова компанія, а вже відшкодування шкоди, яка не покрита страховою виплатою, має здійснюватися винним заподіювачем шкоди (ст. 1194 ЦК). Виходить, що потерпіла особа змушена порушувати два провадження щодо отримання відшкодування: одне – до страховика в межах страхової виплати, інше – до заподіювача шкоди, якщо шкода перевищуватиме страховий ліміт. На нашу думку, пред'явлення позову одночасно до страховика і заподіювача шкоди як до співвідповідачів було б процесуально оптимальним, економічно вигідним та раціональним для позивача, оскільки в одному рішенні були б визначені обов'язки страховика і заподіювача шкоди щодо виплати завданої шкоди. Такий підхід може зазнати критики з двох причин: по-перше, страховик і заподіювач шкоди мають протилежні інтереси (кожен прагне зняти з себе відповідальність і сплатити меншу суму компенсації), і по-друге, їхні відносини з потерпілим виникають з різних підстав (страховик зобов'язаний виплатити відшкодування на основі договору про страхування відповідальності страхувальника перед третіми особами, а заподіювач шкоди повинен здійснити відшкодування шкоди в межах деліктного зобов'язання на підставі ст.ст. 1166, 1187 ЦК як особа, яка заподіяла цю шкоду). Водночас, якщо у зазначеній категорії справ позивач не бажає залучати страхову компанію як співвідповідача, то страхова компанія може бути залучена як третя особа, яка не заявляє самостійні вимоги на предмет спору, за ініціативою суду.

Крім того, вищезазначена правова позиція не охопила випадки, коли страхова компанія ліквідована, знаходиться у стані припинення, вже визнана неплатоспроможною, позбавлена ліцензії або виключена з МТСБУ. Вирішенню цих ситуацій присвячена інша Постанова Великої

Палати Верховного Суду у справі № 201/16373/16-ц від 22 лютого 2022 року, основні висновки у якій зводяться до такого: МТСБУ має зобов'язання на відшкодування шкоди замість страховика лише у випадку визнання його банкрутом та/або ліквідації, в інших випадках страховик зобов'язаний самостійно відшкодувати шкоду, у тому числі в процедурі банкрутства та ліквідації як юридичної особи; наявність договору між винною у ДТП особою та страховою компанією про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності на суму в межах страхового відшкодування, передбаченого в договорі, виключає відповідальність винної особи за спричинену шкоду в межах страхової суми [2].

На нашу думку, зазначені висновки Верховного Суду обмежують принцип диспозитивності та звужують можливість постраждалої особи обрати найбільш ефективний спосіб захисту, оскільки вони імперативно визначають страховика як належного відповідача, який може виявитися неплатоспроможним або ліквідованим. Саме тому для ефективного захисту прав клієнта адвокатом мають бути проведені відповідні підготовчі дії і з'ясовані такі обставини: чи зверталася потерпіла особа до страхової компанії у зазначений строк у позасудовому порядку; якою була відповідь страхової компанії; чи не позбавлена страхова компанія ліцензії; перевірити членство такої компанії в МТСБУ; провести оцінку вартості заподіяних збитків тощо. Ситуація з визначенням належного складу відповідачів та третіх осіб може ускладнитися й у випадку, якщо заподіювачем шкоди є одна особа, яка безпосередньо керувала транспортним засобом, а власником (чи особою, яка на відповідній правовій підставі володіє транспортним засобом) – інша. І лише маючи інформацію щодо усіх вищезазначених питань можна з більшою вірогідністю встановити належних відповідачів, накопичити необхідний обсяг належних доказів та в результаті отримати позитивне рішення суду.

Таким чином, професіоналізм адвоката, його гнучкий підхід до осмислення, підготовки та супроводу кожного цивільно-правового спору є запорукою успішного та ефективного правового захисту інтересів клієнта.

Література

1. Постанова Великої Палати Верховного Суду у справі № 760/15471/15-ц (провадження № 14-316цс18) від 03 жовтня 2018 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/77197537>.
2. Постанова Великої Палати Верховного Суду у справі № 201/16373/16-ц від 22 лютого 2022 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104827809>.

Мамницький В.,
канд. юрид. наук, доц.,
доцент кафедри цивільної юстиції та адвокатури
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
м. Харків, Україна

ПРО ДЕЯКІ ПИТАННЯ ЩОДО КОНЦЕНТРАЦІЇ ПОВНОВАЖЕНЬ АДВОКАТУРИ В УКРАЇНІ

На сучасному етапі проведення судово-правової реформи в Україні, приведення національного законодавства до європейських стандартів з урахуванням досвіду провідних європейських держав та Сполучених Штатів Америки вважаємо за доцільне підняти питання щодо концентрації повноважень адвокатури щодо захисту та представництва.

На наш погляд, позиція колег, які критикують закріплення концентрації повноважень щодо здійснення видів адвокатської діяльності та недопущення розпорошення функцій адвокатури на невизначене коло осіб від початку є спірною. Зокрема, звертаємо увагу на недоцільність застосування терміну «адвокатська монополія», який так часто застосовують в наукових працях прибічники такої позиції. Зазначаємо на тому, що поняття «монополія», зокрема, використовується в Законі України «Про природні монополії», є економічним поняттям, яке стосується існування «фінансових аномалій» в ринковій економіці і ніяким чином не пов'язане з функціями чи правовим статусом адвокатури як конституційно-правового інституту.

Поняття представництва та захисту закріплені в п. 5 та п. 9 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» відповідно й визначаються як види **адвокатської діяльності**, й здійснюються за допомогою процесуальних інструментів, притаманним винятково адвокатури [1].

Оновлені редакції ГПК України, ЦПК України, КАС України, що були прийняті 3 жовтня 2017 р. допускають *представництво* осіб в справах, що розглядаються в спрощеному позовному провадженні (ЦПК України), малозначні справи (ГПК України), нескладні справи (КАС України) не тільки адвокатами, а й фізичним особам, які мають цивільну процесуальну / адміністративну процесуальну дієздатність. Тим не менше, з огляду на те, що представництво визначається як вид адвокатської діяльності видається дивним, що виключне повноваження адвокатури надається невизначеному колу осіб, які можуть і не мати відповідних вмінь та навичок. В ст. 45 КПК України зазначено, що здійснювати функцію захисту може виключно адвокат. Що стосовно представника потерпілого у кримінальному провадженні, за загальним правилом закон передбачає, що ним може бути адвокат і лише у виключних випадках представник юридичної особи, яка є потерпілою. Така вимога кримінального процесуального законодавства є

виправданою, адже з огляду на важливість функції захисту від кримінального переслідування є цілком обґрунтованим те, що законодавство дозволяє здійснювати захист лише особам, які мають повну вищу юридичну освіту, володіють державною мовою відповідно до рівня, визначеного згідно із Законом України «Про забезпечення функціонування української мови як державної», мають стаж роботи в галузі права не менше двох років, склали кваліфікаційний іспит, пройшли стажування (крім випадків, встановлених законом), склали присягу адвоката України та отримали свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю.

В ст. 19 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» передбачено 9 видів адвокатської діяльності, які є ексклюзивними для адвокатури, а їх здійснення вимагає спеціальних знань та навичок. Постає питання: чи можна очікувати від пересічного громадянина виконання функцій адвоката на рівні не нижчому ніж професійний адвокат? Питання риторичне.

Пропонуємо згадати справу Європейського суду з прав людини «Молдавська проти України». Суд нагадав, що право доступу до суду не є абсолютним, і може підлягати обмеженням, які дозволяються опосередковано, оскільки право на доступ до суду за своєю природою потребує державного регулювання, яке може змінюватися в часі та місці відповідно до потреб і ресурсів суспільства та окремих осіб. Вимога про те, щоб сторона була представлена адвокатом перед судом касаційної інстанції, як, наприклад, вимога, що застосовується в даній справі, не може розглядатися як така, що суперечить ст. 6 ЄКПЛ [2]. Вважаємо наведене рішення ЄСПЛ достойною відповіддю на рішення Конституційного Суду України у справі Солдатова Г. І.

Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» також передбачені процесуальні гарантії, які забезпечують можливість ефективного здійснення видів адвокатської діяльності, й не притаманні пересічним громадянам, яким наші наукові опоненти бажають надати повноваження щодо захисту та представництва. Ключовою гарантією серед наведених вважаємо наявність адвокатської таємниці – виняткової гарантії адвоката, яка не притаманна пересічному громадянину. Адвокатською таємницею є будь-яка інформація, що стала відома адвокату, помічнику адвоката, стажисту адвоката, особі, яка перебуває у трудових відносинах з адвокатом, про клієнта, а також питання, з яких особа звертається до адвоката, адвокатського бюро, адвокатського об'єднання, зміст порад, консультацій, роз'яснень адвоката, складені ним документи, інформація, що зберігається на електронних носіях, та інші документи і відомості, одержані адвокатом під час здійснення адвокатської діяльності. Інші особи, зокрема які здійснювали б захист особи в кримінальному провадженні могли б бути допитані й процесуальна гарантія у виді адвокатської таємниці не розповсюджувалася б на цю особу. Відмова від дачі показань таким

представником кваліфікувалося б за відповідною статтею Розділу XVIII КК України.

Заборона проведення огляду, розголошення, витребування чи вилучення документів, пов'язаних із здійсненням адвокатської діяльності; заборона залучати адвоката до конфіденційного співробітництва під час проведення оперативно-розшукових заходів чи слідчих дій, якщо таке співробітництво буде пов'язане або може призвести до розкриття адвокатської таємниці; заборона втручання у приватне спілкування адвоката з клієнтом; заборона притягати до кримінальної чи іншої відповідальності адвоката (особу, стосовно якої припинено або зупинено право на заняття адвокатською діяльністю) або погрожувати застосуванням відповідальності у зв'язку із здійсненням ним адвокатської діяльності згідно із законом – є невід'ємними гарантіями адвоката, які винятково позитивно впливають на реалізацію адвокатом його функції.

Гвозд'їй В. зазначав, що за порушення чинного законодавства та правил адвокатської етики адвокат може притягуватися до дисциплінарної відповідальності. Діяльність адвоката є сертифікованою, оскільки, задля здійснення адвокатської діяльності потрібно отримати свідоцтво на право зайняття адвокатською діяльністю. При цьому, чинне законодавство в сфері адвокатської діяльності передбачає обов'язок постійного підвищення кваліфікації. Діяльність адвоката забезпечується певними гарантіями (так, за ненадання відповіді на адвокатський запит, може наставати адміністративна відповідальність) [3]. Виникає риторичне питання: чи не є надання можливості захисту особи в кримінальних справах непрофесіоналами без відповідних процесуальних гарантій обмеженням права особи на захист? Звісно є.

Окрім цього, звернімо увагу на те, що усі конституційно-правові органи та інститути здійснюють притаманні лише ним функції, які не поширюються на інші структури: Конституційний Суд України, прокуратури, суди, Рахункова палата України, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини тощо. Чому ж адвокатура повинна втратити свій винятковий правовий статус?

Шандура О. писав, що введення так званої «монополії адвокатури» в Україні було запозиченням досвіду багатьох розвинених держав світу. Сьогодні монополія існує в Німеччині, Італії, США, Канаді, Австралії, Великій Британії в усіх країнах Латинської Америки тощо. Наприклад, у Японії провадження такої діяльності без статусу адвоката вважається злочином.

Приміром Франція є однією з тих країн, у якій також успішно діє «адвокатська монополія». Вона навіть яскравіше виражена, ніж в інших європейських країнах, – можливість того, що сторону в суді представлятиме особа, яка не є адвокатом, вкрай мала, при цьому вона обмежується першою інстанцією. Ми вже згадали, що чинними процесуальними кодексами дозволяється представництво з деяких

категорій справ, які з точки зору законодавця є нескладними, проте вважаємо, що трудові спори помилково включені в перелік справ, що можуть розглядатися в порядку спрощеного позовного провадження, критерій малозначності справи є непомірним, а сама ідея представництва інтересів пересічними громадянами зазіхає на цілісність правового статусу адвокатури.

Вважаємо правильним кроком законодавця щодо концентрації повноважень адвокатури. Крім того, вважаємо, що законодавець в подальшому під час проведення судово-правової реформи в Україні має йти шляхом посилення концентрації повноважень адвокатури, маються на увазі справи, які підлягають розгляду в порядку спрощеного позовного провадження, оскільки зазначені повноваження по наданню правової допомоги є виключними та така їх концентрація має бути абсолютною, на кшталт, досвіду європейських країн та США. На наш погляд, такий підхід є цивілізованим та соціально обумовленим.

Але слід все ж таки зробити застереження, що вище зазначене не стосується такого виду представництва як законне.

Література

1. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05 липня 2012 р. № 5076-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text>.

2. Рішення Європейського суду з прав людини «Молдавська проти України» від 14 травня 2019 року. Страсбург. URL: <https://www.echr.com.ua/translation/sprava-moldavska-proti-ukra%D1%97ni-tekst-rishennya>.

3. Гвоздій В. 5 міфів «про монополію» адвокатури, або чому бізнесу не треба боятися. Forbes : Україна. 2016. 10 червня. URL: <https://radako.com.ua/news/5-mifiv-pro-monopoliyu-advokaturi-abo-chomu-biznesu-ne-trebaboyatisya-v-gvozdii>.

Мельниченко В.,
*головний спеціаліст – юрисконсульт
Головного управління Пенсійного фонду
України в Запорізькій області,
м. Запоріжжя, Україна*

ДІЯЛЬНІСТЬ АДВОКАТУРИ В УМОВАХ ВОЄННОГО ЧАСУ

З початком повномасштабного військового вторгнення російської федерації на територію України відбулися численні зміни у кожній сфері суспільства. Війна певною мірою внесла корективи і в роботу адвокатури.

Адвокатура є добровільним професійним громадським об'єднанням, покликаним згідно з Конституцією України сприяти захисту прав, свобод і репрезентувати законні інтереси громадян України, іноземних громадян, осіб без громадянства, юридичних осіб, надавати їм іншу юридичну допомогу. Адвокатура України здійснює свою діяльність на принципах верховенства права незалежності, демократизму, гуманізму й конфіденційності.

З початком воєнних дій на всій території України впровадили воєнний стан. Відповідно до Закону України «Про правовий режим воєнного стану» визначається зміст правового режиму воєнного права, порядок його впровадження та скасування, правові основи діяльності органів державної влади, військового управління, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ і організацій в умовах воєнного права, прав людини і громадянина та гарантії прав і законних інтересів юридичних осіб. Прямо із обмежень, що зазначаються в Законі України «Про правовий режим воєнного стану» витікають завдання адвоката, як представника та захисника під час воєнного часу [1].

Відтепер діти, що були вимушені виїхати закордон через війну, мають змогу отримувати безкоштовну правову допомогу адвокатів. Таку пропозицію Міністерству Рада адвокатів України погодила 6 вересня 2022 р. Також, у рішенні адвокатів України від 29.04.2022 р. № 44 «Про внесення змін до Порядку ведення Єдиного реєстру адвокатів України», зазначається, що відтепер адвокат зможе вносити до Єдиного реєстру адвокатів України інформації, щодо надання безкоштовної правової допомоги військовослужбовцям.

Діяльність адвоката потребує в деяких випадках правової допомоги клієнту навіть у темну пору дня. Оскільки впровадження воєнного часу передбачає також запровадження комендантської години, яка обмежує право громадян на вільне пересування, це стає перешкодою перед адвокатом у наданні цілодобової допомоги. Саме тому, представникам Комітету НААУ із захисту прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності дали дозволи на пересування по території міста Києва після настання комендантської години.

Окрім вищезазначених змін, на мій погляд, максимально важлива зміна, яка пов'язана з вимогами щодо несумісності. Відповідно до положень пункту 2 частини 1 ст. 7 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» несумісною з діяльністю адвоката є, зокрема, військова або альтернативна (невійськова) служба [2].

Проте, з початком військових дій багато адвокатів захотіли вступити в лави Збройних Сил України та територіальної оборони задля найшвидшого відновлення миру на наших територіях і це зумовило Раду адвокатів України прийняти якесь рішення, тому що, відповідно до частини 2 ст. 7 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» у разі виникнення обставин несумісності, встановлених частиною першою цієї статті, адвокат у триденний строк з дня

виникнення таких обставин подає до ради адвокатів регіону за адресою свого робочого місця заяву про зупинення адвокатської діяльності [2].

Згідно пункту 1 частини 2 ст. 34 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», порушення вимог несумісності є дисциплінарним проступком адвоката, та є відповідно підставою для притягнення адвоката до відповідальності згідно з ч. 1 ст. 34 Закону [2].

Тому, в березні 2022 р. Радою адвокатів України за наявності об'єктивних причин несвоєчасного виконання адвокатами вимог ч. 2 ст. 7 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» в зв'язку з проходженням військової служби або альтернативної (невійськової служби) було прийняте рішення № 24 від 03 березня 2022 р.: «У період дії воєнного стану не вважати порушенням вимог щодо несумісності проходження військової або альтернативної (невійськової) служби адвокатами та не застосовувати таку підставу для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності» [3]. Проте дане рішення не звільняє адвоката від дотримання вимог ст. 7 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

Військові дії зумовили спрощення процедури отримання ордеру адвоката. До Положення про ордер адвоката на надання правничої допомоги для того, щоб спростити оформлення необхідних документів для адвокатської діяльності під час дії воєнного стану, були внесені зміни Радою адвокатів України.

Тепер дозволяється видача адвокатським бюро/адвокатським об'єднанням ордеру без скріплення його печаткою юридичної особи та без підпису керівника адвокатського об'єднання, адвокатського бюро. Правовідносини між адвокатом, який надає правничу (правову) допомогу на підставі цього ордеру та адвокатським об'єднанням, адвокатським бюро врегульовуються внутрішніми документами цих організаційно-правових форм здійснення адвокатської діяльності.

Під час воєнного часу свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю видаватимуться Радою адвокатів України. До такого свідоцтва регіональні ради мають надати кожному адвокату рішення Ради адвокатів регіону з мокрою печаткою щодо видачі такого документа.

Це буде своєрідною гарантією оригінальності свідоцтв, виданих під час військових дій в Україні, зазначила Рада адвокатів України [4]. Після закінчення воєнного стану такі свідоцтва мають бути замінені. Таке ж рішення стосується видачі посвідчень адвоката.

Радою адвокатів України спрощено вимоги до складання кваліфікаційного іспиту на період запровадження воєнного стану в Україні. Зокрема, РАУ тимчасово дозволила допуск до складання кваліфікаційних іспитів без надання довідки про несудимість і документів про володіння українською мовою. Проте, якщо інформація про відсутність судимості та володіння українською мовою надана особою не відповідатиме дійсності, видані такій особі свідоцтво про складання іспиту і про право на заняття адвокатською діяльністю будуть

анульовані. Такі зміни були прийняті через те що під час воєнного стану та активних військових дій в деяких регіонах отримання даних документів стало з об'єктивних причин неможливим, Рада адвокатів України дозволила, щоб бажаючі складали іспити та засвідчували відповідну інформацію у форматі особистих заяв. Після закінчення воєнного стану ці особи зобов'язані надати відповідні документи до Кваліфікаційно - дисциплінарної комісії адвокатури.

Роль адвокатів у забезпеченні прав людини під час воєнного стану в Україні неможливо перебільшити. На адвокатуру покладено конституційну функцію захисту прав громадян, а так як право на захист, за Конституцією України, не підлягає обмеженням навіть під час запровадження воєнного стану. Адвокати розуміють цю відповідальність перед усіма громадянами України, тому Радою адвокатів України, Національною асоціацією адвокатів України приймаються заходи, щоб діяльність адвокатури не була призупинена на період воєнних дій. Варто зазначити, що під час надзвичайних ситуацій завдання, методи та діяльність адвокатів залишилася практично такими ж.

Література

1. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 5 липня 2012 року. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2013, № 27, ст. 282.
2. Про правовий режим воєнного стану : Закон України від 12 травня 2015 року. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2015, № 28, ст. 250.
3. Про особливості проходження адвокатами військової або альтернативної (невійськової служби) у період воєнного стану : Рішення Ради адвокатів України від 03 березня 2022 року. URL: <https://unba.org.ua>.
4. Адвокатські свідоцтва друкуватимуть ради адвокатів регіонів. Газета «Закон і Бізнес» від 18.03.2022. URL: <https://zib.com.ua/ua/150924.html>.

Меліхова Ю.,
канд. юрид. наук,
старший викладач кафедри культурології
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
м. Харків, Україна

ОСМИСЛЕННЯ САМОРОЗВИТКУ ОСОБОСТІ АДВОКАТА. В ПОШУКАХ КОГЕРЕНТНОСТІ

Окреслення шляхів і стратегій формування моральної культури адвоката є характерним для трансформаційних процесів у напрямі гуманізації права і правозастосування. Але це неможливо без здатності його особистості до постійного саморозвитку. Тому важко погодитися з

деякими дослідниками, які наполягають на тому, що реформування правової системи України треба «...починати з удосконалення процесуального законодавства та вибудовування системи судівництва відповідно до новацій у процесуальних механізмах» [3, с. 49].

Безумовно, названі кроки є важливими в процесі реформування загалом, але на фоні гучних корупційних скандалів, пов'язаних із ганебною поведінкою окремих юристів (та ще й під час війни!), вочевидь треба починати з риторичного питання «А хто адвокати?».

Зрозуміло, що відповідь змістовно конденсована вже у самому запитанні, однак воно повинне постійно виникати, наприклад, у під час перевірки кваліфікаційно-дисциплінарною комісією адвокатури повноти та достовірності відомостей, повідомлених особою, яка виявила бажання стати адвокатом (ст. 8 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»). Отже, проблема саморозвитку особистості адвоката як здатності протидіяти нищівним явищам деформації морально-правової свідомості (корупція, упередженість, фальсифікація, формалізм тощо) потребує не тільки ґрунтового правого, а й філософсько-правового осмислення.

Зауважимо, що, наприклад, у сучасній філософській антропології проблемі саморозвитку особистості приділяється значна увага (Сідак Л. М., Остапенко Є. О, Слободян О. П. та ін.). Проте філософсько-правових досліджень спрямованих на аналіз питань, пов'язаних із саморозвитком особистості адвоката, на жаль, бракує, хоча обіжно вони були об'єктом уваги Ю. О. Загуменної та Е. М. Наджафлі [1, с. 224] та ін. Тож необхідність філософсько-правового осмислення проблеми саморозвитку особистості адвоката є актуальною для створення методології досліджень, які б сприяли визначенню причин виникнення деформації морально-правової свідомості адвокатів та шляхів формування належного рівня їх моральної культури.

Незважаючи на розрізненість наукових підходів, навіть відсутність сталого визначення терміну «саморозвиток адвоката», наважимося на власний аналіз підходів до осмислення цього феномена.

Здавалося б, що здатність до саморозвитку – це, передусім, готовність адвоката до постійної самоосвіти. Проте накопичення знань не робить особистість морально досконалішою, а тому саморозвиток не можна ототожнювати з освітою. Звісно, знання необхідні, але як інструмент або матеріал, яким адвокат послуговується у процесі своєї професійної діяльності тощо. Крім того, здобуті знання особистість може використовувати як для саморозвитку, так і для саморуйнації [5, с. 122]. Отож важко дорікнути адвокату-корупціонеру в неналежному рівні знань. Часом навпаки. Тому здатність до саморозвитку не обмежується прагненням до знань і постійної самоосвіти.

Не слід саморозвиток особистості адвоката розглядати і як педагогічний процес. Зауважимо, що це доволі парадоксальний спосіб, адже він передбачає вплив викладача, наставника на особистість. Чи ж саморозвиток це тоді?

Можливо феномен саморозвитку особистості адвоката варто досліджувати шляхом аналізу окремих явищ, пов'язаних із ним: самопізнанням, саморегуляцією, самообмеженням, самовдосконаленням, самореалізацією тощо?

Так, саморозвиток – це процес, у якому можна виокремити певні етапи, які визначаються якісними змінами, тому вони є змістовним наповненням саморозвитку, але не є саморозвитком як таким [5, с. 123]. Отож саморозвиток потребує самопізнання, забезпечує самореалізацію, але його не можна отожднювати з ними. Наприклад, самопізнання доцільно розглядати лише як один із засобів саморозвитку, коли адвокати усвідомлюють власні особливості, риси, вади тощо, але не кожен із них і не завжди здатний якісно змінюватися. У такому випадку це неминуче матиме негативний вплив на професійну діяльність.

Саме це дало привід одному з найвпливовіших філософів права ХХ ст. Г. Радбруху зауважити, що юрист перестає бути справжнім правником, якщо він «...не усвідомлює необхідності задумуватися над питанням про користь обраної ним професії <...> Юристи ставлять перед собою найбільш складне завдання: вірити у своє життєве призначення й одночасно постійно сумніватися в собі» [4, с. 90]. Звичайно, Г. Радбрух не досліджував саморозвиток особистості адвоката, але з погляду філософсько-критичного осмислення аналізував деякі його аспекти у вигляді форм життя «юридичної людини».

Отже, бути адвокатом – це вибір бути самостійним, а часом і самотнім (у всій багатомірності слова), якщо не брати до уваги діалог із власним внутрішнім переконанням та совістю. Саморозвиток теж має корінь «сам» [5, с. 124]. Відтак він неможливий без усвідомленого спрямування внутрішньо притаманної особистості адвоката свободи, яка об'єктивно забезпечує постійні якісні зміни, що стають запорукою дедалі досконалішого буття в професії [5, с. 130]. Тому саморозвиток – здатність до здійснення утворюючої діяльності (матеріальної і духовної) з найвищим продуктивним результатом і метою, не пов'язаною з прагматичними інтересами. Це якісна характеристика особистості адвоката, що вимірюється через узгодженість всіх елементів її духовного світу і потребує детального вивчення.

Література

1. Загуменна Ю. О., Наджафлі Е. М. Принципи адвокатської діяльності в Україні: адміністративноправовий аспект : монографія. Харків: ТОВ «Планета-Прінт», 2020. 276
2. Литвинов О. М. Право як феномен культури: спроба філософського осмислення : монографія. Луганськ : Янтар, 2014. 800 с.
3. Пасенюк О. М. Судова реформа в Україні: крок вперед, два кроки назад. *Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні* : зб. мат. учасників VI Міжнар. наук.-практ. конф. Чернівці : Чернівецький нац. ун-т, 2019. С. 49-57.

4. Радбрух Г. Законне та над законне право. *Проблеми філософії права*. 2004. Т. II. С. 83-94.

5. Сідак Л. М. Аналіз сучасних підходів до осмислення феномену «саморозвиток особистості». *Науковий вісник. Серія «Філософія»*. 2016. Вип. 47 (ч. I). С. 121-131.

Михайленко Д.,
д-р юрид. наук, доц.,
суддя Апеляційної палати Вищого антикорупційного суду,
м. Київ, Україна

ЗАХИСТ АДВОКАТСЬКОЇ ТАЄМНИЦІ ПІД ЧАС ЗДІЙСНЕННЯ СЛІДЧИХ ДІЙ ЩОДО АДВОКАТА У ПРАКТИЦІ ВИЩОГО АНТИКОРУПЦІЙНОГО СУДУ

Гарантії, пов'язані із захистом адвокатської таємниці, становить фундамент ефективного функціонування адвокатури, убезпечують сторону захисту від втручання з боку держави у формування та відстоювання визначеної адвокатом стратегії захисту, створюють умови для довіри клієнта до адвоката чутливої інформації щодо себе та своїх вчинків, яка часто є недоступною для сторони обвинувачення. Очевидно, що позбавлення захисту цієї інформації може надати суттєву перевагу стороні обвинувачення, значно ускладнити надання правової допомоги адвокатом, що у кінцевому рахунку вплине на встановлений в українській правовій системі баланс між можливостями сторони захисту і сторони обвинувачення у кримінальному процесі.

Із урахуванням зазначеного, закономірною є значна увага до охорони адвокатської таємниці в законодавстві України. Так, (1) адвокату забороняється без згоди клієнта розголошувати відомості, що становлять адвокатську таємницю, використовувати їх у своїх інтересах або інтересах третіх осіб (п. 2 ч. 2 ст. 21 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (далі – Закон), ч. 3 ст. 47 КПК); (2) забороняється вимагати надання відомостей, що є адвокатською таємницею (п. 2 ч. 1 ст. 23 Закону) та допитувати про неї адвокатів (п. 2 ч. 2 ст. 65, ч. 8 ст. 224 КПК); (3) забороняється залучати адвоката до конфіденційного співробітництва, якщо таке співробітництво буде пов'язане або може призвести до розкриття адвокатської таємниці (п. 8 ч. 1 ст. 23 Закону); (4) встановлюються процесуальні гарантії, спрямовані на охорону адвокатської таємниці (ч. 2 ст. 23 Закону); (5) передбачається відповідальність як адвоката, так і інших осіб за розголошення адвокатської таємниці (ч. 5 ст. 22, ч. 2 ст. 32 Закону) тощо.

Під час здійснення правосуддя Вищим антикорупційним судом та Апеляційною палатою Вищого антикорупційного суду (далі – АП ВАКС) у

кримінальних провадженнях про корупційні злочини виникає необхідність розглядати питання про дотримання гарантій щодо адвокатської таємниці. За майже п'ять років діяльності суду такі питання більшою мірою піднімаються на стадії досудового розслідування і пов'язані із вилученням під час обшуку документів та електронних носіїв інформації (мобільних телефонів, флеш-накопичувачів тощо) з послідувачим їх арештом з метою забезпечити збереження речових доказів.

У таких справах слідчі судді та апеляційний суд значну увагу приділяють як дотримання процедури, так і суті відомостей, які вилучаються.

Так, щодо процедури суди досліджують, зокрема, дотримання: (1) абз. 1 ч. 2 ст. 23 Закону (чи передбачено в ухвалі слідчого судді про обшук у переліку речей, документів, що планується відшукати, виявити чи вилучити під час проведення слідчої дії відповідний документ чи електронний носій); (2) п. 3 ч. 1 ст. 23 Закону (чи подане клопотання про обшук уповноваженим прокурором вищого рівня); (3) абз. 2-4 ч. 2 ст. 23 Закону (чи забезпечена участь представника ради адвокатів регіону під час вилучення відповідних документів).

Апеляційна палата, зокрема, звертала увагу, що імунітет спеціального суб'єкта (судді та аналогічно адвоката) передбачений ч. 9 ст. 49 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», розповсюджується на суддю незалежно від обізнаності службових осіб та слідчого судді про приналежність житла конкретній особі, в цьому випадку судді. Необізнаність, яка є добросовісною, може усувати можливу відповідальність за таке порушення цієї гарантії, але не скасовує її дію (ухвала АП ВАКС від 09.12.2019 у справі № 4910/23/19-к). Аналогічний підхід слід застосовувати щодо гарантії адвокатської діяльності, передбаченої п. 3 ч. 1 ст. 23 Закону.

АП ВАКС також скасовувала арешт майна адвоката, оскільки гарантії адвокатської діяльності не були належним чином дотримані в частині присутності під час обшуку представника ради адвокатів регіону, зважаючи на те, що (1) представник органу адвокатського самоврядування прибув на місце обшуку після його початку й тоді, коли мобільний телефон та ноутбук у власника були вже вилучені та (2) прокурор не надав доказів, які б свідчили про завчасне повідомлення органу адвокатського самоврядування про запланований обшук, надавши можливість представнику ради своєчасно прибути на місце обшуку (ухвала АП ВАКС від 27.07.2023 у справі № 991/5681/23).

Апеляційна палата також неодноразово звертала увагу, що у разі вилучення документів, які фактичного не мають жодного відношення до адвокатської діяльності, розглядувана гарантія не може бути порушена. Такий підхід потребує дослідження змісту відповідних відомостей, які вилучені у адвоката.

У цьому контексті слід звернути увагу на такі висновки суду, які стали основою для відхилення аргументів захисту про порушення

адвокатської таємниці: (1) при проведенні обшуку не вилучались речі і документи, що можуть мати відношення до адвокатської діяльності, а інші відомості не є такими, що зібрані у результаті можливого ознайомлення детектива з матеріалами адвокатської діяльності, доказів іншого до суду не надано та під час судового провадження не досліджено (ухвала АП ВАКС від 17.07.2023 у справі № 991/4435/23); (2) стороною захисту не надано жодних доказів зберігання у вилученому мобільному телефоні інформації, що є адвокатською таємницею, не зазначено яка саме інформація, що міститься на вказаному мобільному телефоні є адвокатською таємницею та не вказано представництва чиїх інтересів вона стосується (ухвала АП ВАКС від 29.10.2019 у справі № 760/20310/19 та від 07.02.2023 у справі № 991/6668/22); (3) гарантії адвокатської діяльності в частині охорони адвокатської таємниці не поширюються на відомості про обставини вчинення кримінального правопорушення адвокатом чи за його участі (ухвала АП ВАКС від 04.03.2020 у справі № 991/1260/20); (4) такі гарантії адвоката втрачаються у разі можливого вчинення ним кримінального правопорушення, зокрема, не у зв'язку з реалізацією ним функцій адвоката (ухвала АП ВАКС від 09.07.2020 у справі № 991/4861/20 та від 03.06.2021 у справі № 991/2446/21); (5) адвокатська таємниця розповсюджується не на будь-яке спілкування між адвокатами, юристами щодо здійснення їх професійної діяльності, а лише на відомості, що безпосередньо стосуються обставин справи, в межах якої надається правова допомога на підставі відповідного договору (ухвала АП ВАКС від 07.06.2023 у справі № 991/4338/23) тощо.

Разом із тим, на стадії досудового розслідування як суд, так і сторони часто об'єктивно володіють неповною інформацією щодо всього обсягу відомостей, які вилучаються у адвоката. У разі встановлення у подальшому вручення сторони обвинувачення в інформацію, що дійсно містить адвокатську таємницю, це має зумовлювати застосування процесуальних санкцій у вигляді визнання відповідних доказів недопустимими. Крім того, у такому разі сторона обвинувачення несе ризик втрати значної частини доказової бази, у разі використання такої інформації для здобуття інших доказів (ч. 1 ст. 87 КПК).

Таким чином, захист адвокатської таємниці здійснюється не тільки на стадії досудового розслідування, а й у подальшому при розгляді обвинувачення по суті.

Москвич Л.,
д-р юрид. наук, проф.,
доцентка кафедри кримінального процесу
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
заслужений юрист України
м. Харків, Україна

УНИКНЕННЯ КОНФЛІКТУ ІНТЕРЕСІВ В СИСТЕМІ ГАРАНТІЙ НЕЗАЛЕЖНОСТІ АДВОКАТА ЗА СТАНДАРТАМИ ПРАВА ЄС

Механізм забезпечення незалежності адвоката за стандартами права ЄС забезпечується інституційними гарантіями незалежності адвокатури, гарантіями щодо виключення конфлікту інтересів та кофеденційності при здійсненні адвокатської діяльності.

Уникнення конфлікту інтересів є загальновизнаним принципом професійної діяльності адвоката, основна мета якого є сприяння формування суспільної думки про адвокатуру як незалежного інституту. Адвокат має діяти виключно в найкращих інтересах свого клієнта та уникати представництва суперечливих інтересів. Тільки адвокат, вільний від конфлікту інтересів, може «надавати, абсолютно незалежно та в переважаючих інтересах цієї справи, таку правову допомогу, як потребує клієнта».

1. Стандарти права ЄС прямо забороняють адвокату діяти в інтересах двох або більше клієнтів, якщо існує конфлікт між інтересами цих клієнтів, а також, якщо існує конфлікт між інтересами його клієнта та його власними інтересами.

Не допускається представництво адвокатом інтересів клієнту, якщо він має наявний конфлікт інтересів або існує значний ризик того, що конфлікт інтересів може виникнути в майбутньому. «Значний» ризик означає ймовірність (майбутнього) конфлікту інтересів. З цієї причини, адвокат має обов'язок оцінювати конфлікт інтересів у будь-який час. Адвокат зобов'язаний оцінити (ризик) конфлікту інтересів не лише один раз, до прийняття мандату, а й протягом мандата. Щоразу, коли виникає конфлікт інтересів згодом, адвокат повинен припинити діяльність для всіх клієнтів з питань, які призводять до конфлікту інтересів: з цього випливає, що адвокату не дозволяється припинити роботу чи діяти лише для одного з постраждалих клієнтів.

Можуть бути різні причини того, що конфлікт виникає лише пізніше, при цьому він не має значення, якщо причина походить зі сфери клієнта, зі сфери адвоката або з нових подій у справа: наприклад, адвокат, який представляє інтереси клієнта А в судовому процесі проти Б, приєднується до іншої юридичної фірми, яка представляє В у цьому судовому процесі.

Однак слід мати на увазі, що не всі та будь-які (потенційні) конфліктні інтереси виключають адвоката з представництва одного або кількох клієнтів: наприклад, у відносинах клієнт-адвокат існують невід'ємні конфліктні інтереси, наприклад, щодо гонорарів, змісту договору, час відповіді і т. д.

Щодо конфлікту з особистими інтересами, то адвокат не має права надавати допомогу клієнту, якщо особисті інтереси адвоката є або можуть бути в зачеплені тими інтересами клієнта, які має представляти/захищати адвокат при виконанні своїх обов'язків за

дорученням з клієнтом. Такий конфлікт може виникнути, наприклад, якщо адвокат буде допомагати клієнту в суперечці з компанією, в якій адвокат має певну частку.

Те ж саме стосується конфлікуючих інтересів клієнтів: якщо наприклад, юридична фірма представляє двох клієнтів які є конкурентами, може існувати широкий спектр конфліктних інтересів клієнтів, які самі по собі не є такими що виключити юридичну фірму з права представляти цих двох конкурентів.

Адвокат не може надавати допомогу або діяти від імені клієнта, якщо це суперечить його обов'язкам або коли він винен колишньому клієнту. Тобто підкреслюється тісний зв'язок питання конфлікту інтересів з іншими обов'язками адвоката, зокрема, наприклад деонтологічні зобов'язання чи договірні зобов'язання. Відсутність конфлікту інтересів є необхідною, але не єдиною умовою для адвоката діяти або допомагати клієнту.

Що стосується суперечливих інтересів між двома або більше клієнтами, адвокату заборонено надавати допомогу двом або більше клієнтам лише у випадку, коли конфлікт виникає у зв'язку з тими інтересами, які повинен представляти адвокат. Адвокат не може представляти позивача і відповідача в одній судовій справі. Крім того, наприклад, адвокат, який допомагав клієнту А. в переговорах щодо контракту з клієнтом Б, не може представляти клієнта Б проти колишнього клієнта А в суперечці, яка виникла з цього договору, навіть якщо ця суперечка виникає лише за кілька років потому.

З іншого боку, адвокат може представляти інтереси двох конкурентів у справах, які не пов'язані між собою, третім особам, наприклад, адвокату дозволено представляти двох конкурентів у справі, які оскаржують документ, який має відношення до обох учасників. Адвокату може бути дозволено представляти клієнта В проти клієнта А у справі, яка не пов'язана з іншою справою, в якій адвокат представляє або представляв клієнта А, однак, вимагає від адвоката виконання усіх інших його обов'язків, особливо, зобов'язання щодо конфіденційності.

2. Адвокат може надавати допомогу або діяти від імені двох чи більше клієнтів у ситуаціях конфлікту інтересів або потенційного конфлікту інтересів, лише якщо забезпечено дотримання наступних чотирьох умов: а) різні клієнти мають спільний інтерес у цьому питанні; (b) клієнти дали інформовану згоду; в) обов'язок конфіденційності не піддається ризику; d) адвокат вважає, що конфлікт інтересів або потенційний конфлікт інтересів не має перешкоджати йому чи їй діяти в найкращих інтересах усіх таких клієнтів.

Конфлікт інтересів набагато ширший. Наявність спільного інтересу в певній справі не означає, що індивідуальні інтереси залученої особи не можуть суперечити індивідуальним інтересам іншої залученої особи. Це фактично майже завжди буває, коли дві або більше осіб хочуть укласти контракт, адже цей документ призначений для регулювання

суперечливих інтересів залучених сторін. Сторони, що укладають договір звичайно також мають спільний інтерес, але це не виключає того, що вони також мають у цьому й особисті інтереси, які можуть суперечити особистим інтересам іншого. Індивідуальні ж права договірної сторони краще захищаються адвокатом, який має дбати лише про особисті права свого клієнта. Але іноді причетні сторони лише прагнуть балансу між своїми індивідуальними правами, і вони вірять, що спільний адвокат має прагнути до балансу спільних інтересів обох клієнтів.

Сторони з суперечливими інтересами в судовому процесі не мають спільного інтересу. Адвокат ніколи не може захищати сторони з протилежними інтересами в судовому процесі. Сторони ж конфлікту можуть мати спільні інтереси для вирішення конфлікту за процедурою примирення. Адвокат, який виконує функції розв'язувача суперечок, не діє як адвокат.

У більшості випадках один і той самий адвокат або юридична фірма не можуть консультувати двох або більше клієнтів щодо тієї самої справи.

3. Адвокати, які практикують в одній фірмі, або адвокати та інші спеціалісти, які практикують в тій самій фірмі – розглядаються як єдине ціле з метою дотримання їх зобов'язань не діяти у випадку конфлікту інтересів.

Юридична фірма повинна припинити діяльність, якщо існує конфлікт інтересів між двома клієнтами юридичної фірми, навіть якщо справи кожного з них ведуть різні адвокати юридичної фірми.

Цей принцип також стосується міждисциплінарних партнерств (MDP); адвокати в таких MDP несуть відповідальність за те, щоб усі члени товариства, а також представники іншої професії, дотримуватися цього правила.

Остафійчук Л.,

канд. юрид. наук, доц.,

кафедра процесуального права

Чернівецького національного університету імені Юрія Федьковича

м. Чернівці, Україна

ВИКОРИСТАННЯ АДВОКАТАМИ ШТУЧНОГО ІНТЕЛЕКТУ ПРИ НАДАННІ ПРОФЕСІЙНОЇ ПРАВНИЧОЇ ДОПОМОГИ

Юриспруденція – дуже складна сфера, що містить величезну кількість інформації як національного, так і глобального характеру. Оскільки загальна кількість нормативно-правових актів доволі значна, зрозуміло, що в реальній практичній діяльності юристи зазвичай спеціалізуються на якійсь конкретній галузі або навіть підгалузі права. Але й за таких обставин масив даних, з яким доводиться працювати, є надзвичайно великим, – зауважує Р. Сидорович [1].

Відповідно, задля економії часу адвокат вправі використовувати сучасні можливості, які надає штучний інтелект (далі – ШІ), у першу чергу для швидкого пошуку потрібних джерел чи збору інформації, а подекуди й отримання відповіді на конкретне поставлене запитання.

Справжніх дискусій щодо впливу ШІ на сферу правозастосування спричинила поява ChatGPT. ChatGPT може імітувати діалог, відповідати на додаткові запитання, визнавати помилки, заперечувати неправильні передумови та відхиляти недоречні запити. Через детальність та ясність відповідей, його популярність виросла неймовірно швидко, хоча фактична точність цих відповідей підлягала критиці [2]. Наприклад, ChatGPT може створити на запит оригінальний текст, водночас попередивши, що він «може надати неточну інформацію». А може і не попередити, а навпаки, ствердно відповісти, що вся надана ChatGPT абсолютно реальна.

На даний час вже обговорюються резонансні некоректні та неетичні випадки використання ШІ адвокатами у правосудді. Зокрема, справа Стівена Шварца, де нью-йоркський адвокат зіткнувся з власним судовим слуханням після того, як його фірма використала інструмент ШІ ChatGPT у судовій справі, в якій позивач звернувся до суду з позовом проти колумбійської авіакомпанії «Avianca», вимагаючи відшкодування за тілесні ушкодження, начебто отримані під час рейсу.

Інтереси цього позивача представляли юристи нью-йоркської фірми «Levidow, Levidow & Oberman», які надали суду підбірку судових прецедентів на підтримку позиції позивача. Як з'ясувалося в суді, ці рішення були несправжніми. У своєму наказі, вимагаючи від адвоката позивача надати пояснення, суддя Кастель написав, що шість із поданих справ виявилися не існуючими судовими рішеннями з фальшивими цитатами.

Під час розгляду кількох документів з'ясувалося, що дослідження підготував не Пітер Лодука, адвокат позивача, а його колега з тієї ж юридичної фірми. Стівен Шварц, який працює адвокатом понад 30 років, використовував ChatGPT для пошуку подібних попередніх справ. У своїй письмовій заяві пан Шварц уточнив, що пан Лодука не брав участі в дослідженні та не знав, як воно проводилося. Пан Шварц додав, що «дуже шкодує», що покладався на чат-бот, який, за його словами, ніколи раніше не використовував для юридичних досліджень і «не знав, що його вміст може бути неправдивим». Він пообіцяв ніколи не використовувати ШІ для «доповнення» своїх юридичних досліджень у майбутньому «без абсолютної перевірки його автентичності». Скріншоти, додані до заяви, показали розмову між паном Шварцем і ChatGPT. «Чи справжня справа Varghese», – йдеться в одному з повідомлень, у якому йдеться про Varghese проти China Southern Airlines Co Ltd, одну зі справ, яку не міг знайти жоден інший юрист. ChatGPT відповів, що так, це спонукає «S» запитати: «Яке ваше джерело». Після «подвійної перевірки» ChatGPT знову відповідає, що випадок реальний і його можна знайти в юридичних

довідкових базах даних, таких як LexisNexis і Westlaw. Там було сказано, що й інші випадки, надані пану Шварцу, також є реальними. [3]

Як наслідок, суд зобов'язав Стівена Шварца, його фірму «Levidow, Levidow & Oberman» та його колегу Пітера ЛоДуку сплатити штраф розміром 5000 \$ [4].

Відповідальність, пов'язана з використанням ШІ, наразі законодавчо не закріплена та більшість спорів вирішуються у практичній площині. Вказаний кейс зобов'язує адвокатів відповідально ставитися до правил надання професійної правничої допомоги, оскільки, як ми бачимо, суддя навіть не розглядав питання відповідальності розробника ChatGPT. В даному випадку є процесуальний закон, яким передбачена процесуальна відповідальність учасників справи, а також є сторони договору: адвокат та клієнт, і всі питання відповідальності розглядатимуться виключно у контексті його виконання.

Потрібно розуміти, що ШІ, в тому числі такі програми як ChatGPT, можуть помилятися у своїх відповідях. Тому, при роботі з інформацією, яку надає ШІ, адвокат зобов'язаний перевіряти її у першоджерелах, а у договорі з клієнтом передбачити окремий пункт договору, чи дозволяє клієнт адвокату використовувати при надання правничої допомоги ШІ та в якому обсязі. За виконання цих умов ШІ може стати вагомим допоміжним інструментом.

Література

1. Сидорович Р. Штучний інтелект: нова ера чи кінець юридичної професії? *Юридична газета*, 19 травня 2023. №3–6 (761–764). URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/informaciyne-pravo-telekomunikaciyi/shtuchniy-intelekt-nova-era-chi-kinec-yuridichnoyi-profesiyi.html>.
2. ChatGPT. URL: <https://uk.wikipedia.org/wiki/ChatGPT>.
3. ChatGPT: US lawyer admits using AI for case research. URL: <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-65735769>.
4. Адвокати ChatGPT: які виклики постають перед адвокатами. URL: <https://justtalk.com.ua/post/advokati-chatgpt-yaki-vikliki-postayut-pered-advokatami>.
5. Guidelines and Regulations to Provide Insights on Public Policies to Ensure AI's Beneficial Use as a Professional Tool URL: https://www.ibanet.org/PPID/Constituent/Multi-displry_Pract/anlbs-ai-report.

Павлуненко К.,
*адвокат, керуючий партнер АО «Павлуненко та партнери»,
Сертифікований аудитор*

КОНФЛІКТИ В ДІЯЛЬНОСТІ АДВОКАТА ТА УПРАВЛІННЯ НИМИ

Конфлікт (від лат. *conflictus* — зіткнення) визначається в психології як відсутність згоди між двома або більше сторонами.

Тому, безпосередньо особливістю адвокатської діяльності є те, що остання здійснюється переважно в конфліктному середовищі, де так чи інакше перетинаються інтереси учасників відносин.

Широкомасштабна агресія сама по собі створює конфліктне середовище також, бо життя та праця адвокатів в умовах воєнного стану також передбачають постійне зіткнення із порушенням прав, нерівністю, тощо. І в цих умовах саме на адвоката покладається обов'язок знаходити в собі виважений підхід та випрацьовувати здатність до допомоги в нівелюванні конфліктних ситуацій.

Тому на сьогодні найчастіше спостерігаємо наступні конфлікти:

- Внутрішній.
- З клієнтом (різна правова позиція, бачення.....).
- Особистих інтересів з інтересами клієнта (конфлікт інтересів).
- Конфлікт з колегою/представником опонента.
- Участь у конфлікті клієнта.
- Вплив соціальних конфліктів (в тому числі, що породженні сьогоденням).

Та їх основними причинами є відмінність інтересів, психологічні особливості, розподіл ресурсів, відмінність цінностей, відмінність світосприйняття.

Правове регулювання запобігання виникненню конфлікту інтересів в Україні зосереджено в нормах Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (далі – Закон) та Правилах адвокатської етики, затверджених Звітно-виборним з'їздом адвокатів України 2017 р. 09.06.2017 р., зі змінами, затвердженими З'їздом адвокатів України 2019 р. 15.02.2019 р. (далі – ПАЕ).

У науковій літературі домінуючим є підхід, за яким конфлікти інтересів поділяються на такі види:

- конфлікти інтересів, що виникають між інтересами клієнта та інтересами адвоката;
- конфлікти інтересів між інтересами клієнтів, справи яких веде адвокат;
- змішані.

Також за ознакою реальності можна виділити такі види конфлікту інтересів:

- реальний конфлікт інтересів (ідентифіковано учасників конфлікту інтересів, галузь, де в кожного з них є свої власні інтереси, і визначено безпосередньо їх взаємосуперечливі інтереси);
- потенційний конфлікт інтересів (ідентифіковано учасників конфлікту інтересів, галузь, де в кожного з них є свої власні інтереси, і визначено безпосередньо їх інтереси, які на даний момент не суперечать один одному, але за певних умов можуть стати взаємосуперечливими);

– уявний конфлікт інтересів (ідентифіковано учасників, у яких можуть виникнути конфлікт інтересів, галузь, де в кожного з них є свої власні інтереси, і визначено безпосередньо їх інтереси, які формально хоч і не суперечать одне одному, але у стороннього спостерігача складається враження, що існує конфлікт інтересів).

Уявний конфлікт інтересів існує в країнах з дуже високим рівнем стандартів етичної поведінки, і його запровадження там пов'язано із гіпотезою, що сприйняття пересічною особою певної поведінки іншої особи, як порушення, за яке відсутня відповідальність, шкодить інтересам суспільства не менше, ніж реальне порушення. В українському законодавстві, що стосується адвокатської діяльності, такого виду не запроваджено, проте це не означає, що він не може з'явитися.

У п. 8 ст. 1 Закону «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» надано визначення основному конфлікту – конфлікту інтересів, під яким розуміється суперечність між особистими інтересами адвоката та його професійними правами і обов'язками, наявність якої може вплинути на об'єктивність або неупередженість під час виконання адвокатом його професійних обов'язків.

Важливо зауважити, що безпосередньо виникнення конфлікту інтересів не є протизаконним і не утворює самостійного складу правопорушення. Визначальними є дії адвоката, спрямовані на попередження виникнення конфлікту інтересів, та дії адвоката в умовах конфлікту інтересів, якщо вже такий виник.

Так, п. 3 ч. 1 ст. 21 Закону встановлює обов'язок адвоката під час здійснення адвокатської діяльності невідкладно повідомляти клієнта про виникнення конфлікту інтересів.

Також встановлено певні заборони. Адвокату, адвокатському бюро або адвокатському об'єднанню забороняється укладати договір про надання правової допомоги у разі конфлікту інтересів (абз. 1 ч. 1 ст. 28 Закону).

Адвокату забороняється укладати договір про надання правової допомоги і він зобов'язаний відмовитися від виконання договору, укладеного адвокатом, адвокатським бюро або адвокатським об'єднанням, у разі, якщо:

– виконання договору може суперечити інтересам адвоката, членів його сім'ї або близьких родичів, адвокатського бюро або адвокатського об'єднання, засновником (учасником) якого він є, професійним обов'язкам адвоката, а також у разі наявності інших обставин, що можуть призвести до конфлікту інтересів;

– адвокат надає правову допомогу іншій особі, інтереси якої можуть суперечити інтересам особи, яка звернулася щодо укладення договору про надання правової допомоги (п. 6, 7 абз. 2 ч. 1 ст. 28 Закону).

Вказані положення Закону знайшли свій розвиток у ПАЕ та були відображені в узагальненні дисциплінарної практики кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури щодо конфлікту інтересів,

затвердженому рішенням Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури № Х-017/2019 від 04.10.2019 р. (далі – Узагальнення).

В Узагальненні звернуто увагу на те, що дотримання адвокатом принципу неприпустимості конфлікту інтересів забезпечується на всіх етапах діяльності адвоката.

На стадії прийняття доручення клієнта (ст. 20 ПАЕ). Адвокат не має права прийняти доручення, якщо інтереси клієнта об'єктивно суперечать інтересам іншого клієнта, з яким адвокат пов'язаний договором про надання правової допомоги. Адвокат не має права прийняти доручення також якщо конфлікт інтересів пов'язаний з тим, що адвокат отримав від іншого клієнта конфіденційну інформацію, що охоплюється предметом адвокатської таємниці або захищається законодавством в інший спосіб, яка має перспективу бути використаною при наданні правової допомоги новому клієнту. Ці обмеження не застосовуються в конкретному випадку за письмовою згодою клієнта (клієнтів), інтереси якого (яких) представляє адвокат та є суперечливими.

На вимогу клієнта до укладення договору про надання правової допомоги адвокат (адвокатське бюро, адвокатське об'єднання) також має повідомити клієнту обставини, що можуть вплинути на можливе виникнення конфлікту інтересів. Таке інформування відповідно до ч. 1 ст. 16 ПАЕ, в тому числі, забезпечує вільний вибір клієнтом адвоката.

У процесі виконання доручення клієнта (ст. 34 ПАЕ). У випадку, коли адвокат дізнався про існування конфлікту інтересів між інтересами цього та інших клієнтів, а також інших осіб за обставин, зазначених у ст. 20 ПАЕ, він повинен розірвати договір з клієнтом (чи кількома з клієнтів) та/або особою, яка уклала договір в інтересах клієнта, якщо не буде отримано відповідної письмової згоди клієнта (клієнтів) на подальше представництво його (їх) інтересів цим адвокатом.

Після виконання доручення клієнта (ч. 2 ст. 35 ПАЕ). Обов'язки адвоката, що впливають з принципу уникнення конфлікту інтересів, продовжують діяти і після завершення виконання адвокатом договору.

Статтею 20 Правил адвокатської етики чітко не визначено, коли саме закінчується термін адвоката на представництво, тому у будь-якому випадку адвокат повинен дотримуватися усіх заходів для уникнення конфлікту інтересів між новим та попереднім клієнтами. Закінчення стр. дії довіреності не свідчить про те, що конфіденційна інформація, яка стала відомою адвокату від попереднього клієнта, не може бути використаною для нового клієнта. Від адвоката вимагається отримання письмового погодження від клієнта. За відсутності письмового погодження клієнта, у разі виникнення конфлікту інтересів у процесі реалізації адвокатом договору, такий договір має бути розірваний. Верховний Суд звертає увагу позивача на те, що обов'язки адвоката, що впливають із принципу уникнення конфлікту інтересів, продовжують діяти і після завершення виконання адвокатом договору(постанова КАС ВС від 26.11.2020 р. у справі №818/1718/17).

Крім того, варто зазначити, що ПАЕ передбачено обмеження, які застосовуються на будь-якому етапі діяльності адвоката (ст. 9 ПАЕ). Адвокат без письмового погодження з клієнтами, щодо яких виник конфлікт інтересів, не може представляти або захищати одночасно двох або більше клієнтів, інтереси яких є взаємно суперечливими, або вірогідно можуть стати суперечливими, а також за таких обставин надавати їм професійну правничу (правову) допомогу. У разі отримання адвокатом конфіденційної інформації від клієнта, якому він надавав професійну правничу (правову) допомогу, пов'язаної з інтересами нового клієнта при наданні правничої допомоги, адвокат зобов'язаний отримати письмове погодження клієнтів, між якими виник конфлікт інтересів. Адвокат без письмового погодження з клієнтом, щодо якого виник конфлікт інтересів, не може представляти, захищати клієнта чи надавати йому професійну правничу (правову) допомогу, якщо інтереси клієнта суперечать власним інтересам адвоката. За відсутності письмового погодження клієнта, в разі виникнення конфлікту інтересів в процесі реалізації адвокатом договору, такий договір має бути розірваний з дотриманням умов, визначених цими Правилами.

Крім вже вказаних норм, ПАЕ у ст. 39 передбачають особливості застосування правил щодо конфлікту інтересів у відносинах з клієнтом – юридичною особою. Так, якщо у спілкуванні з посадовими особами, службовцями та іншими працівниками клієнта – юридичної особи, пов'язаному з наданням професійної правничої (правової) допомоги цьому клієнту, стає очевидним, що виникає ситуація конфлікту інтересів, адвокат повинен повідомити, що він представляє клієнта – юридичну особу і пояснити свої обов'язки, пов'язані з конфліктом інтересів. У період дії договору про надання правової допомоги клієнту – юридичній особі адвокат не повинен укладати договорів про надання правової допомоги з особами, які перебувають у трудових, цивільно-правових та інших правовідносинах з клієнтом, якщо це може суперечити інтересам клієнта – юридичній особі. Також адвокат не повинен укладати договори про надання правової допомоги із вищезазначеними особами, якщо він є носієм конфіденційної інформації, отриманої при наданні правової допомоги юридичній особі. Адвокат не може приймати доручення від клієнта, якщо суть доручення зводиться до необхідності вчинення дій в інтересах такого клієнта, спрямованих на захист його прав, які перебувають в конфлікті інтересів з юридичною особою, в якій адвокат раніше працював, або надавав професійну правничу (правову) допомогу, якщо адвокат володіє інформацією, що може бути використана проти такої юридичної особи.

Якщо при наданні правової допомоги клієнтам адвокат використовував інформацію, отриману від цих клієнтів та з відкритих джерел. Сам факт попередньої роботи адвоката в юридичній особі не може бути оцінений як беззаперечне свідчення виникнення конфлікту інтересів при наданні правової допомоги фізичним особам, які є

опонентами такої юридичної особи (постанова КАС ВС від 16.07.2019 р. у справі № 826/7394/16).

Відповідно, адвокату необхідно проявити уважність та пильність на кожному етапі своєї діяльності: на стадії прийняття доручення клієнта, в процесі його виконання та після завершення виконання доручення клієнта при укладенні договорів з новими клієнтами на предмет можливого виникнення конфлікту інтересів.

Основними інструментами для «погашення» конфлікту клієнта є: виявлення інтересів клієнта; техніка рефреймінгу (мета – подивитися на факти з іншої точки зору, розставити інакші акценти); техніка Гарвардських переговорів (мета – знайти найкраще співвідношення затрати/результат). Додатковими: активне слухання; сократівська методика; Бачення. Поточна ситуація. Перешкоди. Підсумки; BATNA/WATNA (зона торгів/довіри); Система координат; Аналіз проблемних ситуацій S.C.O.R.E. (інструмент роботи з проблемними ситуаціями); техніка «5-ти чому» (розроблена засновником концерну Toyota Сакічі Тойода, ставлячі питання «Чому?» п'ять разів поспіль визначається характер проблеми та стає зрозумілим рішення); техніка Уолта Діснея (базується на тому що у кожному з нас є Мрійник, Реаліст, Критик. Творчість як процес має на увазі внутрішню їх координацію).

І кожному адвокату слід не забувати, що високе звання адвоката не втрачається протягом всього життя, не зважаючи на те, чи виконуєте ви в цю хвилину адвокатські обов'язки, чи просто несете таке високе звання, що зобов'язує.

Панфілова Д.,

*канд. юрид. наук, адвокат, керівниця АБ «Панфілова та Партнери»,
адвокат-волонтер Волонтерського руху «Адвокати ЗСУ»,
м. Харків, Україна*

ОСНОВИ ЗАХИСТУ ПРАВ ВІЙСЬКОВОСЛУЖБОВЦІВ ТА ЇХ РОДИН АДВОКАТОМ (ПРАВОВИЙ СТАТУС ОСІБ, ЗНИКЛИХ БЕЗВІСТИ ЗА ОСОБЛИВИХ ОБСТАВИН ТА ВІЙСЬКОВОПОЛОНЕНИХ)

З початком повномасштабного вторгнення на територію України набула неабиякого значення робота адвокатів у сфері захисту прав військовослужбовців та їх родин. Усі адвокати почали адаптацію до нових реалій та воєнного стану. Водночас, особливо важливими стали ефективність, оперативність та своєчасність надання правової допомоги, належна апробація правових норм, розбудова нових механізмів правозастосування. Більш того, непоодинокими стали випадки зникнення безвісти військовослужбовців під час виконання бойових /спеціальних завдань та потрапляння в полон – що, своєю чергою, потребує оперативного та кваліфікованого реагування адвоката.

Доцільно зупинитись на найважливіших основах захисту військовослужбовців та їх родин у вищевказаному контексті адвокатом.

Так, правове підґрунтя яке доцільно враховувати під час надання правничої допомоги у цій сфері та розуміння особливості статусу «зниклий безвісти за особливих обставин» та «полонений, позбавлений особистої свободи державою-агресором»:

- Закон України «Про правовий статус осіб, зниклих безвісти за особливих обставин» від 12 липня 2018 р. № 2505-VIII;

- Закон України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей» від 20 грудня 1991 р. № 2011-XII;

- Положення «Про територіальні центри комплектування та соціальної підтримки»;

- Постанова Кабміну від 28 лютого 2022 р. № 168 «Питання деяких виплат військовослужбовцям, особам рядового і начальницького складу, поліцейським та їх сім'ям під час дії воєнного стану»;

- Постанова Кабміну від 29 квітня 2022 р. № 511 «Деякі питання виконання Закону України «Про правовий статус осіб, зниклих безвісти за особливих обставин»;

- Постанова Кабміну від 30 листопада 2016 р. № 884 «Про затвердження Порядку виплати грошового забезпечення сім'ям військовослужбовців, захоплених у полон або заручниками, а також інтернованих у нейтральних державах або безвісно відсутніх»;

- Наказ Міноборони від 07.06.2018 р. № 260 «Про затвердження Порядку виплати грошового забезпечення військовослужбовцям Збройних Сил України та деяким іншим особам»;

- Наказ Міноборони від 05.06.2001 р. № 185 «Про додаткові заходи щодо організації поховання військовослужбовців, які загинули (померли) під час проходження військової служби»;

- Інструкція про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права в ЗСУ;

- Інструкція з пошуку та транспортування тіл (останків) загиблих, померлих (зниклих безвісти) під час проведення антитерористичної операції на території Донецької та Луганської областей;

- Інструкція про організацію поховання військовослужбовців, які загинули (померли) під час проходження військової служб та інш.

Також має значення своєчасне звернення до органів та інституцій з метою розшуку зниклого безвісти або повернення з полону військовослужбовця.

Провідними адресатами до яких звертатиметься адвокат мають бути:

1. Національна поліція України (rozshuk_znyklyh@police.gov.ua; «102»; або подаємо заяву по місцю проживання у найближчий відділ поліції). Рідні першого кола кровного споріднення обов'язково здають ДНК.

2. Національне інформаційне бюро (<https://nib.gov.ua/>, info@nib.gov.ua, вул. Є. Коновальця 36-Б літ. А2, м. Київ, 01133).

3. Координаційний штаб з питань поводження з військовополоненими (<https://koordshtab.gov.ua/> м. Київ вул. Спаська, 37; koord.shtab@gmail.com).

4. Об'єднаний центр СБУ з координації пошуку та звільнення незаконно позбавлених волі осіб внаслідок збройної агресії РФ (<https://ssu.gov.ua/obiednanyi-tsentri-z-koordinatsii-poshuku-ta-zviltrennia-nezakonno-pozbavlenykh-voli-osib-vnaslidok-zbroinoi-ahresii-rf>, united_center@ssu.gov.ua)

5. Уповноважений Верховної Ради України з прав людини (hotline@ombudsman.gov.ua).

6. Міжнародний Комітет Червоного Хреста (МКЧХ), Бюро Центрального агентства Міжнародного Комітету Червоного Хреста з розшуку для міжнародного збройного конфлікту в Україні (Бюро ЦАР; <https://blogs.icrc.org/ua/2022/06/14/poshuk-znykli-bezvisty-chervoniy-hrest-2022/>).

7. Робоча група ООН (<https://koordshtab.gov.ua/%D1%8F%D0%BA-%D0%B7%D0%B2%D0%B5%D1%80%D0%BD%D1%83%D1%82%D0%B8%D1%81%D1%8F-%D0%B4%D0%BE-%D1%80%D0%BE%D0%B1%D0%BE%D1%87%D0%BE%D1%97-%D0%B3%D1%80%D1%83%D0%BF%D0%B8-%D0%BE%D0%BE%D0%BD>).

Також важливою є виважена комунікація з військовою частиною:

1. Подаємо заяву про виплату грошового забезпечення захопленого в полон.

2. Запитуємо копії документів, що пов'язані із військовою службою оборонця:

– витяг з наказу про зарахування до особового складу частини військовослужбовця;

– витяг з наказу, який засвідчує факт потрапляння в полон/зникнення безвісти оборонця;

– довідку про нараховане та фактично виплачене грошове забезпечення з дати потрапляння в полон/зникнення безвісти.

Адвокати мають також проводити правороз'яснювальну роботу своїм клієнтам, та пояснювати важливі основи:

– не публікувати та не передавати фото у військовій формі, з нашивками, з побратимами, зі зброєю, на фоні воєнних об'єктів;

– не повідомляти військові посади, звання, позивні;

– не передавати фото документів, пов'язаних із військовою службою та фото документів, що посвідчують особу;

– не повідомляти посади, позивні командирів та побратимів, які були разом із людиною, яку ви шукаєте.

У оборонця може бути легенда, або він може переховуватися у місцевих жителів. Важливо не допомагати ворогу, надаючи йому необхідну інформацію. Дотримання адвокатами базових вищевказаних основ реагування на запити від військовослужбовців та їх родин

забезпечить високий рівень ефективного захисту та дозволить повернути всіх оборонців додому.

Пасенюк О.,

*Президент Всеукраїнської асоціації адміністративних суддів,
Голова Вищого адміністративного суду України (2004–2011),
суддя Конституційного Суду України у відставці,
професор кафедри адміністративного права та процесу
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
віце-Президент Світового конгресу українських юристів,
заслужений юрист України*

СТРАТЕГІЯ І ТАКТИКА АДВОКАТА В АДМІНІСТРАТИВНОМУ СУДОЧИНСТВІ

Необхідність дослідження стратегії і тактики адвоката в адміністративному судочинстві виникла після відродження класичної адміністративної юрисдикції з прийняттям в липні 2005 р. Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України), побудові в Україні системи адміністративних судів.

Чому відродження? Тому що тільки під час існування Української Народної Республіки доби Української Центральної Ради (далі – УНР), Української Держави Гетьмана Павла Скоропадського, Директорії УНР, тобто упродовж нетривалого періоду національної державності у 1917–1920 роках, в Україні функціонували адміністративні суди, які розглядали і вирішували публічно-правові спори за участю суб'єктів владних повноважень. В Україні в ті часи започатковувались інститути адміністративної юстиції, а адміністративне судочинство є процесуальною складовою адміністративної юстиції. Тобто, урегульованою законом діяльністю адміністративних судів щодо розгляду та вирішенню адміністративних справ.

З перших років незалежності нашої держави питанням запровадження адміністративної юстиції, адміністративної юрисдикції, адміністративного судочинства в Україні приділялось значно більше уваги, чим за весь період знаходження України у складі СРСР.

До недавнього часу науковці і практичні працівники вивчали стратегію і тактику адвоката тільки в розрізі кримінального і цивільного процесів. І навіть після прийняття КАС України стратегія і тактика сторін, та їх представників, в тому числі – і адвокатів була не на часі внаслідок відсутності судової практики розгляду адміністративних справ. Сьогодні адміністративному судочинству 23 роки, напрацьована судовою практикою, багато в чому удосконалені процедури і механізми в новій редакції КАС України, – тобто вже можна говорити про вивчення стратегії і тактичних прийомів адвокатів, які застосовували останні в ході судового розгляду адміністративних справ.

Якщо говорити загалом про стратегію і тактику адвоката в адміністративному судочинстві, то вона в багатьох аспектах схожа із стратегією адвоката в цивільному судочинстві. Чому? Тому що Цивільно-процесуальний кодекс України /далі ЦПК України/ і КАС України приймались Верховною Радою України одночасно /в одному пакеті/ у липні 2005 року. Обидва проекти Кодексів були уніфіковані, а якщо точніше – то КАС України був уніфікований з ЦПК України, втративши при цьому деякі спеціальні механізми захисту особи у спорах із державою. Але головне: мета була досягнута – КАС України був прийнятий.

Але, незважаючи на деяку подібність стратегії і тактичних прийомів, які застосовуються адвокатом в адміністративному і цивільному процесах, – стратегія і тактика в адміністративному судочинстві має свої особливості, притаманні тільки адміністративному судочинству.

Щодо стратегії і тактики судового розгляду справ, зокрема справ в адміністративному судочинстві, тактики сторін та адвокатів зі сторони позивача і відповідача, – тут існують різні погляди.

Так, на думку одних, в процесі розгляду будь-якої справи, в тому числі і адміністративної, достатньо точного і неухильного дотримання процесуального законодавства, а в нашому випадку – процесуального порядку, передбаченого нормами КАСУ, а також судової практики Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду і Великої Палати Верховного Суду, – адміністративним судом і всіма учасниками справи, – і цього буде достатньо.

Ніби тільки в цьому і повинна полягати стратегія і тактика при розгляді справи в адміністративному судочинстві. Існує також думка, що у суду/судді/ не може бути своєї особистої стратегії і тактики, але вона може бути у сторін, а також у адвокатів як представників позивача або відповідача.

Але, як підтверджує повсякденна практика розгляду справ у судах, в тому числі і в порядку адміністративного судочинства, незважаючи на те, що порядок судового розгляду детально регламентований законом, – в його перебігу у кожній адміністративній справі виникає ряд стратегічних і тактичних завдань, законодавче вирішення яких неможливе, бо законодавець неспроможний передбачити і врахувати усі особливості конкретної адміністративної справи.

За межами законодавчої регламентації залишаються такі питання, як порядок дослідження доказів, послідовність допиту свідків, вирішення питання про необхідність призначення експертиз, критерії аналізу матеріалів справи тощо. Усі ці і подібні питання, що виникають у суді при розгляді адміністративної справи, мають тактичний характер і повинні вирішуватися не тільки на основі суб'єктивного підходу, а із врахуванням судової практики і відповідних наукових рекомендацій.

Тому, і тим більше в умовах змагального судового розгляду адміністративної справи, необхідно розглядати не лише стратегію і тактику власне судового розгляду, а в її структурі виокремлювати

взаємопов'язані та взаємообумовлені стратегічні і тактичні підсистеми сторін та їх адвокатів, а також – суду, тому що перед судом і перед кожною із сторін стоять різні функціональні завдання і цілі, що досягаються ними як однорідними, так і специфічними процесуальними та тактичними шляхами.

Також треба мати на увазі, що в адміністративному процесі нерідко у випадках, встановлених законом, Уповноваженому Верховної Ради України з прав людини, державним органам і органам самоврядування, а також прокурору надано право звертатися до адміністративного суду в інтересах інших осіб, які не можуть самостійно здійснювати захист своїх інтересів, а також в інтересах держави/ст.53 КАСУ/.

Що обумовлює свою специфіку стратегії і тактики цих органів та їх представників в судовому адміністративному процесі, яка може залежати/регламентуватися/ нормами галузевих законів. І специфіку стратегії і тактики адвоката, якщо він приймає участь у таких справах.

Тому, я хочу трошки розширити нашу тему, що стосується стратегії і тактики адвоката в адміністративному судочинстві і розглянути її у взаємодії з стратегією і тактикою суду.

Давайте розберемось, що таке – стратегія і тактика в судовому процесі, зокрема – в адміністративному судочинстві.

Поняття стратегії за своїм змістом значно ширше поняття тактики, стратегія – це своєрідний коридор використання різних тактик. Під стратегією розуміють сукупність орієнтирів і обмежень, які визначають напрямок розгляду адміністративної справи, розвиток взаємовідносин учасників адміністративного процесу у відповідності з поставленою метою. Стратегія – це більше ніж прогноз, це передбачення або не передбачення певного результату, певних наслідків, це-програма дій на перспективу. Тактика у суді – це концептуальна дія, система прийомів, які здійснюються під час розгляду адміністративної справи у вигляді одного або більшої кількості конкретних завдань, логічно побудованих процесуальних дій, як передбачених КАСУ, так і відсутніх в процесуальному кодексі, які сприяють всесторонньому та швидкому розгляду адміністративної справи.

При законному, об'єктивному, професіональному/без зловживань/ використанні цих тактичних прийомів.

Також слід зазначити, що основним стратегічним завданням адміністративного процесу (адміністративного судочинства) і істотно – адміністративного суду – є захист (визнання, відновлення) прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб від порушень, допущених у публічно-правових (адміністративно-правових) відносинах суб'єктами владних повноважень (ч. 1 ст. 2 КАС України).

Застосовувані в суді процесуальні засоби та тактичні /практичні/прийоми орієнтовно можна поділити на три групи:

- ті, що здійснюються судом без врахування думок сторін, адвоката та узгодження з ними;

- ті, що ставляться в суді на обговорення, в тому числі з погодженої ініціативи сторін та адвокатів, і реалізація яких безпосередньо опосередковується судовим рішенням;

- ті, що застосовуються адвокатом за власною ініціативою без посередництва суду.

Розбираючи ці три умовні групи судових тактик в адміністративному процесі, слід зазначити, що суд /головуючий у судовому засіданні/ займає лідируючу позицію при розгляді адміністративної справи/ незважаючи на те, що стороною у справі може бути, наприклад, Президент України або Кабінет Міністрів України тощо/ – і багато процесуальних дій, передбачених КАСУ, здійснюються судом без узгодження зі сторонами або їх адвокатами.

Це перша група тактичних прийомів, наприклад:

- відкриття судового засідання,

- забезпечення додержання послідовності та порядку вчинення процесуальних дій;

- спрямування судового розгляду на забезпечення повного, всебічного та об'єктивного з'ясування всіх обставин адміністративної справи, усуваючи із судового розгляду все, що не має значення для вирішення справи;

- виклик за своєю ініціативою свідків,

- витребування доказів,

- призначення експертиз,

- зупинення розгляду справи,

- оголошення перерви під час судового засідання тощо.

До узгоджених тактичних прийомів, які застосовуються сторонами або їх адвокатами другої групи можна віднести:

- висловлювання своїх думок про можливість судового розгляду адміністративної справи;

- про форму адміністративного судочинства;

- щодо обсягу доказів, які будуть досліджуватись у суді, та порядку їх дослідження; з приводу клопотань, заявлених учасниками судового розгляду;

- стосовно питань, які слід поставити експерту, в разі призначення експертизи в суді;

- про виклик нових свідків;

- витребування доказів;

- заявлення відводів тощо.

В межах даних тактичних ходів сторони та їх адвокати можуть надавати і надають, в залежності від обраної стратегії та тактичної ситуації, доказовий або спростований характер тому чи іншому прийому або засобу своїх дій. І суд має це врахувати, з огляду на вимогу КАСУ створювати необхідні умови для виконання сторонами їх процесуальних обов'язків і здійснення наданих їм прав/ ч. 3 ст. 196 КАСУ/. Проте останнє слово тут завжди залишається за судом.

До тактичних прийомів третьої групи, що використовуються сторонами та їх адвокатами з власної ініціативи і не опосередковуються судовим рішенням належать: узгодження стороною і адвокатом спільної позиції у справі та вироблення стратегії і тактики на судовий розгляд; планування дій і рішень, які необхідно здійснити в ході судового розгляду з метою довести або спростувати позицію іншої сторони; послідовність, обсяг та зміст цих дій/ наприклад, що слід з'ясувати у свідка, які питання йому поставити, коли і як узгодити постановку певних питань із оглядом документів; корекція плану і його реалізації в ході судового розгляду в залежності від ситуації, що склалася; подавати і коли саме – самостійно зібрані докази чи не подавати їх взагалі; побудова системи аналізу доказів в дебатах сторін тощо.

Стратегія, особливо тактичні кроки суду/ головуючого у справі/ дуже часто співпадають або схожі за змістом і наповненням під час розгляду адміністративної справи із стратегією і тактикою сторін та їх адвокатів, коли мета у них одна – винесення об'єктивного, законного рішення у розумні строки. Говорячи про стратегію і тактику суду в адміністративному процесі, необхідно враховувати особливості застосування принципів адміністративного судочинства, які полягають у тому, що обставини в адміністративній справі суд може встановлювати на підставі не лише доказів, зібраних сторонами і адвокатами або за їх ініціативою, а й доказів, зібраних судом з власної ініціативи. Забезпечення принципу змагальності і офіційності полягає в більш активній ролі суду. По-перше, це дає змогу врівноважити можливості людини, яка зазвичай необізнана у тонкощах юриспруденції, і суб'єкта владних повноважень, а, по-друге, предмет публічно-правового спору найчастіше стосується публічних інтересів – тобто широкого кола осіб.

Крім того, специфіка доказування в адміністративному судочинстві полягає в тому, що в адміністративних справах про протиправність рішень, дій чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень обов'язок доведення правомірності свого рішення/ дії чи бездіяльності/ покладається на відповідача, якщо він заперечує проти адміністративного позову (ч. 2 ст. 77 КАСУ). Невиконання обов'язку відповідача довести правомірність своїх рішень, дій чи бездіяльності, – не звільняє адміністративний суд від обов'язку ухвалити справедливе і прав правосудне рішення. Таким чином, такий тактичний хід відповідача не може вплинути позитивно на позицію суду в інтересах останнього. Це повинен усвідомити адвокат при розгляді адміністративної справи.

Серед науковців і практиків така особливість доказування одержала назву «презумпція вини відповідача». Таким чином, тактика і стратегія адвоката при розгляді адміністративної справи може співпадати з стратегією і тактикою суду при реалізації принципів адміністративного судочинства.

Стратегія і тактика суду відображає комунікативну поведінку основного учасника судового адміністративного процесу – судді

(головуючого у справі), якому належить ініціативна роль в комунікації як до розгляду справи, так і під час слухання справи, а також – після проголошення рішення.

Суд повинен донести до всіх учасників адміністративної справи слідуєчу інформацію, яку необхідно враховувати всім під час роботи із судом, незважаючи на свої напрацьовані стратегії і тактики:

- суддя – це людина, яка вирішує вашу справу, а не свою;
- суддя – «хазяїн процесу»/ останнє слово завжди залишається за судом/;
- суддя – посадова особа , яка діє на підставі Закону і Конституції ;
- із суддею не можна сперечатися, а потрібно переконувати;
- рішення, більшість ухвал суду / при незгоді/ можна оскаржити;
- суддя, який не влаштовує сторону та її адвоката, може бути замінений/ право на відвід/. Новий суддя буде слухати справу спочатку.

Суд у комунікації із учасниками адміністративного процесу повинен боротися із можливими зловживаннями адвокатів: не допускати з їх сторони – стратегії самопрезентації, агітаційної стратегії, стратегії дискредитації і маніпулювання.

В той же час, можлива реалізація стратегій між особистого спілкування, що може призвести до позитивного результату, наприклад, примирення /ст.190 КАСУ/, врегулювання спору за участі судді /глава 4 КАСУ/ тощо.

Ще раз звертаю увагу, що у багатьох випадках стратегія і тактичні кроки суду і адвоката, як представника сторони, в адміністративному процесі – можуть співпадати.

Наприклад, суд і адвокат, як представник сторони, комунікують між собою, пропонують компроміси, обирають однакові тактичні прийоми дослідження доказів, витребування доказів, визначають черговість допиту свідків; щодо письмових доказів – витребування оригіналів; призначають експертизи в суді , ставлячи питання перед експертами, очікуючи результати, які влаштовують обидві сторони і суд тощо.

Іноді співпадають стратегія і тактики адвокатів, як представників позивача і адвокатів, як представників відповідача:

- подання клопотань по одним і тим же підставам, оскарження дій суду, відвід судді;
- тактики затягування слухання справи / оскарження ухвал суду під час судового розгляду, залучення перекладача, створення поважних причин для відкладення справи, оголошення перерви,
- клопотання про призначення додаткових експертиз або призначення експертиз з питань, не маючих відношення до справи чи маючих лише дотичне відношення, тощо;
- тактики роботи з експертами – використання запитань, які не мають відповіді; тощо.

Існують і окремі характерні тактичні прийоми адвокатів, які представляють, наприклад , відповідача:

- підготовка і подання зустрічного позову,
- залучення третіх осіб тощо;
- або адвоката, який захищає інтереси позивача: подача позову не з метою досягти винесення рішення, а з метою спонукати контрагента на ведення переговорів/ зтягування судового процесу з надією, що вдасться домовитись, і при досягненні мети – відмова позивача від позову на будь-якій стадії судового процесу.

Стратегії сторін та їх адвокатів бувають різноманітними, а мета таких стратегій одна – досягти винесення рішення суду в інтересах особи, яку представляє адвокат.

Умовно можна класифікувати ці стратегії на: 1) пояснювальна стратегія; 2) організаційна стратегія; 3) аргументативна стратегія.

Пояснювальна стратегія – це надання сторонами або їх представниками – адвокатами в ході розгляду адміністративної справи дефініцій, наведення прикладів, абстрагування, конкретизація, узагальнення тощо.

Організаційна стратегія адвоката полягає в організації спільних дій учасників спілкування в ході слухання адміністративної справи; ця стратегія може бути реалізована – тактиками привернення уваги, запитаннями, запереченнями, закликами тощо.

Аргументативна стратегія адвоката будується на логічному доведенні своєї позиції до кінця. Для реалізації цієї стратегії використовують тактики – посилення на факти, судову практику, наведення аргументів «за» і «проти», протиставлення, повтори, цитування тощо.

Ця стратегія використовується в основному в дебатах сторін. Але може використовуватися також при аргументації певного клопотання: виклику свідків, витребуванні доказів, призначенні експертиз, відкладенні справи і таке інше.

Звернемо увагу на деякі стратегії і тактичні прийоми сторін та їх представників/адвокатів/ в адміністративному процесі. По-перше: подання скарг на рішення і постанови суду. Вони подаються в порядку, передбаченому КАСУ. Маються на увазі апеляційні і касаційні скарги, які подаються на остаточне рішення суду. Однак, КАСУ передбачені також ухвали, на які можуть бути подані апеляційні скарги окремо від рішення суду:

- забезпечення доказів,
- забезпечення позову,
- повернення позовної заяви,
- відмова у відкритті провадження у справі,
- відкриття провадження у справі з порушенням правил підсудності,
- передача справи до іншого суду,
- відмова поновити або продовжити пропущений процесуальний строк,
- затвердження умов примирення сторін, призначення експертизи,

- визначення розміру судових витрат,
- зупинення провадження у справі,
- залишення позову/заяви/ без розгляду ,
- заміна сторони у справі/процесуальне правонаступництво/,
- закриття провадження у справі (ст.294 КАСУ), окрема ухвала суду ст. 249 КАСУ.

Ці скарги не заважають продовженню слухання справи по суті, але в деяких випадках суд оголошує перерву у справі до закінчення розгляду апеляційної скарги, про що зазвичай клопочуть адвокати.

Тобто, в залежності від змісту і наповнення стратегії сторін та їх представників – адвокатів, вони мають широкий спектр тактичних прийомів у вигляді оскарження рішення суду.

Крім того, ст. 320 КАСУ передбачає ряд підстав для скасування ухвали суду, яка перешкоджає подальшому провадженню у справі, і направленню справи для продовження розгляду до суду першої інстанції, якщо це входить до стратегічних планів адвоката. Це: неповне з'ясування судом обставин, що мають значення для справи; недоведеність обставин, що мають значення для справи, які суд першої інстанції визнав встановленими; евідповідність висновків суду обставинам справи; неправильне застосування норм матеріального права чи порушення норм процесуального права, які призвели до неправильного вирішення питання.

По-друге: оскарження адвокатом дій судді. Це палка з двома кінцями: з однієї сторони оскарження дає змогу виправити помилки або усунути перешкоди, які допустив суддя; з другого кінця – це акт протидії судді, який впливає на подальше відношення судді до адвоката.

По-третє: справити хороше враження на суддю. Позитивне враження про особу адвоката на підсвідомості діє на суддю і налаштовує його на допомогу. Загальна ідея полягає в тому, що треба сподобатись судді. В основі цього тактичного прийому – психологія спілкування. Позитивне враження досягається культурою спілкування, дотриманням норм етики відносно судді. Це загальні принципи поведінки в суді. Додатково на сприйняття людини можуть вплинути фактори особистого характеру: симпатії , захоплення, який у судді пол/жіночий чи чоловічий/, система цінностей та інше. Для того, щоб сподобатись судді, адвокату потрібно знати його характер, мати хоча б мінімум інформації про нього.

Тут потрібні знання психології, нейролінгвістичне програмування та інші засоби встановлення психологічного контакту та маніпулювання свідомістю. Позитивний імідж сторони в суді формується також її особистим авторитетом, професійними досягненнями. Щоб суддя їх оцінив – він повинен їх знати, ці фактори треба ненав'язливо донести до свідомості судді. Джерелом інформації можуть бути свідки, представники, документи, які досліджуються в суді тощо. Судді цінують допомогу адвокатів (в силу їх професійної підготовки) в наданні систематизованих посилань/витримок із нормативних актів; особливо

якщо вони нещодавно набули чинності і не застосовувались у судовій практиці, або в них нещодавно були внесені зміни (а суддя через зайнятість міг не відслідкувати ці новації в законодавстві); в поданні мотивованих клопотань, відшуканні та витребуванні певних документів, нових доказів, які допомагають ефективно розглянути справу.

По-четверте: кардинальний тактичний хід, якщо адвокат усвідомлює, що справа може вирішитися судом не на користь особи, яку він представляє, – відвід суду (судді). Але підстави для відводу судді виключно передбачені у ст. 36 КАСУ. Незгода адвоката з процесуальним рішенням судді, рішення або окрема думка судді в інших справах, висловлена публічно, думка судді щодо того чи іншого юридичного питання не може бути підставою для відводу.

По-п'яте: тактичні ходи по затягуванню адвокатами судового процесу.

Судовий розгляд справи повинен бути законним, неупередженим та незалежним, а, крім того, не повинен затягуватися учасниками судового процесу. В тому числі й адвокатами. На таких істинах повинен будуватися весь судовий процес, в тому числі – і адміністративний, в Україні. Але у тих випадках, коли єдиним мірилом допустимості поведінки виступає власна совість, наслідки можуть бути непередбачуваними. Ось чому проблема зловживання правами і затягування судового процесу стара, як світ.

Говорячи про адміністративний процес і про сукупність процесуальних дій (і поза процесуальних), вчинених у зв'язку із розглядом й вирішенням публічно-правового спору (адміністративної справи), з урахуванням процесуальної мети, завдань суду і учасників процесу, а також поставлених перед ними стратегічних завдань і тактичних кроків необхідно враховувати стадії адміністративного процесу.

Власне, – процесуальні дії учасників справи, учасників судового процесу, адміністративного суду – об'єднані у стадії й утворюють зміст адміністративного процесу; без процесуальних дій учасників й адміністративного суду – розгляд й вирішення публічно-правового спору (адміністративної справи) неможливий, він не відбувається.

Без процесуальних дій неможливо і реалізація стратегії і тактики суду і учасників справи. Незважаючи на спільне загальне завдання судочинства – захист прав, свобод та інтересів особи, кожен вид судочинства спрямований на досягнення властивого лише йому специфічного завдання, яке підпорядковане загальному завданню.

Завданням адміністративного судочинства є захист прав, свобод та інтересів особи у публічно-правових відносинах від порушень з боку публічної адміністрації. Інакше кажучи – поновлення порушеного права. Ефективність тактичних прийомів залежить, передусім, від тактичної грамотності адвокатів, а також від тактичної грамотності процесуального супротивника. Але без взаємодії адвоката із судом всі тактичні прийоми втрачають свою ефективність.

Було так не раз, коли суддя робив неможливим реалізацію тактичних прийомів:

- незаконне відхилення мотивованих клопотань адвоката;
- ігнорування заперечень адвоката;
- допущення процесуальних спрощень;
- є випадки, коли і суд може зловживати своїми процесуальними правами.

Це може бути зроблено умисно, може бути із-за недбалості, може бути із-за непрофесійності судді.

Істотно адвокати будуть в таких випадках оскаржувати дії судді, але зробити вони це зможуть лише в апеляційній чи касаційній скарзі після постановлення рішення, яке їх не влаштовує. Але це порушує стратегічні плани адвоката, затягує у часі досягнення позитивного результату, або робить його одержання неможливим.

З метою захисту (усунення) такої деструктивної поведінки судді рекомендується застосовувати спеціальні тактичні прийоми роботи із судом. Тактика роботи із судом спрямована на створення переваг суб'єктивного характеру. З точки зору сторони – найкращий друг той, хто вирішує справу на його користь. Але про це сторони та їх представники – адвокати будуть знати постфактум, після оголошення рішення. Своєрідним індикатором настрою судді в період розгляду справи є його відношення до сторін та їх адвокатів, до їх дій. Кожна сторона і адвокат, як її представник повинні дбати про формування позитивного іміджу очак судді. Тому що при рівності всіх факторів, суддя віддає перевагу особам, які йому симпатизують.

Разом із тим, позиція судді іноді не залежить від поведінки сторони і адвоката в суді. Є такий вираз: «Якщо суддя не знає як вирішити справу, він вирішує її по закону». Судді – не ідеальні. Конкретний суддя з будь-яких спонукань може бути зацікавлений в тому чи іншому варіанті вирішення спору. Істотно, що всі судді різні. І не кидаючи тінь на всю суддівську спільноту, не треба забувати /необхідно враховувати/ і суб'єктивний фактор.

Якщо адвокат відчуває, що суддя схильний по симпатіях до іншої сторони (а це – адміністративний процес, суд займає активну позицію), – то його тактика повинна (може бути) зорієнтована на видалення із процесу цих суб'єктивних факторів. Принцип тут може бути такий: нехай суддя не допомагає нам, але він не зможе допомогти і супротивнику. Мета – перешкоджання судді всіма законними способами допомагати протилежній стороні, нейтралізуючи як суб'єктивізм судді у вирішенні справи, так і вжиття заходів щодо неефективного застосування судом принципу адміністративного судочинства – офіційності, реалізації активної ролі суду.

Але зробити це в адміністративному процесі складніше, ніж в інших видах процесу: цивільному або господарському тощо, враховуючи специфіку принципів адміністративного судочинства: змагальності,

диспозитивності, офіційності. Не треба залишати в стороні і принцип верховенства права – найголовніший принцип адміністративного судочинства.

Тому, враховуючи головне стратегічне завдання адміністративного суду – постановити професійне, справедливе, аргументоване, законне, неупереджене судові рішення в розумні строки, рішення на захист порушених прав, свобод та інтересів як фізичних осіб, так і юридичних осіб від порушень з боку суб'єкта владних повноважень, – суд повинен вживати всіх тактичних заходів, щоб уникнути (нейтралізувати) зловживання сторонами /їх представниками /своїми процесуальними правами при реалізації своєї стратегії і тактики при розгляді адміністративної справи задля досягнення необхідного їм результату.

З цією метою в останній редакції КАСУ передбачений новий принцип адміністративного судочинства:

«Неприпустимість зловживання процесуальними правами» (п. 9 ч. 3 ст. 2 КАСУ). Необхідність такого нового принципу в адміністративному процесі виходить із аналізу судової практики за 12 років існування адміністративного судочинства. Всі процесуальні дії, якими може зловживати сторона або її адвокат взяті із конкретних адміністративних справ. З урахуванням конкретних обставин справи суд може визначити зловживання процесуальними правами дії, що суперечать завданню адміністративного судочинства, а саме: подання скарги на судові рішення, яке не підлягає оскарженню, не є чинним або дія якого закінчилася/вичерпана; подання клопотання (заяви) для вирішення питання, яке вже вирішене судом; заявлення завідомо безпідставного відводу або вчинення інших аналогічних дій, спрямованих на безпідставне затягування чи перешкоджання розгляду справи; подання декількох позовів до одного і того ж відповідача /відповідачів/ з тим самим предметом та з тих саме підстав, або подання декількох позовів з аналогічним предметом і з аналогічних підстав; подача декількох аналогічних позовів: маніпуляція з автоматизованим розподілом справ між суддями. Позови можуть подаватись як до одного адміністративного суду (в різний час, з маніпулюванням з предметом позову тощо), так і до різних юрисдикцій: адміністративної, господарської і цивільної (що було характерно по земельним спорам; спорам, пов'язаним з інтелектуальною власністю тощо). подання завідомо безпідставного позову, позову за відсутності предмету спору або у спорі, який має очевидно штучний характер; необґрунтоване або штучне об'єднання позовних вимог з метою змінення підсудності справи або завідоме безпідставне залучення особи як відповідача (співвідповідача) з тією самою метою; узгодження примирення сторін, спрямоване на шкоду правам третіх осіб; умисне неповідомлення про осіб, які мають бути залученими до справи (ст. 45 КАСУ).

Що може зробити суд у цих випадках? Якщо подання скарги, заяви, клопотання визнається зловживанням процесуальними правами, – суд, з урахуванням обставин справи має право залишити без розгляду або

повернути скаргу, клопотання, заяву. У випадку зловживання учасником судового розгляду його процесуальними правами, суд застосовує до нього заходи, визначені КАСУ. На практиці це не обмежується зауваженнями головуючого у справі, винесенням окремих ухвал щодо позиції адвоката, в тому числі – на адресу дисциплінарних органів. Слід мати на увазі, що це формує негативний імідж адвоката в наступних судових процесах. Але – це в наступних процесах. А що може зробити суд у цих випадках у конкретному судовому процесі в адміністративному судочинстві. Так, ч. 4 ст. 45 КАСУ передбачає, що суд зобов'язаний вживати заходів для запобігання зловживанню процесуальними правами. У випадку зловживання адвокатом його процесуальними правами, суд застосовує до нього заходи, визначені Кодексом. Які це заходи? Заходами процесуального характеру є процесуальні дії, що вчиняються судом у визначених КАСУ випадках з метою спонукання відповідних осіб до виконання встановлених в суді правил, добросовісного виконання процесуальних обов'язків, припинення зловживання правами та запобігання створенню протиправних перешкод у здійсненні правосуддя. Це окрема стратегія суду на стадіях судового адміністративного процесу у випадках, коли суд, з урахуванням конкретних обставин справи, визнає зловживання учасниками судового процесу та їх представниками – адвокатами своїми процесуальними правами. Заходи процесуального примусу застосовуються судом, як правило, негайно після вчинення порушення. Про застосування заходів процесуального примусу суд постановляє ухвалу.

Види заходів процесуального примусу є тактичними кроками суду для реалізації своєї стратегії, як окремої, так і головного стратегічного завдання суду. Заходами процесуального примусу є: попередження; видалення із залу судового засідання; тимчасове вилучення доказів для дослідження судом; привід; штраф.

До однієї особи не може бути застосовано кілька заходів процесуального примусу за одне й те саме порушення. Застосування до особи заходів процесуального примусу не звільняє її від виконання обов'язків, встановлених КАСУ (ч. 145).

І що цікаво, якщо проаналізувати зміст і наповненість ст. 45 КАС України, неприпустимість зловживання процесуальними правами – це дійсно важливий принцип адміністративного судочинства / з однієї сторони/. Але, з іншої сторони, розкриваючи механізми такого зловживання в п'яти пунктах частини 2 ст. 45 КАС України, законодавець фактично дає підказку щодо реалізації протиправних тактичних кроків, які може використати недобросовісний адвокат, щоб виграти справу. Як люблять казати наші Президенти – так звана «дорожня карта» для застосування адвокатом протиправного тактичного прийому.

І тому, адвокату при реалізації своєї стратегії і застосуванні тактичних прийомів в адміністративному судочинстві завжди треба дотримуватись вимоги Конституції України і КАС України.

Література

1. Конституція України.
2. Кодекс адміністративного судочинства України. Київ, 2023.
3. Адміністративне судочинство України: підручник. Принцип верховенства права у діяльності держави та в адміністративному праві / В. Б. Аверьянов, М. І. Козюбра, І. Б. Коліушко, О. М. Пасенюк та ін. Київ: «Конус-Ю», 2008. 311 с.
4. Кравчук В. М. Стратегія і тактика цивільного процесу. Київ: Атіка, 2005. 254 с.;
5. Кравчук В. М. Стратегія і тактика цивільного процесу: поняття, принципи, та прийоми нападу. *Підприємництво, господарство і право*. 2002. № 7. С. 49-52.
6. Храпенко О. Особливості тактики представництва в цивільному процесі : навч.-метод. посіб. Одеса : Фенікс, 2020. 416 с.
7. Методичні матеріали до тренінгу «Психологічні особливості спілкування з малолітніми учасниками судового процесу» / Національна школа суддів України. Київ, 2020.
8. Професійно-психологічна підготовка суддів : навч.-метод. посіб.з організації та проведення тренінгу / Національна школа суддів України. Київ, 2020 ; Застосування практики Європейського Суду з прав людини в адміністративному судочинстві : наук.-метод. посіб. для суддів / Національна школа суддів України. Київ, 2020 ; Комунікації судової влади : наук.-практ. посіб. / Національна школа суддів. Київ, 2020.
9. Пасенюк О. Становлення адміністративної юстиції в Україні : збірник матеріалів ІХ Міжнародного судово-правового форуму, 2021 р. Київ, 2021.
10. Пасенюк О. Критерії практичного застосування правової категорії розсуду і процесуальний розсуд : збірник матеріалів Національного Форуму Світового Конгресу українських юристів «Конституційна юстиція: виклики сьогодення та шляхи вирішення». Київ, 2021.
11. Paseniuk O. Solving the problem of jurisdiction – through solving the problem of substantive law : A collection of conference materials Ukrainian-Lithuanian Annual Conference «Administrative Law: from Common Historical Roots to the Modern European Values». Vilnius (Lithuania), Kyiv (Ukraine), 2021.
12. Пасенюк О. Запровадження адміністративного судочинства в Україні – подолання проблем розмежування юрисдикцій // Концептуальні засади розвитку вітчизняного адміністративного права та процесу: тенденції, перспективи, практика : монографія / Є. Герасименко, П. Діхтієвський, Н. Задирака, О. Пасенюк та ін. / За загальною редакцією П. Діхтієвського. Рига, Латвія: «Baltija Publishing», 2022. С. 267-288. DOI: <https://doi.org/10.30525/978-9934-26-233-3-12>.
13. Пасенюк О. Судова реформа в Україні: крок вперед, два кроки назад // Матеріали VI Міжнародної науково-практичної конференції

«Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні». Чернівці, 2022.

14. Pasenjuk O. Die Errichtung der Verwaltungsgerichte als eine der wichtigsten Errungenschaften der Gerichtsreform in der Ukraine // Rechtsstaat durch Verwaltungsgerichtsbarkeit: Deutschland, Ukraine, Kasachstan" (monographie). Peter Lang GmbH, Berlin, 2022, с.179-189.

15. Смокович М., Бевзенко В. Адміністративний процес України: теорія, практика : підручник. Київ : БД «Дакор», 2020. 1345 с.

Радтке-Прядко О.,
керуючий партнер адвокатського об'єднання
«Радтке-Прядко і партнери»,
член Ради в комітеті з питань верховенства права НААУ,
м. Київ, Україна

МОЖЛИВОСТІ УКРАЇНСЬКИХ АДВОКАТІВ В НІМЕЧЧИНІ

Професія адвоката відноситься в Німеччині до регульованих державою професій, тому українській адвокат не може працювати в Німеччині саме як адвокат та надавати послуги в різних сферах німецького права лише на підставі своїх українських дипломів та свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю.

Для того, щоби працювати адвокатом в Німеччині та мати право називатись Rechtsanwalt/Rechtsanwältin, адвокат має мати кваліфікацію судді (§ 5 Закону про судоустрій Німеччини (DRiG)). Для цього необхідно закінчити юридичний факультет німецького університету, пройти юридичну практику, обов'язково успішно скласти два юридичних державних іспити.

На жаль, українські дипломи про вищу юридичну освіту не визнаються в контексті доступу до жодного з двох необхідних державних іспитів у Німеччині.

Проте для українських адвокатів все ж існують можливості займатись любимою справою у Німеччині, наприклад:

- працювати як іноземний адвокат в Німеччині, надаючи юридичну допомогу за українським законодавством;
- надавати юридичні послуги у сфері міжнародного права;
- знайти роботу у юридичних відділах компаній, які працюють в Україні та потребують допомоги з українського законодавства;
- закінчити юридичну магістратуру в Німеччині та спробувати здати державні іспити.

Для того, щоб практикувати на території Німеччини з питань права України та міжнародного права, відповідно до § 206 Федерального Закону «Про адвокатуру» (BRAO), адвокату необхідно бути прийнятим до регіональної колегії адвокатів за місцем проживання в

Німеччині/знаходження адвокатської фірми та включеним в німецький реєстр адвокатів.

Федеральний Закон «Про адвокатуру» регулює професійні правила адвокатів в Німеччині, тобто права та обов'язки, які адвокат повинен дотримуватися у відносинах з клієнтами та третіми особами, а також інші питання професійної етики.

Для цього необхідно подати заяву німецькою мовою до відповідної адвокатської палати, яка відповідає за населений пункт, в якому проживає адвокат.

На сайті кожної адвокатської палати є така заява та перелік документів, які необхідно додати. Так, наприклад до заяви, яка подається до колегії адвокатів у Франкфурт на Майні (Rechtsanwaltskammer Frankfurt am Main), необхідно додати:

1. Автобіографію, виконану в формі таблиці, без пробілів (мається на увазі, що має бути відображене все життя без пропусків якихось років) з фото.

2. Витяг з реєстру НААУ, виданий не пізніше як за три місяці до подання заяви, з нотаріально засвідченим перекладом, з якого випливає, що проти вас не ведуться жодні процедури або інші відомі обставини, які можуть перешкоджати прийняттю до німецької адвокатської палати.

3. Дійсний дозвіл на проживання та роботу.

4. Підтвердження укладення страхового полісу професійної відповідальності відповідно до § 51 Федерального Закону «Про адвокатуру» (BRAO) для покриття ризиків цивільної відповідальності, які виникають з професійної діяльності, пов'язаної з майновими збитками. При цьому слід врахувати, що згідно з § 206 Абз. 1 речення 1 Федерального Закону «Про адвокатуру» (BRAO) іноземний адвокат має право здійснювати правозахист лише на теренах права країни походження та міжнародного права. Страховик повинен підтвердити, що адвокат може працювати лише в областях, зазначених вище, під професійною назвою країни походження.

5. Докази перерахування адміністративної плати (в даному випадку 160 Євро).

На сайті НААУ зазначається трохи інший перелік документів, але я би порадила завжди вивчати вимоги, зазначені на сайті адвокатської палати того регіону, де ви плануєте практикувати.

Щорічно необхідно буде сплачувати внесок до обраної колегії (відповідно до внутрішніх правил сплати внеску) та внесок у розмірі за обробку даних. Кожна Адвокатська палата встановлює свій розмір внеску.

Витяг з НААУ необхідно буде надавати щорічно після прийняття до Адвокатської палати (§ 207 Абз. 1 Речення 2 Федерального Закону «Про адвокатуру» (BRAO)).

Варто зауважити, що адвокату необхідно створити адвокатську практику в районі даної палати. Якщо цей обов'язок не буде виконано протягом трьох місяців після прийняття до Адвокатської палати або буде

не створена адвокатська практика, то прийом до адвокатської палати, відповідно до положень (§§ 207 Абз. 1, 14 Абз.3 Федерального Закону «Про адвокатуру» (BRAO) може бути відкликана ваша прийом в Адвокатську палату.

Після включення адвокату до реєстру адвокатів Німеччини, адвокат може називати себе Advokat aus Ukraine та додати до свого професійного звання «Mitglied der Rechtsanwaltskammer» (член регіональної колегії адвокатів).

Якщо адвокат бажає працювати на посаді юрисконсульта в компанії (Syndikus), також повинен бути прийнятий до регіональної колегії адвокатів. Процедура аналогічна до описаної вище. При прийомі до регіональної колегії адвокатів до назви професії необхідно додати слово «Syndikus».

Ба більше, якщо адвокат бажає утворити компанію, яка буде надавати юридичні послуги за законодавством Німеччини, йому, як засновнику такої компанії, також необхідно бути включеним до членів регіональної Адвокатської палати.

Якщо ж адвокат все ж таки бажає працювати з німецького права, то спочатку треба пройти процедуру Zeugnisbewertung – оцінку відповідності українського диплому німецькому.

Якщо український диплом відповідає німецькому, наприклад, на рині бакалавру, то маючи відповідний висновок від ZAB та сертифікат, що підтверджує знання німецької мови на рівні C1, можна спробувати вступити та закінчити магістратуру в Німеччині і вже цим дипломом:

- шукати роботу юристом;
- намагатись здати два державні іспити, мова про які йшла вище.

Сердюк В.,

канд. юрид. наук, доц.,

*доцент кафедри галузевого права та загально-правових дисциплін,
Інститут права та суспільних відносин Університету «Україна»,
м. Київ, Україна*

Сердюк Є.,

канд. юрид. наук,

*доцент кафедри галузевого права та загальноправових дисциплін,
Інститут права та суспільних відносин Університету «Україна»,
м. Київ, Україна*

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ В АВІАЦІЙНИХ ПОДІЯХ

Право на правову допомогу людини є специфічним правом оскільки при його реалізації здійснюється захист інших прав та свобод.

Сучасний стан діяльності адвокатури України врегульовано:

– Конституцією України яка закріплює право кожного на професійну правничу допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав (ст. 59 ч.1);

– рішенням Конституційного Суду № 23-рп/2009 від 30.09.2009, яке тлумачить так, що право на правову допомогу треба розуміти як гарантовану державою можливість будь-якій особі незалежно від характеру її правовідносин з державними органами, органами місцевого самоврядування, об'єднаннями громадян, юридичними та фізичними особами вільно, без неправомірних обмежень отримувати допомогу з юридичних питань в обсязі і формах, як вона того потребує;

– діючим Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», закріплено, що Адвокатура України – недержавний самоврядний інститут, що забезпечує здійснення захисту, представництва та надання інших видів правничої допомоги на професійній основі, а також самостійно вирішує питання організації і діяльності адвокатури в порядку, встановленому цим Законом (ст. 2 Закону);

– згідно з КПК України, захисником є адвокат, який здійснює захист підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішувалося питання про їх застосування, а також особи, стосовно якої передбачається розгляд питання про видачу іноземній державі (екстрадицію) (ст. 45 КПК Закону).

Враховуючи різносторонню юридичну діяльність адвоката, вона регулюється також галузевими процесуальними кодексами, та законодавством про безоплатну правову допомогу, іншими законними та підзаконними актами, в яких закріплені питання надання правової допомоги людині.

Тобто, є достатня законодавча база для ефективної та результативної діяльності Адвокатури.

Аналіз 15 вироків по кримінальних провадженнях про порушення правил польотів з Єдиного державного реєстру судових рішень України щодо оцінювання судами доказів кримінальних правопорушень і зокрема, причинного зв'язку пов'язаних з авіаподіями можна зробити висновок про те, що дане питання виглядає таким чином: у 12, або 80 % із них суди прямо не встановлювали причинний зв'язок між порушенням правил польотів пілотом літака та наслідками події (причиною шкодою), а їх оцінювання обмежувались загальними судженнями. Факти які б, могли бути доказами стосовно підтвердження наявності причинного зв'язку не наводяться. У 20 %, або 5-и випадках суди не досліджували питання причинного зв'язку між порушенням правил та наслідками, а вказують на причинний зв'язок між діями та наслідками. Тобто, відсутній єдиний підхід встановлення причини авіаподії, що суттєво впливає на

кваліфікацію правопорушення та відповідальність винних осіб [4, с. 173-179.].

Дослідивши 21 заключення висновків судово-медичних експертиз та висновків додаткової судово-медичної експертизи із цього ж вироку, у матеріалах Єдиного державного реєстру судових рішень України по справах про порушення працівником повітряного транспорту правил безпеки руху та експлуатації транспорту, що спричинило потерпілим середньої тяжкості і тяжкі тілесні ушкодження, а також спричинило загибель людей, можна зробити висновок про те, що в 2-х випадках, або 9% експерти зробили однозначний висновок, що смерть потерпілого знаходиться у прямому причинному зв'язку з тілесними ушкодженнями які мали виникнути під час авіаційної події. В інших 19 випадках, або 91 % причинний зв'язок не згадувався або згадувався побічно про те, що тілесні ушкодження потерпілих могли виникнути в результаті авіаподії. [4, с. 173-179.]

Є випадки закриття кримінальної справи з загиблими без будь-якого обґрунтування на досудовому слідстві.

Висновок. Аналіз судової практики підтверджує, що право людини на захист у авіаційних подіях не достатньо ефективно забезпечено, що залишає комплекс не вирішених питань щодо сторін і особливо, потерпілих такого провадження.

Пропозиції. Дослідники даної проблеми пропонують додаткове вивчення статистичних даних адвокатської практики для встановлення її дієвості.

Література

1. Конституція України. ВВРУ. 1996. № 30. Ст. 59.
2. Сердюк В. П., Сердюк Є. В., Терещенко А. Л., Фаст О. О. Причинний зв'язок в авіаційних подіях. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2022. Вип. 5. С. 173-179.

Ставнійчук М.,

канд. юрид. наук,

Голова Комітету верховенства права

Національної асоціації адвокатів України,

український державний діяч, заслужений юрист України,

м. Київ, Україна

ДЕКЛАРУВАННЯ ЧЛЕНІВ ОРГАНІВ АДВОКАТСЬКОГО САМОВРЯДУВАННЯ: АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ І КОНСТИТУЦІЙНІСТЬ ІХ ВИРІШЕННЯ

Відповідно ст. 8 Конституції України в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Конституція України має найвищу

юридичну силу [1]. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй.

Норми Конституції України є нормами прямої дії. Звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України гарантується.

Відповідно до ст. 19 Конституції України правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством [1].

Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Відповідно до ст. 55 Конституції України права і свободи людини і громадянина захищаються судом [1].

Відповідно до ст. 1312 Конституції України, яка міститься у Розділі «Правосуддя», зазначено, що для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура. Частиною другою ст. 1312 Конституції України задекларовано, що незалежність адвокатури гарантується. Більше того, частина третя ст. 1312 Конституції України вказує, що засади організації і діяльності адвокатури та здійснення адвокатської діяльності в Україні визначаються законом [1].

А також у Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 05.07.2012 р. № 5076-VI, утілюючи рекомендації ПАРЕ та Венеційської комісії, враховано кращі європейські практики організації адвокатури та європейські стандарти самоврядності адвокатури [2; 7–9].

За приписами ст. 2 Закону 5076-VI, адвокатура України – недержавний самоврядний інститут, що забезпечує здійснення захисту, представництва та надання інших видів правової допомоги на професійній основі, а також самостійно вирішує питання організації і діяльності адвокатури в порядку, встановленому цим Законом [2].

З метою забезпечення належного здійснення адвокатської діяльності, дотримання гарантій адвокатської діяльності, захисту професійних прав адвокатів, забезпечення високого професійного рівня адвокатів та вирішення питань дисциплінарної відповідальності адвокатів в Україні діє адвокатське самоврядування. Тобто – гарантоване державою право адвокатів самостійно вирішувати питання організації та діяльності адвокатури в порядку, встановленому Конституцією України та профільним законом.

Відповідно до ст. 5 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» «Адвокатура і держава» адвокатура є незалежною від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб.

Більше того, відповідно до ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» насамперед, професійні права, честь і гідність адвоката гарантуються та охороняються Конституцією України, профільним законом та іншими законами.

Статтею 45 Закону № 5076-VI передбачено, що НААУ є недержавною некомерційною професійною організацією, яка об'єднує всіх адвокатів України та утворюється з метою забезпечення реалізації завдань адвокатського самоврядування [2].

Отже, адвокатура в демократичному суспільстві функціонує як незалежна інституція, тобто не підпорядкована державі, забезпечена від будь-якого стороннього втручання та є особливим правозахисним інститутом в Україні. Про це свідчить імператив професійного захисту прав та законних інтересів осіб у суді, публічно-правовий статус даного інституту, надання державою права на отримання правової допомоги абсолютно всім фізичним і юридичним особам. Незалежність адвокатури є одним з головних принципів адвокатської діяльності.

Природно, в адвокатській асоціації є право й обов'язок співпрацювати з владою та громадськістю. Проте така співпраця ніколи не має переростати у втручання в процес ухвалення рішень або формування органів асоціації.

Таким чином, органи адвокатського самоврядування в силу профільного закону не наділені владними повноваженнями у сфері публічно-правових відносин, не є державними органами, органами місцевого самоврядування, не уповноважені на виконання їх функцій, а здійснюють власні самоврядні функції всередині своєї організації.

Поруч із запровадженими формами та гарантіями діяльності адвокатури та адвокатів в Україні запроваджена та працює антикорупційна структура.

Правові та організаційні засади функціонування системи запобігання корупції в Україні, зміст та порядок застосування превентивних антикорупційних механізмів, правила щодо усунення наслідків корупційних правопорушень визначив Закон України «Про запобігання корупції» від 14 жовтня 2014 р. № 1700-VII (далі – Закон № 1700) [3].

Вказаним Законом, Національне агентство з питань запобігання корупції (далі за текстом – Національне агентство) визначено, як центральний орган виконавчої влади зі спеціальним статусом, який забезпечує формування та реалізує державну антикорупційну політику.

Відповідно до частини першої ст. 6 Конституції України державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову.

Метою функціонального поділу державної влади на законодавчу, виконавчу та судову (ст. 6 Конституції України) є розмежування повноважень між різними органами державної влади та недопущення привласнення повноти державної влади однією з гілок влади, що означає самостійне виконання кожним із них своїх функцій та здійснення повноважень відповідно до Конституції та законів України (абзац перший пункту 2 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 24 червня 1999 р. № 6-рп/99; абзац другий підпункту 2.1 пункту 2

мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України від 8 липня 2016 р. № 5-рп/2016) [4; 5].

На відміну від інших органів державної влади перелік, яких визначено в ст. 19 Закону № 1700, органи адвокатського самоврядування не приймають антикорупційні програми [3].

Закон № 1700 не визначає заходи Національного агентства зовнішнього та самостійного врегулювання конфлікту інтересів адвокатури (адвокатів, членів органів адвокатського самоврядування, тощо).

У структурі НААУ та органів адвокатського самоврядування в силу профільного Закону, прийнятих актів НААУ та рішень Ради адвокатів України відсутня посадова особа як Уповноважений та відсутній статус викривача (ст. ст. 53, 64 Закону № 1700) [3].

Більше того, на адвокатів та членів органів адвокатського самоврядування не розповсюджуються і Правила етичної поведінки, визначені в Розділі VI Закону № 1700.

Натомість, затвердження Правил адвокатської етики є виключною компетенцією вищого органу самоврядування – з'їзду адвокатів України (ст. 54 Закону № 5076-VI) [2].

У свій час, з метою одержання роз'яснення, посилаючись на правову невизначеність підпункту «в», пункту 2 частини 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції», НААУ листом від 12.02.2020 р. (вих. № 304/0/2-20) звернулася до Національного агентства із проханням надати офіційне роз'яснення чи підпадають Голови та члени кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури, а також Голова, заступники Голови та члени Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури до кола суб'єктів, на яких поширюється дія зазначеного Закону.

Правова норма пункту 2 частини першої ст. 3 Закону № 1700 з моменту ухвалення Закону протягом часу застосування увесь час змінювалась (с. 15 – 16 письмових пояснень).

Отримавши звернення НААУ, Національне агентство, здійснивши системний аналіз положень Конституції України, Закону України «Про запобігання корупції», Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», рішення Конституційного Суду України у справі №3-р/2019, надало роз'яснення № 45-08/5374/20 від 17.02.2020 р. [6], яким повідомило, що Національне агентство не вважає, що члени дисциплінарних палат КДКА та члени ВКДКА є суб'єктами декларування у розумінні приписів Закону №1700.

Однак, 22 березня 2021 р. Національне агентство змінило своє роз'яснення та у своєму новому листі вих. № 113-02/15337/21 адресований Голові Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури зазначила, що члени дисциплінарних палат КДКА та ВКДКА є суб'єктами декларування, виконують публічно-правові функції та на них в силу ст. 3 Закону № 1700 поширюється дія вказаного Закону, а тому вони зобов'язані подати щорічні декларації за 2020 рік.

Після цього наданого протилежного за змістом попередньому своєму роз'ясненню Національне агентство розпочало масово проводити перевірку щодо своєчасності подання декларацій адвокатами – членами ДП КДКА та ВКДКА та звертатися до правоохоронних органів із заявами про вчинення корупційних правопорушень, тощо.

На переконання НААУ, така діяльність Національного агентства відбулася з порушенням частини другої ст. 19 Конституції України, оскільки дії органу державної влади по боротьби із корупцією вийшли за межі повноважень, які визначені законом та вчинені не на підставі Конституції України та законів України, та й власне виходячи з цього не у спосіб, що передбачений Конституцією України та відповідними законами України, що суперечить не лише ст. 19 Конституції України, а й частинам першій, другій (у повному обсязі) ст. 6 Конституції України, частині першій, другій ст. 8 Конституції України та частинам першій, другій ст. 1312 Конституції України [1].

Враховуючи викладене, розширене свавільне тлумачення Національним агентством Закону № 1700 та надання роз'яснень в частині того, що віднесення Голови, членів кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури, Голови та членів ВКДКА до суб'єктів, визначених підпунктом «в» пункту 2 частини першої ст. 3 Закону, суперечить принципу правової визначеності, який є складовою принципу верховенства права та є втручанням органу виконавчої влади в діяльність незалежного інституту адвокатури.

Власне кажучи, Закон визначає виключне коло суб'єктів, на яких поширюється дія цього Закону.

І тлумачення норм Закону під час правозастосування не може виходити за межі букви закону, а так само і його духу. Бо власне, всі норми спрямовані на контроль за суб'єктами публічно-владних повноважень – функцій держави або функцій місцевого самоврядування.

Література

1. Конституція України від 26 червня 1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96%D0%B2%D1%80#Text>.
2. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text>.
3. Про запобігання корупції : Закон України від 14.10.2014 р. № 1700-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#Text>.
4. Рішення Конституційного Суду України від 24 червня 1999 р. № 6-п/99. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-99#Text>.
5. Рішення Конституційного Суду України від 8 липня 2016 р. № 5-рп/2016. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-16#Text>.
6. Рішення Конституційного Суду України від 06 червня 2019 р. у справі № 3-р/2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-19#Text>.

7. Вступ до Ради Європи. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_590#Text.

8. Резолюція ПАРЄ № 1755 (2010) від 04 жовтня 2010 р. «Функціонування демократичних інституцій в Україні». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a19#Text.

9. Спільний висновок Венеційської Комісії від 18 жовтня 2011 р. щодо проєкту Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». URL: <http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDLAD%282011%29039-e>.

Стефанчук М.,

д-р юрид. наук, проф.,

*професорка кафедри нотаріального, виконавчого процесу
та адвокатури, прокуратури, судоустрою*

Навчально-наукового інституту права

*Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
м. Київ, Україна*

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ АДВОКАТІВ ЗА ЗЛОВЖИВАННЯ ПРОЦЕСУАЛЬНИМИ ПРАВАМИ: ШТУЧНО СТВОРЕНА ПРОБЛЕМА ЧИ ОБ'ЄКТИВНА НЕОБХІДНІСТЬ?

Одним із резонансних, за рівнем сприйняття у професійному правничому середовищі, можна охарактеризувати проєкт Закону про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України та деяких інших законодавчих актів України щодо удосконалення окремих положень про судовий розгляд та досудове розслідування № 5661 (далі – Проєкт). У цьому Проєкті, зокрема, йдеться про **можливість слідчого судді, суду** постановити ухвалу про накладення на учасника кримінального провадження грошового стягнення у визначеному розмірі у випадках невиконання процесуальних обов'язків та зловживання процесуальними правами. А також про можливість слідчого судді, суду постановити окрему ухвалу у випадку зловживання процесуальними правами, порушення процесуальних обов'язків, неналежного виконання професійних обов'язків чи іншого порушення законодавства адвокатом, прокурором, слідчим або дізнавачем, яка надсилатиметься органу, до повноважень якого згідно з законом належить притягнення до дисциплінарної відповідальності таких осіб із одночасним встановленням стр. для надання відповіді та терміну, необхідного для її виконання. Крім того, цим Проєктом передбачається право слідчого судді та суду в разі неподання такої відповіді протягом встановленого стр. накладати на особу, відповідальну за виконання окремої ухвали, чи на керівника відповідного органу, відповідального за виконання окремої ухвали,

грошове стягнення, яке не звільняє від обов'язку виконати окрему ухвалу і надати відповідь [1].

Положення цього Проекту у контексті посилення відповідальності адвокатів за зловживання процесуальними правами у суді у Національній асоціації адвокатів України охарактеризували як надзвичайно спірні та такі, що беззаперечно порушуватимуть право на захист у разі їх законодавчого ухвалення [2], а також висловили застереження про небезпеку відступу від ідеї справедливого судочинства через спроби у законодавчих ініціативах тлумачити адвокатську правозахисну діяльність як зловживання процесуальними правами та спроби підміни дисциплінарних органів адвокатури судом [3]. **Крім того, представники адвокатської спільноти висловлюють застереження про намагання авторів таких законодавчих ініціатив відвернути увагу суспільства від реальних проблем судової системи через формулювання штучно створеної та надуманої проблеми щодо затягування адвокатами судових процесів через зловживання правами [4].**

Не вдаючись у межах цього дослідження до детального правового аналізу положень цього Проекту, видається виправданим висвітлення й інших експертних правничих позицій стосовно передумов та доцільності запровадження таких заходів, спрямованих, за задумом авторів цих законодавчих ініціатив, на вдосконалення положень досудового розслідування та судового розгляду. Так, у межах HARDtalk-дискусії «Відповідальність правників як складова судової реформи», що мала місце під час проведення XII Судового Форуму: «Судова влада: як вийти з кризи?», обговорювались актуальні питання процесуальної та дисциплінарної відповідальності адвокатів крізь призму поглядів суду та адвокатури. Впродовж цієї дискусії Головою Вищого антикорупційного суду було зазначено, що за період функціонування цього суду судді першої інстанції 94 рази зверталися із скаргами до кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури, у 13 випадках адвокатів було притягнуто до відповідальності [5].

Така статистика нашоухує на необхідність з'ясування питання про те, що є передумовою таких показників: упереджене ставлення суддів до адвокатів в юрисдикційному процесі, які виносять необґрунтовані окремі ухвали щодо поведінки адвокатів, що не витримують перевірки у дисциплінарному провадженні, чи прояв захисту корпоративних інтересів органами адвокатського самоврядування, зважаючи на те, що питання притягнення адвокатів до дисциплінарної відповідальності вирішується виключно адвокатами через діяльність органів адвокатського самоврядування, на відміну від суддів та прокурорів, дисциплінарні провадження щодо яких здійснюється органами суддівського та прокурорського врядування, до складу яких входять не лише судді та прокурори, а й інші особи, обрані чи призначені відповідно до законодавства, які не є представниками судової влади чи прокуратури,

що має на меті, у тому числі, забезпечити об'єктивність та прозорість процедур притягнення таких правників до дисциплінарної відповідальності.

У пошуках відповіді на це питання, з одного боку, складно не погодитися з аргументами експертного середовища про те, що активний адвокат, який у судовому засіданні намагається використати усі можливі інструменти для захисту прав клієнта, майже завжди є певним подразником для головуючого, що ставить під сумнів ідею наділення суддів повноваженнями встановлювати факти зловживань процесуальними правами [6], з іншого боку, представники адвокатської спільноти зауважують навіть про певну пасивність суддів в їхньому реагуванні на прояви порушення адвокатами норм процесу та професійної етики, а також про брак суддівської спроможності для припинення, так званого, «процесуального хуліганства» з боку адвокатів [5], а також стверджують «... про існування проблеми зловживання процесуальними правами сторонами кримінального процесу або застосування сторонами так званої «процесуальної диверсії» з метою безпідставного затягування кримінальних проваджень» [7, с. 251]. За таких обставин, з певною вірогідністю, можна висувати про відсутність одноманітного бачення щодо цього питання у самому адвокатському середовищі.

Окреслена дискусія стосовно сприйняття законодавчих ініціатив, спрямованих на посилення спроможності суддів впливати на поведінку адвокатів в судовому процесі, свідчить про необхідність подальшого пошуку конструктивного діалогу та впровадження рекомендацій Консультативної ради європейських суддів про відносини між суддями та адвокатами, спрямованих на забезпечення кращої якості та ефективності судочинства. Серед цих рекомендацій особливо слід відзначити положення про те, що відносини між суддями та адвокатами завжди мають носити характер неупередженості та виглядати такими зі сторони (п. 24). На думку цієї інституції, конструктивні відносини між суддями та адвокатами покращать якість та ефективність здійснення судочинства, допоможуть у задоволенні потреб сторін через досягнення справедливого вирішення спору відповідно до закону в розумні строки, а спільні навчання суддів, прокурорів та адвокатів на теми спільного інтересу можуть зробити внесок у досягнення найвищої якості правосуддя (пп. 10, 22) [8]. Водночас наведені статистичні дані наштовхують на роздуми про доцільність також пошуку виважених шляхів реформування дисциплінарного провадження щодо адвокатів із збереженням гарантій незалежності адвокатури як інституції у цілому.

Література

1. Проект Закону про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України та деяких інших законодавчих актів України щодо удосконалення окремих положень про судовий розгляд та

досудове розслідування № 5661 від 14.06.2021 р. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?id=&pf3511=72224 (дата звернення: 21.11.2023).

2. Новий стандарт правосуддя: суди штрафуватимуть адвокатів за наполегливість? URL: <https://unba.org.ua/news/8176-novij-standart-pravosuddya-sudi-shtrafuvatimut-advokativ-za-napoleglivist.html> (дата звернення: 21.11.2023).

3. Підміна дисциплінарних органів адвокатури судом знищує правозахист, – Лідія Ізовітова. URL: <https://unba.org.ua/news/8509-pidmina-disciplinarnih-organiv-advokaturi-sudom-znishue-pravozahist-lidiya-izovitova.html> (дата звернення: 21.11.2023).

4. Звуження обсягу незалежності інституту адвокатури підриває справедливість судочинства – думка. URL: <https://unba.org.ua/news/8517-zvuzhennya-obsyagu-nezalezhnosti-institutu-advokaturi-pidrivae-spravedlivist-sudochinstva-dumka.html> (дата звернення: 21.11.2023).

5. XII Судовий Форум: «Судова влада: як вийти з кризи?». URL: https://www.facebook.com/events/342204484923199/?active_tab=discussion (дата звернення: 21.11.2023).

6. Чи є незалежність адвокатури цінністю судочинства? Голова ВС та нардеп дали відповіді. URL: <https://zib.com.ua/ua/158741.html> (дата звернення: 21.11.2023).

7. Розумовський О. Зловживання процесуальними правами за чинним кримінальним процесуальним законодавством України. *Підприємництво, господарство і право*. 2021. № 4. С. 247-252.

8. CCJE (2013)4. Opinion no. (2013) 16 on «The relations between judges and lawyers». URL: <https://rm.coe.int/1680748226> (дата звернення: 21.11.2023).

Сьомак Т.,

*аспірантка кафедри цивільної юстиції та адвокатури
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
м. Харків, Україна*

ВИНАГОРОДА АДВОКАТА ЯК КРИТЕРІЙ ЙОГО ЕКОНОМІЧНОЇ НЕЗАЛЕЖНОСТІ

Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» (далі – Закон) встановлено, що адвокатська діяльність – незалежна професійна діяльність адвоката щодо здійснення захисту, представництва та надання інших видів правничої допомоги клієнту (п. 2 ст. 1 Закону) [1]. Основним принципом організації та діяльності адвокатури є принцип незалежності як самого інституту, так і окремого адвоката. Важливість забезпечення цього принципу полягає в тому, що діяльність інституту адвокатури впливає на можливість захисту прав та інтересів всього суспільства. Як влучно зазначає з цього приводу Т. Б. Вільчик,

«адвокатура є комплексним проявом як державного, так і суспільного інтересу, оскільки саме через адвокатуру та завдяки їй правова держава реалізує можливість забезпечення своїм громадянам їхніх прав і свобод» [2, с. 64].

Існує думка, що незалежність адвоката проявляється в його незалежності від будь-яких зовнішніх тисків, але зазвичай акцент робиться саме на правоохоронних органах. Проте ми погоджуємося із позицією Сібірцева Г.І., який розглядає незалежність в більш широкому аспекті та вказує, що «вона включає в себе економічну, психологічну свободу адвоката, виключення неприпустимого тиску на нього з боку не тільки слідчих органів, а і підзахисного, його родичів, професійного співтовариства адвокатів, засобів масової інформації тощо» [3, с. 31].

Вбачаємо, що одним із важливих аспектів незалежності адвоката є його економічна незалежність. На нашу думку, фінансова залежність адвоката від будь-кого, так само як і від клієнта, є неприпустимою. Опитування за програмою «Адвокат Майбутнього» на тему: «Незалежність адвоката у професійній діяльності та професійних асоціаціях» [4] підтвердило актуальність теми фінансової незалежності для адвокатів на практиці, – майже третина відповідей містила фінансовий аспект в питанні складників незалежності адвоката у професійній діяльності.

Відповідно до національного законодавства відносини між адвокатом та клієнтом ґрунтуються на принципі свободи договору, зокрема, впливає, що питання розміру винагороди за виконання професійних обов'язків адвоката вирішується за домовленістю між сторонами договору на власний розсуд. Однак, наприклад, в безоплатній вторинній правовій допомозі існує єдина тарифна система визначення розміру гонорару адвоката встановлена Постановою Кабінету Міністрів України від 17 вересня 2014 р. № 465 «Питання оплати послуг та відшкодування витрат адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу», якою затверджено Порядок оплати послуг та відшкодування витрат адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу та Методику обчислення розміру винагороди адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу (далі – Методика) [5]. В цьому випадку фінансове забезпечення адвоката безпосередньо залежить від державної влади, а саме від рішень Кабінету Міністрів України, що затверджує таку Методику. Тож, саме сфера роботи адвоката впливає на рівень фінансового забезпечення, а адвокати фактично знаходяться в залежності від органу державної влади, що суперечить принципу незалежності адвокатури. Якщо винагорода не буде на достатньому рівні, то адвокати не будуть зацікавлені у виконанні роботи. При цьому розмір винагороди відповідно до цієї Методики не може перевищувати граничних значень, а розрахунок здійснюється відповідно до кількості годин роботи адвоката. Однак робота – надання безоплатної правової допомоги не завжди може

бути здійснена в межах цього часу, а тому на практиці може мати місце ситуація, що ці «додаткові» години роботи взагалі не будуть оплачуватися.

Визнаючи значення фінансової незалежності адвоката від клієнта, хочемо звернути увагу на те, що у адвокатській діяльності можливі ситуації, коли недобросовісний адвокат може навмисно пропонувати виконання певних юридичних дій, що можуть матеріально обтяжувати клієнта з метою отримання більшого прибутку. Наприклад, такий адвокат може запропонувати клієнту звернення із позовом до суду навіть в ситуації, в якій завчасно бачить, що така справа не має шансів на успіх.

Слід зазначити, що деякі науковці вбачають й інші випадки фінансової залежності добросовісних адвокатів, які виконують свою роботу у межах закону та Правил адвокатської етики. Проблему фінансової залежності від клієнта розкриває американський вчений Роберт Гордон: «американські юристи опинилися в цікавій ситуації, проте і дуже цікавій, відчуваючи себе абсолютно вільними, відмовляючись від клієнтів саме з фінансових причин» [6, с. 67]. Автор вказує на те, що, нажаль, складається ситуація, за якої юридична практика перетворюється фактично на бізнес, в якому адвокати через недостатнє фінансове забезпечення змушені відмовлятися від деяких клієнтів, адже справи інших можуть принести більшу винагороду, замість того, аби захищати інтереси всіх клієнтів, не залежно від розміру гонорару. Тож, у цьому контексті вважаємо позитивним досвід зарубіжних країн, в яких адвокати суміщають свою адвокатську діяльність з роботою за трудовим договором, що дає можливість отримувати додаткову винагороду та не обирати з-поміж клієнтів лише тих, які платять більше. Варто вказати, що в Україні після постанови Верховного Суду у складі колегії касаційного адміністративного суду [7] стосовно можливості роботи адвоката за трудовим договором, така практика також стала більш розповсюдженою.

На думку В. В. Заборовського, «незалежність адвоката повинна забезпечуватися, в тому числі, й у фінансовому аспекті, а тому, по-перше, розмір його щорічних внесків повинен бути незначним (не обтяжливим для нього), а по-друге, за їх несплату адвоката не може бути позбавлено права на заняття адвокатською діяльністю» [8, с. 216]. Повністю підтримуємо думку автора та вважаємо, що залежність від органів адвокатського самоврядування є неприпустимою та порушує принцип незалежності адвоката. Особливо гострою тема сплати внесків [9] стає для адвокатів-початківців, в яких розмір гонорару взагалі може бути недостатнім для їхньої сплати, особливо якщо вони отримали свідоцтво про право на зайняття адвокатською діяльністю в кінці року, а обов'язок сплати внесків вже ліг на їхні плечі, що може бути значним тягарем на початку кар'єри. Тож, можливо варто переглянути рішення щодо сплати внесків та надати відстрочку або можливість їхньої несплати в деяких особливих випадках за умови аргументації цієї

необхідності, окрім тих, які вже передбачені переліком, встановленим Радою адвокатів в п. 2.10 Положення «Про внески на забезпечення реалізації адвокатського самоврядування», які стосуються осіб з інвалідністю, учасників бойових дій, ліквідаторів наслідків аварії на Чорнобильській АЕС та тих, хто був змушений залишити місце проживання у результаті або з метою уникнення негативних наслідків збройного конфлікту чи тимчасової окупації [10].

Отже, фінансова незалежність адвоката є частиною незалежності адвоката. Вона може складатися, зокрема з фінансової залежності від органів адвокатського самоврядування, а також від клієнта та від держави. Прикладом залежності від держави може слугувати встановлення спеціальних тарифів та граничних розмірів гонорарів успіху. На нашу думку, з метою зміцнення незалежності адвоката та адвокатури в цілому доцільно переглянути спосіб формування Методики обчислення винагороди адвоката при наданні безоплатної вторинної допомоги для того, аби винагорода і в таких категорія справ була на достатньому рівні, а розрахунок здійснювався не лише відповідно до кількості годин, що витрачаються адвокатом, а і охоплював інші чинники.

Наукова керівниця – д-р юрид. наук, професорка кафедри цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого Т. Б. Вільчик.

Література

1. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text> (дата звернення 27.11.2023).
2. Вільчик Т. Б. Реалізація принципу незалежності професійної діяльності адвокатів у взаєминах з державною владою. *Вісник Академії адвокатури України*. 2014.№2. С. 63-74.
3. Сибирцев И. Г. Теоретические основы независимости в рамках уголовного процесса. *Евразийская адвокатура*. 2010. №1 (8). С. 29-34.
4. Опитування адвокатів Програми «Адвокат Муйбутнього» на тему: Незалежність адвоката у професійній діяльності та професійних асоціаціях. 2018. С. 68. URL: http://tomorrowlawyer.org/wp-content/uploads/2017/11/Опитування-незалежність-адвоката-16_07_2018.pdf (дата звернення 27.11.2023).
5. Про внесення змін до деяких постанов Кабінету Міністрів України щодо доступу до безоплатної правничої допомоги : постанова Кабінету Міністрів від 7 листопада 2023 р. № 1163. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1163-2023-п#Text> (дата звернення 06.12.2023).
6. Robert W. Gordon. The Independence Of Lawyers. HeinOnline. 68 *B.U.L. Rev.* 83, 1988, р. 83. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/72827877.pdf> (дата звернення 07.12.2023).

7. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду у справі № 826/15943/17 від 09.07.2020. URL: https://verdictum.ligazakon.net/document/90300211?utm_source=biz.ligazakon.net&utm_medium=news&utm_content=bizpress05 (дата звернення 06.12.2023).

8. Заборовський В. В. Правовий статус адвоката в умовах становлення громадянського суспільства та правової держави в Україні : дис. д-ра юрид. наук: 12.00.10., 2017. 577 с.

9. Про сплату щорічного внеску на забезпечення реалізації адвокатського самоврядування на 2023 та 2024 роки : рішення Ради адвокатів України від 16-17 листопада 2022 р. №135. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/rishennya/2022-11-16-r-shennya-rau-135_6389bb1d3e0b3.pdf (дата звернення 06.12.2023).

10. Про внески на забезпечення реалізації адвокатського самоврядування, затвердженого Ради адвокатів України від 03.02.2017 № 4. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0004871-17#Text> (дата звернення 10.12.2023).

Тарасова А.,

адвокат, член Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури, член Комітету з питань адвокатської етики НААУ, м. Київ, Україна

ЕТИЧНІ АСПЕКТИ ВІДНОСИН АДВОКАТА З НЕДІЄЗДАТНИМ (ОБМЕЖЕНО, ЧАСТКОВО ДІЄЗДАТНИМ) КЛІЄНТОМ

Новий час, нові виклики, але як і завжди у всі часи перед адвокатами, за будь яких умов на меті – належне виконання їх професійного обов'язку, визначеного статтею 21 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» і насамперед дотримання присяги адвоката України та Правил адвокатської етики, виконання інших обов'язків, передбачених законодавством та договором про надання правової допомоги.

У Розділі III Правил адвокатської етики, який регулює відносини адвоката з клієнтами, окремо визначені етичні аспекти відносин адвокатів з певними категоріями клієнтів, а саме – юридичними особами та недієздатним (обмежено, частково дієздатним) клієнтом.

Саме на особливостях етичних аспектів відносин адвоката з недієздатним (обмежено, частково дієздатним) клієнтом, визначених в ст. 37 Правил адвокатської етики необхідно зупинити увагу саме сьогодні тому, що війна вплинула на долі людей і така категорія клієнтів значно збільшилась.

Недієздатність (обмежена, часткова дієздатність) клієнта, або його фактично знижена здатність адекватно оцінювати дійсність, сама по собі

не може бути підставою, що виправдовує невиконання (неналежне виконання) адвокатом своїх професійних обов'язків стосовно такого клієнта.

Якщо через вік, психічне захворювання, інші об'єктивні причини у клієнта знижена можливість приймати виважені рішення, пов'язані зі змістом доручення, адвокат повинен намагатися підтримувати з ним нормальні стосунки, що відповідають вимогам Правил адвокатської етики.

Особливо необхідно зазначити, що якщо клієнт у встановленому законом порядку визнаний недієздатним (обмежено дієздатним) і над ним встановлено опіку (піклування), або якщо клієнт є неповнолітнім, й інтереси клієнта, відповідно, представляє законний представник (або опікун, піклувальник), який свідомо для адвоката діє на шкоду законним інтересам неповнолітнього (підопічного), адвокат повинен: відмовитись від прийняття (або, відповідно, продовження виконання) доручення, яке може завдати шкоди інтересам неповнолітнього (підопічного); вжити всіх доступних йому заходів для захисту законних інтересів клієнта; поставити органи опіки та піклування до відома щодо зазначених дій опікуна (піклувальника) недієздатного (обмежено дієздатного) клієнта або законних представників (опікуна) неповнолітнього.

Згідно ст. 8 Правил адвокатської етики, у межах дотримання принципу законності адвокат зобов'язаний у своїй професійній діяльності виходити з переваги інтересів клієнта.

Виходячи з вищевказаного, в якому би психологічному чи фізичному стані не був клієнт, адвокат завжди повинен підтримувати його на всіх стадіях розвитку справи, керуючись Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», Правилами адвокатської етики, та положеннями, що викладені в договорі правової допомоги і узгоджені між адвокатом та його клієнтом.

Адвокату забороняється: використовувати свої права всупереч правам, свободам та законним інтересам клієнта; без згоди клієнта розголошувати відомості, що становлять адвокатську таємницю, використовувати їх у своїх інтересах або інтересах третіх осіб; займати у справі позицію всупереч волі клієнта, крім випадків, якщо адвокат впевнений у самообмові клієнта; відмовлятися від надання правової допомоги, крім випадків, установлених законом.

Також адвокат забезпечує захист персональних даних про фізичну особу, якими він володіє, відповідно до законодавства з питань захисту персональних даних.

Підставою для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності є вчинення ним дисциплінарного проступку, до яких відносяться, відповідно до ч. 2 ст. 34: порушення вимог несумісності; порушення присяги адвоката України; порушення правил адвокатської етики; розголошення адвокатської таємниці або вчинення дій, що призвели до її розголошення; невиконання або неналежне виконання

своїх професійних обов'язків; невиконання рішень органів адвокатського самоврядування; порушення інших обов'язків адвоката, передбачених законом.

Адвокати, порушуючи вищезначені норми піддаються дисциплінарній відповідальності, за скаргами, в тому числі, клієнтів, чії права порушені. Але право на звернення до кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури із заявою (скаргою) щодо поведінки адвоката, яка може бути підставою для дисциплінарної відповідальності, має кожен, кому відомі факти такої поведінки.

Також мають місце випадки, коли в силу певних обставин здоров'я клієнта зазнає негативних змін під час дії договору про надання правової допомоги. Не рідко трапляється так, що клієнта, в межах закону, визнають недієздатним.

У будь-якому випадку адвокат повинен керуватися Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Також, згідно ст. 18 Правил адвокатської етики адвокат повинен інформувати клієнта, щодо ведення дорученої йому справи, у тому числі щодо правової позиції у справі, а саме: до підписання договору про надання професійної правничої (правової) допомоги у справі адвокат повинен з'ясувати всі відомі клієнту обставини, які можуть позначитися на визначенні наявності правової позиції у справі та її змісті, та запитати і вивчити всі відповідні документи, які є в розпорядженні клієнта. Якщо після виконання цих вимог адвокат переконується у наявності фактичних і правових підстав для виконання певного доручення, він повинен неупереджено й об'єктивно викласти їх клієнту і повідомити в загальних рисах, який час і обсяг роботи вимагатиметься для виконання цього доручення та які правові наслідки досягнення результату, якого бажає клієнт.

Якщо за наявності фактичних і правових підстав для виконання доручення свідомо для адвоката існує поширена несприятлива (з точки зору гіпотетичного результату, бажаного для клієнта) практика застосування відповідних норм права, адвокат зобов'язаний повідомити про це клієнта.

У випадку, коли адвокат дійде висновку про відсутність фактичних та правових підстав для виконання доручення, він зобов'язаний повідомити про це клієнта та узгодити з ним зміну змісту доручення, що відповідав би тому гіпотетичному результату, який може бути досягнутий згідно з чинним законодавством, або відмовитись від прийняття доручення.

Адвокат повинен неупереджено й об'єктивно повідомити клієнту наявність відомих йому фактичних і правових підстав, які можуть позитивно або негативно впливати на ймовірне виконання певного доручення, і поінформувати в загальних рисах, який час і обсяг роботи вимагатиметься для виконання цього доручення та які правові наслідки досягнення результату, що бажає клієнт.

Положення Правил адвокатської етики чітко підкреслюють основи взаємовідносин між адвокатом та клієнтом, повагу один до одного та

виконання обов'язків один перед одним. Чи не малозначним є той факт, що адвокат при здійсненні своєї професійної діяльності повинен дотримуватися прав людини, першочергових інтересів свого клієнта, незалежно від стану здоров'я останнього.

Слід звернути увагу на тому, що приймаючи доручення на захист, представництво інтересів такого клієнта адвокат повинен зважити і на свої можливості, бо саме в цій стадії адвокат має можливість без пояснень відмовитись від прийняття на себе зобов'язань про надання правової допомоги.

В дисциплінарних провадженнях, які надійшли з Кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури регіонів до Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури, мають місце випадки, коли адвокат втрачає внутрішні можливості комунікувати з клієнтом, знаходити контакт з таким клієнтом, некоректно та неетично реагує і в односторонньому порядку розриває договір про надання правової (правничої) навіть у випадку коли це не передбачено договором, при тому порушуючи Правила адвокатської етики. Є випадки нехтування обов'язками, не використання всіх можливостей, які є в ресурсі на користь клієнта.

Саме тому в межах надання правової допомоги недієздатному (обмежено, частково дієздатному) клієнту, як найбільш чутливій, категорії клієнтів, адвокат повинен приділяти особливу увагу, бути коректним та виваженим, разом з тим не зачіпаючи гідність особи, якій надає правову допомогу.

Топчанюк О.,

*аспірантка кафедри цивільної юстиції та адвокатури
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
м. Харків, Україна*

ПРАВОВИЙ СТАТУС СТАЖИСТА ТА ПОМІЧНИКА АДВОКАТА ЗА СУДОВИМИ СТАТУТАМИ 1864 РОКУ

У період проведення судово-правової реформи 1864 р. в Україні було створено інститут помічників присяжних повірених. У «Судових статутах від 20 листопада 1864 р. він згадувався дуже мало.[1] Правовому статусу присяжних повірених було присвячено розділ II глави IX «Заснування судових установ»: «Про осіб, що знаходяться при судових місцях». Нормативне регулювання діяльності помічників присяжних повірених у ті часи знаходилось на початковому рівні, а організаційно-правові основи адвокатури того часу мали свої особливості в межах окремого судового округу. Кожен помічник мав бути приписаний до певного присяжного повіреного, який ставав його патроном і мав контролювати його діяльність.

У багатьох округах України встановлювалося, що помічниками можуть бути особи, які отримали вищу юридичну освіту та мали атестати або свідоцтва про закінчення курсу юридичних наук в університетах та про те, що вони склали іспит у вищих навчальних закладах. Варто зазначити, що не всі особи могли бути присяжними повіреними або їх помічниками. Відповідно до ст. 407 «Заснування судових установ»: «Присяжними повіреними могли бути особи, які прослужили не менше п'яти років за судовим відомством на таких посадах, при виправленні яких могли придбати практичні відомості у провадженні судових справ, або також не менше п'яти років перебували кандидатами на посади по судовому відомству, або займалися судовою практикою як їх помічники». Діяльність помічників присяжних повірених в ті часи здійснювалася у таких формах: судове представництво; участь у роботі юридичних консультацій; надання допомоги присяжним повіреним під час роботи в судових установах (ст. 353, 354, 355 «Судових Статутів»).

Закон 1874 р. (Правове становище приватних повірених регулювалося статтями 406.1–406.19 «Заснування судових установ» та «Правилами осіб, які мають бути приватними повіреними в судових справах», затвердженими 25 травня 1874 р.) надав можливість помічникам присяжних повірених набувати статус приватних повірених і одержувати свідоцтво про право займатися судовою практикою за умов наявності необхідної освіти та відповідного стажу. Це призвело до того, що становище помічників приватних повірених стало двозначним. З одного боку, вони працювали під наглядом присяжних повірених та лише намагалися набути статус присяжного повіреного, підпадали під дисциплінарний контроль і дисциплінарну компетенцію судових органів, а з іншого – повноцінними захисниками як молодша ланка присяжних повірених та «знаходилися під віданням і найближчим спостереженням своїх рад», які мали право притягати їх до дисциплінарної відповідальності і застосовувати дисциплінарні заходи [2]. Тобто помічники опинилися в двозначному становищі – формально вони були і кандидатами в присяжні повірені, і самостійними приватними повіреними, що створювало певну невизначеність їх правового статусу. Розпочаті в 1883 р. спроби помічників домогтися повної самостійності у веденні цивільних справ не увінчалися успіхом.

У проєкті закону 1884 р., який вносив зміни до «Судових статутів» 1864 р. [1] було знову поставлено питання про право помічників на судове представництво. Комісія, обрана для складання проєкту, пропонувала надати помічникам право на ведення «чужих справ у загальних судах», але за умови письмової на те згоди патрона (присяжного повіреного) [3] в кожній справі, а також з дозволу ради адвокатів. Надання помічникам деякої самостійності пояснювалося прагненням ради не обмежувати помічників тільки фактичною допомогою присяжним повіреним при збереженні особистого патрона, тому що в

іншому випадку існувала небезпека скорочення кількості осіб, які займаються адвокатською діяльністю. Вищенаведений проєкт був прийнятий 17 лютого 1885 р. на загальних зборах присяжних перевірених і доповнений положеннями про надання дозволу ради не тільки на ведення цивільних справ у загальних судах, але також і на отримання права на здійснення захисту у кримінальних справах. Однак і ця спроба організації судової практики помічників ні до чого не призвела, тому що проєкт, представлений у судовій палаті, а потім у Міністерстві юстиції, не був підтриманий. Через чотири роки, 18 березня 1889 р. рада знову намагалася вирішити питання про можливість здійснення судової практики помічниками, вважаючи, що деякі положення проєкту від 17 лютого 1885 р. можуть бути введені в дію до законодавчого затвердження всього проєкту. Ця спроба виявилася вдалою та Рада адвокатів ухвалила покласти на присяжних спостереження за тим, щоб помічники одержали від них і від ради письмовий дозвіл на ведення кожної цивільної справи в загальних судах. Прийняття вказаного законодавства потягло за собою встановлення відповідного обов'язку щодо практичного та теоретичного навчання своїх підопічних, що в свою чергу дозволяло виділити одну з їх функцій – виховання гідних кандидатів для отримання в майбутньому статусу адвоката.

Аналіз значення інституту помічників присяжних повірених для розвитку вітчизняної правозахисної діяльності доводить, що він виконав свою головну задачу – сприяв розвитку засад прийняття до адвокатської спільноти осіб, що відповідають формальним вимогам, проходження нами стажування під наглядом за ними з боку присяжних повірених-патронів та Рад присяжних повірених. Підготовка стажистів та помічників адвоката повинна бути вибудована навколо підготовки професіонала як особистості, що є суб'єктом реалізації власної стратегії професійного становлення та розвитку. Проведений аналіз законодавства дає змогу визначити, що спроба унормувати статус стажиста та помічника адвоката починається в далекому минулому, коли помічники присяжних повірених могли самостійно вести справи в суді. Умови, встановлені «Судовими статутами» для допуску в присяжні повірені, у цій частині східні з умовами набуття статусу адвоката, прийнятими в країнах Європейського Союзу. Так, у деяких країнах Європейського Союзу (далі ЄС) стажисти адвоката проходять судову практику на етапі отримання дозволу на здійснення адвокатської діяльності: Франція, Австрія, Португалія, Німеччина [4–6]. У Німеччині адвокатом може бути особа, яка відповідно до Закону визнається придатною до здійснення суддівських обов'язків [5].

Література

1. Беліков С. Я. Судові статuti від 20 листопада 1864 року. Типографія Гогенфельдена та компанії, 1865.
2. Присяжний повірений // Юридична енциклопедія : [у 6 т.] / ред.

кол. : Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) [та ін.]. Київ : Українська енциклопедія ім. М. П. Бажана, 2003. Т. 5: П – С. 736 с.

3. Шандра В. С. Судова реформа 1864 // Енциклопедія історії України: Т. 9: Прил. — С / Редкол.: В. А. Смолій (голова) та ін. НАН України. Інститут історії України. Київ : Наукова думка, 2012. С. 891–892.

4. Lei n.º 145/2015 de 9 de setembro. URL: <https://portal.oa.pt/ordem/regras-profissionais/estatuto-da-ordem-dos-advogados/>.

5. Germany – Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO). URL: <https://www.ccbe.eu/documents/professional-regulations/#panel-712-1>.

6. Austria – The Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes, für die Überwachung der Pflichten des Rechtsanwaltes und für die Ausbildung der Rechtsanwalts... URL: <https://www.ccbe.eu/documents/professional-regulations/#panel-712-1>.

7. Судово-процесуальний кодекс Швеції. URL: <https://www.advokatsamfundet.se/Advokatsamfundet-engelska/Rules-and-regulations/Code-of-Judicial-Procedure/>.

Наукова керівниця – д-р юрид. наук, професорка кафедри цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого Т. Б. Вільчик.

Хотинська-Нор О.,
д-р юрид. наук, проф.,
завідувачка кафедри нотаріального, виконавчого процесу
та адвокатури, прокуратури, судоустрою
Навчально-наукового інституту права Київського національного
університету імені Тараса Шевченка,
заслужений юрист України,
м. Київ, Україна

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ УЧАСТІ АДВОКАТУРИ У ФОРМУВАННІ ВИЩОЇ РАДИ ПРАВОСУДДЯ

Конституційна реформа 2016 р. щодо правосуддя змінила конфігурацію розвитку інститутів, задіяних у механізмі його реалізації. Адвокатура, як інститут громадянського суспільства, покликаний забезпечувати право особи на захист у його широкому сенсі, знайшла свою інституціоналізацію у ст. 131-2 Основного Закону держави, що структурно «вмонтована» у розділ VIII «Правосуддя». І це цілком виправдано, адже право на захист є складовою права на справедливий суд, гарантованого ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Як неодноразово підкреслював Європейський

суд з прав людини, «належне функціонування судів було б неможливим без відносин, що ґрунтуються на увазі та взаємоповазі між різними сторонами правосуддя, на першому плані серед яких стоять судді та адвокати. Специфічний статус адвокатів надає їм центральне місце в здійсненні правосуддя в якості посередників між громадськістю та судами» [1].

Однак, взаємозв'язок адвокатури та судової влади існує не лише у царині реалізації функції правосуддя. Відповідно до ст. 131 Конституції України адвокатура є одним із суб'єктів, який формує Вищу раду правосуддя (ВРП) – орган суддівського врядування, глобальною місією якого є забезпечення незалежності суддів і судової влади в державі. Таким чином, можна стверджувати, що не лише правозахист є конституційною функцією адвокатури. Такою також є формування конституційного органу судової влади.

Утім, це не перешкоджає перманентному загостренню дискусії щодо виправданості участі адвокатської спільноти, втім, як і прокурорської, у формуванні ВРП. Наприклад, можна знайти окремі тези щодо необхідності усунути представників прокуратури та адвокатури від членства у ВРП, оскільки це породжує внутрішній конфлікт інтересів та навіть підриває незалежність судової системи [2].

Із цього приводу слід зазначити, що залученість адвокатури до формування ВРП є одним із інструментів легітимації судової влади в державі, запобігаючи її корпоративізму в негативному та небезпечному сенсі цього явища. З цього приводу Венеційська комісія наголосила, що «корпоративізм має бути збалансований членством інших правничих професій, користувачів судової системи, тобто адвокатами, прокурорами, нотаріусами, науковцями, громадянським суспільством» [3].

Власне, участь адвокатської спільноти і у формуванні ВРП, і у її складі, забезпечує функціонування в Україні змішаного типу судової ради, якою є ВРП у розумінні існуючих міжнародних стандартів. Змішаний склад має ряд переваг, особливо цінних для держав молодшої демократії, до яких належить наша держава. Так, у Висновку № 10 (2007) «Про судову раду на службі суспільству» Консультативна рада європейський суддів (КРЄС) зауважила, що на її думку «змішаний склад матиме перевагу з огляду як на уникнення сприйняття корпоративного інтересу, протекціонізму та надання преференцій, так і відображення різних суспільних поглядів. Це надасть судовій владі додаткове джерело легітимації», ...КРЄС радила б систему, в якій призначення членів-не суддів здійснювалося б неполітичними органами» [4]. В іншому своєму висновку КРЄС вказала на єдність цілей суддів і адвокатів у реалізації принципу верховенства права в контексті функціонування судової влади: «держави, які керуються принципом верховенства права, повинні організувати свої судові системи таким чином, щоб верховенство права та повага до основоположних прав і свобод гарантувалися відповідно до Європейської конвенції з прав людини, а також згідно з

судовою практикою Європейського суду з прав людини. І судді, і адвокати мають відігравати важливу роль у досягненні цієї мети всіма можливими способами» [5].

Тож наведене дає підстави погодитись із позицією тих науковців, які вважають, що адвокатура, як суб'єкт формування ВРП, є пересторогою замкнутості судової влади, відіграючи функцію запобіжника, «а також сприяє розвитку системних зв'язків як необхідної умови ефективного функціонування судової влади в державі» [6, с. 52-53].

Теоретизуючи питання участі адвокатури у формуванні ВРП, не можна оминати увагою особливість сучасного формату реалізації цієї конституційної функції. Зокрема, нині адвокатська спільнота є єдиною професійною спільнотою, яка не лише не представлена у діючому нині складі ВРП, але й не вчинила жодних дій, спрямованих на делегування своїх представників.

На противагу іншим суб'єктам, які спромоглися в умовах воєнного стану організувати необхідні процедури та забезпечили повноважність складу ВРП, відновивши її повноцінне функціонування, адвокатура не поспішає реагувати на заклики реалізувати своє конституційне повноваження. Питання щодо цього залишається відкритим.

Водночас, поряд із ним актуалізується питання щодо впровадження необхідних запобіжників і гарантій, спрямованих на забезпечення сталого та безперервного функціонування ВРП і загалом системи суддівського врядування. Наприклад, таким запобіжником може стати запровадження «резервних» інструментів оперативного формування складу ВРП у разі втрати ним повноважності. Як варіант, на рівні закону можливо передбачити обов'язок суб'єктів формування ВРП сформувати резервний рейтинг кандидатів на посаду члена ВРП за своєю квотою. Якщо діючий член ВРП складе свої повноваження, суб'єкт формування ВРП повинен призначити на вакантну посаду першого у рейтингу і таким чином забезпечити стале функціонування ВРП [7].

У будь-якому разі запропоновані ідеї потребують всебічного обговорення з урахуванням їх можливих модифікацій, прогнозування наслідків реалізації, що закладає основу для подальшої наукової дискусії.

Література

1. Case of Bagirov v. Azerbaijan. 25.09.2020. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-203166%22%5D%7D>.
2. Ревер С. Вища рада правосуддя: порядок формування та компетенція. *Український часопис конституційного права*. 2018. № 3. С. 54-61.
3. European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission). Opinion No. 966 / 2019 «Draft Law on the reform of the Supreme Court of Justice and the Prosecutor's Offices». URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-REF\(2019\)031-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-REF(2019)031-e).

4. Висновок № 10 (2007) Консультативна рада європейський суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи про судову раду на службі суспільству. URL: https://court.gov.ua/userfiles/visn_10_2007.pdf.

5. Висновок № 16 (2013) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи про відносини між суддями та адвокатами. URL: <https://court.gov.ua/userfiles/KRES%20Vusnovok.pdf>.

6. Демидюк О.Б. Організаційно-правові засади діяльності Вищої ради правосуддя: дис. ...д-ра філософії 081 – Право. Київ, 2023. 230 с.

7. O Khotynska-Nor 'Optimisation of Judicial Governance in Ukraine as a Prerequisite for the Stability of its Court System After War' 2023 4 (21) *Access to Justice in Eastern Europe*. URL: <https://doi.org/10.33327/AJEE-18-6.4-n000414>

Ципліцький Д.,
здобувач вищої освіти ступеня доктора
філософії першого р. навчання,
Національний науковий центр «Інститут судових експертиз
ім. засл. проф. М. С. Бокаріуса» Міністерства юстиції України

ЩОДО ПИТАННЯ НАДАННЯ АДВОКАТАМ ВІДСТРОЧКИ ВІД МОБІЛІЗАЦІЇ НА ПЕРІОД ВОЄННОГО СТАНУ: ВИКЛИКИ СЬОГОДЕННЯ

Введення в Україні 24 лютого 2022 р. Указом Президента України №64/2022 правового режиму воєнного стану допустило обмеження конституційних права і свобод людини і громадянина, передбачених статтями 30–34, 38, 39, 41–44, 53 Конституції України [1].

Указом Президента України № 65/2022 було оголошено про проведення загальної мобілізації [2].

Аналіз стану захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина адвокатами, які надають професійну правничу допомогу відповідно до ст. 131-2 Конституції України, надає можливість дійти висновку про обмеження конституційних прав, закріплених в ст. 59 Конституції України [3].

Вищезазначене не може залишатися поза увагою, оскільки статтею 59 Конституції визначено, що кожен має право на професійну правничу допомогу та кожен є вільним у виборі захисника своїх прав, а статтею 64 визначено, що в умовах воєнного або надзвичайного стану не може бути обмежено право особи, передбачене, зокрема, статтею 59 Конституції України.

Суть зазначеного порушення полягає в тому, що адвокатам, які є військовозобов'язаними, безпосередньо під час надання правової допомоги клієнтам подекуди вручаються повістки про виклик до ТЦК та

СП, а також проводяться відносно них інші дії, передбачені Законом України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію» [4].

В контексті даного питання мова не йде про ухилення від мобілізації та заклик до невиконання свого конституційного обов'язку по захисту Батьківщини. Мова йде виключно про мобілізацію адвокатів як спробу «прибрати» зі справи адвоката, який своїми професійними діями надто «незручно» для певних органів досудового розслідування здійснює захист клієнта.

Широкому загалу через засоби масової інформації вже відомий ряд випадків, коли порушувалися професійні права адвокатів і, як наслідок, – порушувалися конституційні права їх клієнтів на захист.

Зокрема, в мережі інтернет містяться інформаційні публікації наступного змісту ««П'яні вечірки»: під час обшуку повістку вручили також адвокату» [5] або «Адвокату, який прийшов захищати клієнта у військкомат, вручили повістку» [6].

В даних публікаціях як раз мова йде про спроби прибрати «незручних» адвокатів зі справи, або, принаймні, відволікти їх від виконання своїх конституційних обов'язків по захисту клієнтів.

Є цілком очевидним, що подібні ситуації відбувалися та продовжують відбуватися значно частіше, ніж вони знаходять своє відображення у публічній царині.

Зазначена проблема не залишилася і поза увагою Національної асоціації адвокатів України.

Так, Рада адвокатів України у своєму рішенні №66 від 02 серпня 2022 р. «Про неприпустимість тиску на адвокатів шляхом вручення повістки про прибуття в центр комплектування та соціальної підтримки в судах та правоохоронних органах під час виконання ними професійних обов'язків» наголосила, що вручення адвокату повістки прибути в центр комплектування та соціальної підтримки для призову на військову службу під час здійснення ним адвокатської діяльності в приміщенні суду чи в правоохоронних органах, є діями, що свідчать про тиск на адвоката у зв'язку із здійсненням ним адвокатської діяльності, що як наслідок обмежує конституційне право людини на захист та позбавляє захисника можливості належним чином здійснювати свої професійні обов'язки [7].

На законодавчому рівні на сьогоднішній день порушену проблематику пропонувалося врегулювати щонайменше двічі.

21 серпня та 05 вересня 2023 р. у Верховній Раді України було зареєстровано два Проекти закону Про внесення змін до Закону України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію» щодо забезпечення кожному права на захист в умовах воєнного стану за №№9631 та 9631-1 відповідно [8], [9].

В кожному із запропонованих проєктів Закону, серед іншого, йшла мова про надання відстрочки від мобілізації на період військового стану певній категорії адвокатів. Містилася прив'язка або до загального стажу адвокатської діяльності, або до факту включення адвокатів до Реєстру

адвокатів, які надають безоплатну вторинну правничу допомогу, або ж до дати включення відомостей про адвокатів до Єдиного реєстру адвокатів України.

Проте науково-експертними висновками Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України обидва проєкти Закону були визнані такими, що містять певні дискримінаційні умови та потребують технічно-юридичного вдосконалення.

Узагальнюючи викладене, необхідно зазначити, що окреслена проблема залишається неврегульованою на законодавчому рівні, що, в свою чергу, призводить до подальшого порушення конституційного права людини на професійну правничу допомогу через призму порушення професійних прав адвокатів.

Таким чином, вважаю за необхідне внести зміни до ст. 23 Закону України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію» доповнивши її наступним змістом: «Не підлягають призову на військову службу під час мобілізації військовозобов'язані: адвокати, визначені в ч. 1 ст. 6 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», щодо яких в Єдиному реєстрі адвокатів України відсутні відомості про зупинення або позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю» [10].

Література

1. Про введення воєнного стану в Україні : Указ Президента України від 24.02.2022 р. № 64/2022. URL: <https://www.president.gov.ua/documents/642022-41397>.

2. Про загальну мобілізацію : Указ Президента України від 24.02.2022 р. № 65/2022. URL: <https://www.president.gov.ua/documents/652022-41653>.

3. Конституція України. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.

4. Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію : Закон України від 21 жовтня 1993 р. № 3543-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3543-12#n420>.

5. «П'яні вечірки»: під час обшуку повістку вручили також адвокату»: інтернет-публікація «Суспільне Новини» від 02 лютого 2023 р. URL: <https://suspilne.media/373709-pani-vecirki-pid-cas-obsuku-povistku-vrucili-takoz-advokatu/>.

6. «Адвокату, який прийшов захищати клієнта у військкомат, вручили повістку»: інтернет-публікація «ua.news» від 18 липня 2023 р. URL: <https://ua.news/ua/ukraine/advokatu-pryshedshemu-zashhyshhat-klyenta-v-voenkomat-vruchyly-povestku>.

7. Про неприпустимість тиску на адвокатів шляхом вручення повістки про прибуття в центр комплектування та соціальної підтримки в судах та правоохоронних органах під час виконання ними професійних

обов'язків : Рішення Ради адвокатів України від 02 серпня 2022 р. № 66.
URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/rishennya/2022-08-02-r-shennya-rau-66_62fcfcbedf3d6.pdf.

8. Про внесення змін до Закону України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію» щодо забезпечення кожному права на захист в умовах воєнного стану : проект Закону від 21 серпня 2023 р. № 9631.
URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/42559>.

9. Про внесення змін до Закону України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію» щодо забезпечення кожному права на захист в умовах воєнного стану : проект Закону від 05 вересня 2023 р. № 9631-1.
URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/42665>.

10. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05 липня 2012 р. № 5076-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text>.

Наукова керівниця – д-р юрид. наук, проф., перший заступник директора Національного наукового центру «Інститут судових експертиз ім. Засл. проф. М. С. Бокаріуса» Міністерства юстиції України
Г. О. Спіцина.

СЕКЦІЯ II

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ СУДОВОЇ ВЛАДИ

*Albanesi Enrico,
University of Genova, Department of Law Associate
Professor of Constitutional Law*

Альбанезі Енрико,
доктор філософії у галузі права,
доцент кафедри конституційного
права Університету Геноа,
м. Геноа, Італія

ACCESS TO JUSTICE AND ONLINE TRIAL. A PERSPECTIVE OF CONSTITUTIONAL LAW

ДОСТУП ДО ПРАВОСУДДЯ ТА ОНЛАЙН СУДОЧИНСТВО. ПЕРСПЕКТИВИ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА

Legally speaking, access to justice is a multi-faceted concept whose core is well formed, for example, by the Universal Declaration of Human Rights (1948).

On the one hand, under art. 8 of the Declaration, «Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the constitution or by law». On the other hand, art. 10 of the Declaration, reads as follows: «Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him».

Right of defence and the principle of fair trial, in the light of the rule of law: this is the core of the legal concept of access to justice. As Buckley (2008, pp. 567-571) noted, the constitutional core of access to justice regards access to the courts, effective remedies, and legal services.

Under the Italian Constitution (1947) the right of defence and the principle of fair trial are respectively regulated under art. 24 and art. 111 of the Constitution. Art. 24, paragraph 1, of the Italian Constitution, reads as follows: «All persons are entitled to take judicial action to protect their individual rights and legitimate interest». Under art. 111, paragraph 1, «Jurisdiction is implemented through fair trial regulated by law» (from the perspective of the Italian civil procedural law: Grossi, Pagni, 2010).

There are some corollaries to the access to justice under the Italian Constitution. One should bear in mind the principle of efficiency in the public administration. Under art. 97, paragraph 1, of the Italian Constitution «Public offices are organised according to the provisions of law, so as to ensure the

efficiency and impartiality of administration”. Although art. 97 literally refers to the «administration», the Italian Constitutional Court stated that such a principle also concerned the Judiciary. However, due to the independence of the Judiciary, it does not regard the judicial function as such, viz. the regulation of the process as such (Italian Constitutional Court, 30 March 1992, Judgment No. 140, para. 5); but only the provision of employees and instruments of the Judiciary to allow it to efficiently carry out its judicial function.

In a Paper produced in 2013, the OECD Economic Department Paper noted that «Systems devoting a large share of the justice budget to ICT investment display on average shorter trial length, as well as higher productivity of judges» (OECD Economic Department, 2013, p. 5).

For its part, in 2016 the United Nation Development Programme stressed «the importance of pursuing the modernization and automation of judicial services and of providing information on trial procedures and judicial verdicts. These measures not only allow greater efficiency in managing cases but also promote greater transparency and accountability. The establishment of management systems make it easier to identify and address problems in the judicial administration, and contribute to a more proactive judiciary» (UNDP, 2016, p. 52).

In the light of these relevant statements, the use of new technologies can facilitate the access to justice. From a perspective of Constitutional law, this means it can encourage the implementation of the constitutional principles of efficiency in the public administration and fair trial within reasonable time.

It is now time to reflect more in detail on the role ICTs can play in implementing those values, focusing on Italy as case-study.

After some initial difficulties, good achievements have been gained in Italy from the perspective of the implementation of the principles of access to justice through ICTs so far.

First, it is worth mentioning e-government services in Italy, which are useful to implement the principle of efficiency in public administration. In 2012 the Italian Ministry of Justice established a portal, which is called *Servizi Online Uffici Giudiziari* (i.e., E-government services of the Judiciary). This portal can be used by citizens for services such as paying stamp duties (viz. tax levied on documents) or to gain anonymous information of the status of proceedings. Anyone can access this information via the portal. It can be also used by barristers, for example to pay Court duties or to access and file electronic legal acts and documents concerning their proceedings within the online trial, as will be seen later. Barristers need a strong authentication (viz., need to be registered) to access these services but this allows them to access documents in their proceedings.

Secondly, it is interesting to focus on the Italian online trial. In Italy five kinds of online trials have been established so far: the online civil trial (PCT) since 30 June 2014, the online administrative trial (PAT) since 1 January 2017, the online tax trial (PPT) since 1 July 2019, the online constitutional trial

since 3 December 2021 and the online criminal trial (PPT) since 20 July 2023. In order to better understand how the online trial works in Italy, it is worth focusing on the Online Civil Trial, because it is the first and best established.

As for the infrastructures, the Ministry of Justice has established two main digital infrastructures for the online civil trial. One is the aforementioned E-justice Portal, via which barristers, Judges and clerks can access information and electronic legal acts and documents concerning their proceedings. The other one is a file system, where electronic legal acts and documents are filed.

With regards to the ICT tools for the online civil trial, the main ones are the following.

First, a Word processor program. It is simply the programme that everyone uses every day to write a Word document with their computer.

Secondly, a PDF creator program. It is used to create a file in PDF format, which means a file that can be opened, seen and printed by other users via their computer in the same format the author of the file itself see it in theirs: this means in a manner independent of application software, hardware and operating system used by the user.

Thirdly, a smart card/business key. They are both physical electronic authorization devices and they are used to control access to a resource. A smart card is typically a plastic credit card-sized card with an embedded integrated circuit chip: usually a smart card reader is needed to read it in a computer. On the contrary, a business key does not usually require a special input device. For example, a simple smartphone can be used for this purpose, in order to receive the authentication data needed (e.g. a password): the business key generates authentication data that can be entered manually in a computer by the user.

They both contain secret information that is used to prove the identity of the user when they access. This is the reason why in the online trial, they both can be used to ensure strong authentication for two aims: first, in order to access the E-justice Portal and thus those legal acts and documents concerning their proceedings; secondly, in order to digitally sign a legal act (viz. to digitally issue the act in order to guarantee that its contents have been produced by the person who has digitally signed the act and that its contents have not been altered in transit).

Fourthly, editor software. It adds to the aforementioned legal act some information, such as the case reference number, the matter of the case, the status of proceedings or the name of the competent Judges. The sum of the legal act plus the aforementioned information is called the «envelope». This will help to store and then research the legal act itself, as this information connect the legal act with its proceedings.

Finally, a certified electronic mail (CEM). It is a special service that provides legal proof of mailing via a receipt to the sender. It is used by the user to file the legal act in the electronic system and get a legal receipt of mailing.

The main stages of the online civil trial are the following.

The legal act is issued via the word processor program; a PDF is then created; the PDF document is digitally signed. The «envelope» is created. The information concerning the case (e.g. the case reference number, the matter of the case, the status of proceedings or the name of the competent Judges) can be found in the E-justice portal. The «envelope» is issued via the editor software and then digitally signed. The «envelope» is filed, viz. it is sent via certified electronic mail and filed in the file system. A legal receipt of mailing is sent to the sender.

The use of ICTs in this field can also give rise to some controversial issues, as other conflicting constitutional principles are at stake (Albanesi, 2021).

First, the use of ICTs can bring risks concerning digital divide. Not all the citizens have enough computer skills. Moreover, access to the Internet is not actually guaranteed everywhere across the territory of the State. How can this conundrum be solved from a legal perspective?

The State shall make alternative means available. This is what the Court of Justice of the European Union stated in the Alassini case in 2010. The Court of Justice of the European Union clearly stated that «the exercise of rights [...] might be rendered in practice impossible or excessively difficult for certain individuals – in particular, those without access to the Internet – if the settlement procedure could be accessed only by electronic means». Therefore, such a national legislation complies with the principle of effectiveness «in so far [as] electronic means is not the only means by which the settlement procedure may be accessed» (ECJ, 2010, paras. 58-60).

Secondly, one could ask whether specific provisions should be set for an online trial.

From this perspective, the issue is twofold. First, it is worth asking what the legal consequences are, when digital legal acts are affected by digital irregularities. Does the same regulation concerning legal irregularities of the normal trial apply? Secondly, it is important to understand when, legally speaking, the difference between the normal trial and the online trial requires a different treatment of their regulations and when not.

As for the legal consequences when digital acts are affected by digital irregularities, since 2016 the Italian Supreme Court of Cassation has applied a general principle concerning trials (i.e., acts which are affected by legal irregularities are not declared void when they attain their legal purpose anyway) also to digital irregularities within the online trial. Thus, digital acts which are affected by digital irregularities are not to be declared void when they attain their legal purpose anyway, whereas they have to be declared void when they do not gain their legal purpose.

Some examples could help better understand this principle.

If a legal act has been attached in .doc format, then emailed via a certified electronic mail and thus actually known by the recipient, it can be inferred that the act attached has attended its legal purpose (being knowable), although the law required a .pdf format. Similarly, if the file of a

legal act has been encrypted as .pdf format instead of .p7m format (as required by the law), then emailed via a certified electronic mail and thus actually known by the recipient, it can be inferred that the act has attended its legal purpose (being knowable). Therefore, in both cases, the act has not to be declared void.

On the other hand, if a file, containing a legal act, is empty or illegible when it is sent to the recipient, it is clear that the act did not attend its legal purpose (being knowable), thus the act is to be declared void.

As for the differences between the normal trial and the online trial requiring a different regulation, the constitutional principles which should superintend this profile is that of equality/reasonableness.

As the Italian Constitutional Court clearly stated in 2019, specific provisions for online trial (i.e., different from those for normal trial) can be enacted, under the constitutional principle of equality/reasonableness, when there is reasonable reason for that. At the same time, under the same principle, specific provision for online trial shall be declared void, when there is no reasonable reason for such difference (Italian Constitutional Court, 9 April 2019, Judgment No. 75, para. 3).

A provision concerning the civil online trial was brought before the Italian Constitutional Court. Under this provision, the notification of a legal act sent via the certified electronic mail after 9pm and before 12am produced its effects at 7am of the next day (not at the time of its delivery, as happens with a normal notification). The rationale behind this provision was to protect the right to respect for private life of the recipient: if the notification produced its effects at the time of its delivery, the recipient would otherwise hold the burden of checking their email box after 9pm.

However, if one looks carefully, this provision can be seen as composed of two sub-provisions: under the first one, the notification of a legal act produced its effects *for the recipient* at 7am the next day; under the second one, the notification of the same legal act produced its effects *for the sender* at 7am of the next day.

The Italian Constitutional Court did not quash the first sub-provision: in this case, it found reasonable that specific provision concerning the online notification *for the recipient*, because there was a reasonable reason (viz., protecting the right to respect for private life of the recipient) underpinning that specific provision for the online trial.

On the other hand, the second sub-provision was declared void by the Italian Constitutional Court, because it regulated the online notification differently from traditional notification, without any reasonable reason for doing so: there was no reason underpinning the production of legal effects on the next day *for the sender*. Moreover, such different regulation for the online trial, affected the right of defence of the sender: the sender might be interested in having legal effects of the notification produced by 12am (and not on the next day), maybe because that was the last day for them to notify that act to the recipient.

This case clearly shows how the principle of equality/reasonableness can act as a sort of legal compass: specific provisions for online trial can be enacted, when there is reasonable reason for that; specific provision for online trial shall be declared void, when there is no reasonable reason for such a different provision from that enacted for the normal trial.

BIBLIOGRAPHY

1. Albanesi, E. (2021), *New Technologies as a Tool to Ensure an Efficient and Transparent Judicial Review of Regulation. Controversial Issues at Stake under the Constitution of Italy*, in *Tecnología, Administración pública y regulación*, edited by L.F. Moreno Castillo-W.I. Gallo Aponte-V.C. Lima López Valle, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021, pp. 197–222.
2. Buckley, M. (2008), *Searching for the Constitutional Core of Access to Justice*, in *The Supreme Court Law Review: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*, Vol. 42, pp. 567-593.
3. European Court of Justice (18 March 2010), C-317/08, C-318/08, C-319/08 and C-320/08.
4. Grossi, S. & Pagni, M.C. (2010), *Commentary on the Italian Code of Civil Procedure*, Oxford: Oxford University Press.
5. Italian Constitutional Court (30 March 1992), Judgment No. 140.
6. Italian Constitutional Court (9 April 2019), Judgment No. 75.
7. Organization for Economic Co-operation and Development [OECD] Economic Department (2013), *What makes civil justice effective? OECD Economic Department Policy Notes No. 18*, Paris: OECD Publishing. Available at:
<https://www.oecd.org/economy/growth/Civil%20Justice%20Policy%20Note.pdf>
8. United Nation Development Programme [UNPD] (2016), *A Transparent and Accountable Judiciary to Deliver Justice for All*, Bangkok: UNDP Publishing. Available at: <https://www.undp.org/content/undp/en/home/librarypage/democratic-governance/a-transparent-and-accountable-judiciary-to-deliver-justice-for-a.html>

Баулін Ю.,

д-р юрид. наук, проф.,

професор кафедри кримінального права

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,

керівник робочої групи з питань розвитку кримінального права

Комісії з питань правової реформи при Президентові України

**ЧИ ВІДПОВІДАЄ ПІДСТАВАМ КРИМІНАЛІЗАЦІЇ УХВАЛЕННЯ
СВАВІЛЬНОГО СУДОВОГО РІШЕННЯ?**

1. Згідно із ст. 5 Конституції України носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ, який здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування.

Державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Органи зазначених трьох гілок державної влади здійснюють свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України (ст. 6 Конституції України).

2. Правосуддя здійснюють судді (ч. 1 ст. 127 Конституції України). Суддя, який здійснює правосуддя, є незалежним та керується верховенством права (ч. 1 ст. 129 Конституції України).

Таким чином, судову гілку державної влади представляють судді, які здійснюють державні владні повноваження при вирішенні будь-якого юридичного спору та будь-якого кримінального обвинувачення, а також розглядають інші справи у випадках, передбачених законом (ч. 3 ст. 124 Конституції України).

До діяльності судді пред'являються такі ж вимоги, як і до будь-якого іншого представника держави при здійсненні ним державно-владних повноважень, а саме: судді як посадові особи органів судової державної влади зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачений Конституцією і законами України (ч. 2 ст. 19 Конституції України). Іншими словами, діяльність суддів підпорядковується принципу: «дозволено лише те, що передбачено Конституцією і законами України, все інше – заборонено».

Звичайно цьому ж принципу підпорядкована і діяльність органів та посадових (службових) осіб, які сприяють діяльності суддів по здійсненню правосуддя, наприклад, у кримінальних провадженнях, а саме, службових осіб оперативних підрозділів, дізнавачів, слідчих і прокурорів, а також органів виконання кримінальних покарань, тобто органів і посадових осіб системи кримінальної юстиції.

3. Конституційна вимога здійснювати правосуддя, керуючись верховенством права, означає для судді діяти на підставі принципів законності, юридичної визначеності, рівності, пропорційності, справедливості тощо. Документальним вираженням діяльності судді є акт застосування права, а саме, судові рішення. Згідно з вимогами процесуальних кодексів судові рішення повинно бути законним та обґрунтованим, а також вмотивованим.

4. Звичайно, що судді можуть помилятися при тлумаченні закону, а також при оцінці фактів і доказів. Для виправлення цих помилок передбачені апеляційні та касаційні інстанції, тобто механізми виправлення добросовісних помилок, коли правосуддя, хоча і є дефектами, відбулося.

Разом із тим, відомі випадки, коли судді ухвалюють рішення за обставин, при яких жоден добросовісний суд не міг би ухвалити подібне рішення. Іншими словами, вирішення питань факту і права є настільки

грубим, явним і несправедливим, що вихолощує право на доступ до суду і є за своєю суттю відмовою у правосудді. Таке судове рішення є неправосудним або свавільним.

5. Відомо, що чинний КК України (ст. 375) передбачав кримінальну відповідальність судді за постановлення завідомо неправосудного вироку, рішення, ухвали або постанови у вигляді обмеження волі на строк до 5 років або позбавлення волі на строк від 2 до 5 років.

Рішенням Конституційного Суду України від 11 червня 2020 р. ст. 375 КК була визнана такою, що не відповідає Конституції України (є неконституційною). Основним аргументом Конституційного Суду України є твердження, що у ст.375 КК не встановлено критеріїв, за якими можна визначити, яке судове рішення є «неправосудним», а також не розкрито змісту сполучення слів «завідомо неправосудне», що уможливорює неоднозначне розуміння складу злочину, кваліфікацію якого здійснено за цією нормою [1, п. 2.3].

Разом з тим, Конституція України не виключає можливості кримінальної та дисциплінарної відповідальності судді за ухвалені ним судові рішення (ч. 4 ст. 126 Конституції України). З цього приводу Конституційний Суд України зауважив, що «суддю може бути притягнуто до кримінальної відповідальності лише у випадку, коли правопорушення вчинено умисно, має місце свавільне зловживання повноваженнями судді, що перешкоджає здійсненню правосуддя чи переслідує нелегітимні цілі (заподіяння шкоди іншим особам або суспільним інтересам тощо), прикриваючись виконанням вимог закону... Конституційний Суд України вважає, що будь-яке кримінальне обвинувачення щодо судді має ґрунтуватися на приписах кримінального закону, що є достатньо чіткими, зрозумілими, однозначними та передбаченими, за умови встановлення гарантій, які забезпечують незалежність судді при здійсненні правосуддя» [1, п. 2.4].

Протягом 2,5 років Верховна Рада України не доповнила чинний КК подібною статтею відповідно до вимог, сформульованих у рішенні Конституційного Суду України.

6. Разом з тим, робоча група з питань розвитку кримінального права у складі Комісії з питань правової реформи при Президентові України підготувала проєкт нового Кримінального кодексу України, в якому передбачила кримінальну відповідальність судді за ухвалення свавільного судового рішення. Основний склад цього злочину передбачає наступне: «Суддя, який ухвалив свавільне, тобто завідомо незаконне та необґрунтоване судове рішення, – вчинив злочин 3 ступеня тяжкості». При цьому у глосарії роз'яснено, що термін «завідомо» означає розуміння особою, яка вчиняє кримінальне правопорушення, певного факту як явного та очевидного, і означає наявність у особи прямого умислу (п. 13 ч. 2 ст. 1.4.1), а висновок щодо «незаконного» та «необґрунтованого» судового рішення можна зробити на основі понять законного та обґрунтованого судового рішення, що визначаються

процесуальними кодексами. Типова санкція за злочин 3 ступені тяжкості становить штраф у розмірі від 200 до 400 тис. грн або ув'язнення на строк від 3 до 4 років.

7. Відомо, що підстави або критерії криміналізації суспільно небезпечних діянь об'єднують у три або чотири групи, і навіть у п'ять груп (по різному і у різних авторів). Але найважливішою підставою криміналізації є її відповідність принципу *ultima ratio*, який є формою застосування конституційного принципу пропорційності у сфері кримінальної юстиції. Принцип *ultima ratio* означає, що кримінально-правова норма є останнім, крайнім засобом юридичного реагування держави на вчинене суспільно небезпечне діяння для забезпечення захисту прав і свобод людини, інтересів суспільства, держави. Із принципу пропорційності виводять чотири критерії оцінки положень, відповідно до яких криміналізуються певні діяння: 1) легітимність мети: криміналізація діяння повинна переслідувати легітимну мету; 2) придатність: кримінально-правова норма повинна бути придатна для досягнення легітимної мети (здатною забезпечити таке досягнення); 3) необхідність: інші правові засоби є неефективними або непридатними для досягнення такої мети (пропорційність у широкому сенсі) і 4) пропорційність у вузькому сенсі: тяжкість кримінального діяння повинна справедливо співвідноситися із санкцією кримінально-правової норми [2, с. 23].

8. Вважаю, що запропонована стаття в проєкті нового КК України відповідає як зазначеним критеріям пропорційності, так і практиці ЄСПЛ, яка, як відомо, є джерелом права.

В експертному висновку національних експертів на проєкт нового КК України зазначається, що Венеційська комісія в *Amicus Curiae* щодо кримінальної відповідальності суддів, підготовленого на запит Конституційного Суду Республіки Молдова, на підставі європейських стандартів, зокрема практики ЄСПЛ, щодо незалежності суддів зробила висновок про те, що «кримінальна відповідальність суддів може узгоджуватися з принципом незалежності за умови, що суддя діяв із прямим умислом (в окремих випадках з необережності), а також наголошується на тому, що держава повинна знайти баланс між функціональним імунітетом суддів та їх підзвітністю суспільству».

Венеційська комісія, покликаючись на рішення ЄСПЛ, зауважила, що «правові положення, які передбачають кримінальну відповідальність суддів, узгоджуються з вимогою незалежності та безсторонності суддів, якщо вони сформульовані достатньо точно, щоб гарантувати незалежність та функціональний імунітет конкретного судді у здійсненні ним (нею) тлумачення закону, оцінюванні фактів та доказів» [3, с. 550].

Практика ЄСПЛ із застосування ст. 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод дає підстави дійти висновку щодо того, яке судове рішення є свавільним, що і виправдовує кримінальну відповідальність судді за ухвалення такого рішення, а саме:

судове рішення є свавільним, якщо допущені суддею грубі порушення при застосуванні закону або (та) при оцінці фактів чи доказів повинні сягнути такого рівня, при яких правосуддя по суті не відбувається і такі порушення прирівнюються до відмови у правосудді.

9. Слід погодитися з експертами в тому, що «свавільність судового рішення є його сутнісною характеристикою, яка не залежить від подальшої процесуальної долі того чи іншого судового рішення. Природа судового рішення, яке за своєю суттю є відмовою у правосудді, не змінюється навіть у тих випадках, коли законодавство не передбачає можливості його оскарження або сторони з певних причин не скористалися такою можливістю» [3, с. 551].

Викладене дає підстави вважати, що запропонована стаття може бути включена й до чинного КК України при наявності доброї волі Верховної Ради України.

10. Звичайно, для забезпечення незалежності судді при здійсненні правосуддя необхідно змінити положення КПК щодо порядку внесення відомостей до Єдиного реєстру досудових розслідувань у кримінальних провадженнях відносно судді, повідомлення йому про підозру і пред'явлення обвинувачення тощо.

Література

1. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 55 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) ст. 375 Кримінального кодексу України від 11 червня 2020 р. № 7р/2020.

2. Водянніков О. Вступне слово до монографії: Гацелюк В. Криміналізація суспільно небезпечних діянь протягом дії Кримінального кодексу України 2001 року: останні сюжети на фоні загальної палітри законодавчих рішень. Київ : ВАІТЕ, 2021.

3. Висновок на проєкт Кримінального кодексу України (контрольний текст станом на 30.01.2023 р.). URL: <https://www.newcriminalcode>.

Гузе К.,

канд. юрид. наук,

асистент кафедри цивільної юстиції та адвокатури

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,

м. Харків. Україна

ПРОБЛЕМИ ЗДІЙСНЕННЯ ПРОКУРОРОМ ЗАХИСТУ В СУДІ ІНТЕРЕСІВ ДЕРЖАВИ У ПРОЦЕСУАЛЬНОМУ СТАТУСІ ПОЗИВАЧА

Згідно з ч. 2 ст. 4 ЦПК України у випадках, встановлених законом, до суду можуть звертатися органи та особи, яким законом надано право звертатися до суду в інтересах інших осіб або державних чи суспільних

інтересах. До кола таких суб'єктів національне законодавство відносить, зокрема, прокурора, який в цивільному процесі уповноважений здійснювати захист інтересів держави.

Звертаючись до суду з позовною заявою, скаргою, прокурор зобов'язаний обґрунтувати, в чому полягає порушення інтересів держави, необхідність їх захисту, вказати визначені законом підстави для звернення до суду, а також зазначити орган, уповноважений державою здійснювати відповідні функції у спірних правовідносинах. У разі відкриття прокурором судового провадження в особі органу, уповноваженого здійснювати функції держави у спірних правовідносинах, зазначений орган набуває статусу позивача, наразі, коли такий орган відсутній або у нього відсутності повноважень щодо звернення до суду, прокурор зазначає про це в позовній заяві й набуває статусу позивача (ч. 4, 5 ст. 56 ЦПК України).

У контексті зазначених законодавчих положень окремого дослідження потребують випадки, коли прокурор бере участь в процесі, як позивач. Системне тлумачення вищенаведеної ст. 56 ЦПК України наводить на очевидний висновок, що прокурор набуває процесуального статусу позивача лише у двох випадках: 1) немає органу, уповноваженого здійснювати функції держави у спірних правовідносинах в суді; 2) у цього органу не має повноважень із захисту в суді інтересів держави. Водночас практика Верховного Суду (далі – ВС) у цьому питанні не є одностайною. У низці розглянутих справ ВС не заперечується правомірність участі прокурора в процесі, як позивача, навіть у випадку, коли *наявний* орган, уповноважений державою здійснювати її функції у спірних правовідносинах, що наділений правом участі в суді на захист інтересів держави.

Наприклад, при розгляді справи № 587/430/16-ц Велика Палата Верховного Суду (далі – ВП ВС) у п. 40 постанови від 26 червня 2019 р. визнала обґрунтованим подання заступником керівника Сумської місцевої прокуратури Сумської області (як позивачем) позовної заяви до ГУ Держгеокадастру у Сумській області та ОСОБИ 1 про визнання недійсним договору оренди, що укладений між відповідачами, і повернення земельної ділянки до земель запасу державної власності. Крім того, вважала правомірним доводи прокурора про відсутності у спірних правовідносинах органу, уповноваженого державою на виконання функцій розпорядника земельними ділянками сільськогосподарського призначення державної форми власності. При цьому ВП ВС не погодився з доводами судів першої й апеляційної інстанцій, що у цій справі з позовом передусім повинен був звернутися не прокурор, а Держгеокадастр України, який уповноважений здійснювати державний нагляд у сфері землеустрою та має право у позасудовому порядку скасувати акти ГУ Держгеокадастру в області, а також звертатися до суду у сфері розпорядження земельними ділянками сільськогосподарського призначення державної форми власності.

Схожих висновків ВП ВС дійшов 15 січня 2020 р. у справі № 698/119/18 (п. 26-30), 15 вересня 2020 р. у справі № 469/1044/17, 28 вересня 2022 р. у справі № 483/448/20 (п. 7.22).

З вище наведених постанов впливає, що ВП ВС сформувала правову позицію, згідно з якою у разі оскарження прокурором одночасно і рішення органу влади про надання земельної ділянки в оренду, і договору оренди землі, у такій справі прокурор виступає позивачем, а орган державної влади (місцевого самоврядування), який ухвалив відповідне рішення та є стороною договору оренди – відповідачем. Крім того, відповідачем за позовом прокурора виступає й інша сторона договору оренди, в наслідок чого на стороні відповідача виникає співучасть.

Уявляється, що зазначена правова позиція ВП ВС:

1) суперечить положенням ЦПК України, який визначає вичерпний перелік підстав участі прокурора в суді у статусі позивача. Наразі, коли орган владних повноважень (орган державної влади, орган місцевого самоврядування), уповноважений державою здійснювати відповідні функції у спірних правовідносинах визнаний законодавчо, прокурор зобов'язаний дотриматися процедури, передбаченої ч. 4 ст. 23 ЗУ «Про прокуратуру». За цією процедурою, прокурор здійснює представництво інтересів держави в суді виключно після підтвердження судом підстав для представництва. Прокурор зобов'язаний попередньо, до звернення до суду, повідомити про це відповідного суб'єкта владних повноважень. У разі підтвердження судом наявності підстав для представництва прокурор користується процесуальними повноваженнями відповідної сторони процесу. У цьому контексті необхідно наголосити на висновках ВП ВС, сформульованих у п. 45 іншої постанови від 26 травня 2020 р. (справа № 912/2385/18) про те, що захищати інтереси держави повинні насамперед відповідні компетентні органи, а не прокурор. Прокурор не повинен вважатися альтернативним суб'єктом звернення до суду і замінювати компетентний орган, який може і бажає захищати інтереси держав;

2) не узгоджується з вимогою виключної ролі прокуратури в суді, що проголошується у п. 3 ст. 131¹ Конституції України, за яким в Україні діє прокуратура, яка здійснює представництво інтересів держави в суді у виключних випадках і в порядку, що визначені законом. Підтримуючи право прокурора бути позивачем у спірних правовідносинах за наявності органу, уповноваженого здійснювати функції держави у спірних правовідносинах, ВП ВС, по-суті, розширює коло випадків здійснення прокурорського представництва в суді. Це суперечить концепції мінімізації ролі прокурора в суді поза межами кримінальної сфери, яка впроваджується в національному законодавстві близько 20 років, про що зазначається у юридичній літературі [1, с. 31], підтримується правниками [2, с. 470; 3, с. 69, 138–139; 4, с. 14], а також міжнародними інституціями у чисельних їх висновках [5; 6].

Таким чином, практика національних судів щодо участі прокурора в розгляді справ у процесуальному статусі позивача повинна відповідати

положенням закону, де роль прокурора має субсидіарний (додатковий, допоміжний) характер по відношенню до діяльності компетентного органу, уповноваженого державою здійснювати відповідні функції у спірних правовідносинах, адже насамперед останній повинен захищати інтереси держави в суді. Тому у справах, в яких оскаржується рішення органу державної влади (органів місцевого самоврядування), а також заявляється вимога про повернення державі (територіальній громаді) майна шляхом визнання правочину недійсним, коли відповідний владний орган виступає стороною цього правочину, позивачем за позовом прокурора повинен виступати саме органу державної влади (орган місцевого самоврядування), а прокурор бере участь у процесі в особі зазначеного владного органу. У цьому зв'язку, в зазначеній категорії справ прокурор не вправі брати участь в суді у статусі позивача, а правові позиції ВС щодо зазначеної проблеми потребують корекції в подальшій його практиці.

Література

1. Гузе К. А. Представництво прокурором інтересів громадянина або держави в суді : монографія. Харків : Право, 2016. 200 с.
2. Комаров В. В. Новелізація цивільного процесуального законодавства та засади нового Цивільного процесуального кодексу України. *Вісник Академії правових наук України*. 2003. № 2/3. С. 467–482.
3. Гусаров К. В. Перегляд судових рішень в апеляційному та касаційному порядках : монографія. Харків : Право, 2010. 352 с.
4. Сакара Н. Ю. Проблема доступності правосуддя у цивільних справах : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2006. 20 с.
5. Про роль служби публічних обвинувачів в демократичному суспільстві, заснованому на верховенстві права : Рекомендація ПАРЄ 1604 (2003) 1 від 27 трав. 2003 р. Центр політико-правових реформ. https://pravo.org.ua/wp-content/uploads/old/files/_com_split_1.pdf.
6. Менчинська проти Російської Федерації : рішення Європейського суду з прав людини від 15 січ. 2009 р. URL: <http://www.precedent.in.ua/index.php?id=1233046517>

Дроздов О.,

д-р юрид. наук, проф.,

професор кафедри кримінально-правових

та адміністративно-правових дисциплін юридичного факультету

ПВНЗ «МЄГУ імені академіка Степана Дем'янчука», м. Рівне, Україна,

доцент кафедри кримінального процесу

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,

Голова Галузевої експертної ради з галузі знань 08 «Право» НАЗЯВО,

магістр державної служби, заслужений юрист України, адвокат,

м. Харків, Україна

Дроздова О.,
канд. юрид. наук, доц.,
професор кафедри кримінального права та кримінології, міжнародного
публічного права та міжнародних відносин юридичного факультету
Барселонського університету, м. Барселона, Королівство Іспанія,
доцент кафедри кримінально-правових та адміністративно-правових
дисциплін юридичного факультету ПВНЗ «МЕГУ імені академіка
Степана Дем'янчука», адвокат,
м. Рівне, Україна

НЕУПЕРЕДЖЕНІСТЬ СУДУ ТА ПРЕЗУПЦІЯ НЕВИНУВАТОСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ (НА ПРИКЛАДІ РІШЕННЯ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ У СПРАВІ «ТАДІЧ ПРОТИ ХОРВАТІЇ»)

Відомо, що право на справедливий суд є іманентною складовою верховенства права та відіграє надзвичайно важливу роль в демократичному суспільстві. Тому Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ або Страсбурзький суд) постійно в своїх рішеннях доволі широко та аргументовано тлумачить положення ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенція), зокрема в її кримінальному процесуальному аспекті. Завдяки гарантіям, закріпленим у ст. 6 Конвенції, ЄСПЛ послідовно підкреслює необхідність забезпечення в практиці національних судів засад незалежності та неупередженості, змагальності та рівності сторін, презумпції невинуватості тощо. Нормативний потенціал наведеної статті є настільки всеосяжним, що охоплює найрізноманітніші аспекти правосуддя, і тому саме їй приділяється увага в численних рішеннях ЄСПЛ, які, до речі, є джерелом кримінального процесуального права України. Адже, як слушно зазначає Т. Слінько, що практика ЄСПЛ сприяє віднайденню оптимальних шляхів забезпечення права на справедливий суд і має вагоме значення не тільки для конкретних заявників (заходи індивідуального характеру), а й як *методологічна основа забезпечення усунення недоліків системного характеру*, що зумовили виникнення порушення, а також запобігання повторним зверненням [1, с. 179].

У цій публікації основною темою будуть неупередженість суду (*об'єктивний підхід*) та презумпція невинуватості як складові права на справедливий суд у кримінальному провадженні.

Почнімо з того, що гарантоване ст. 6 § 1 Конвенції право на справедливий судовий розгляд вимагає, аби будь-яка справа розглядалась встановленим законом «незалежним і безстороннім судом». Між поняттями незалежності і об'єктивної безсторонності (неупередженості) існує тісний зв'язок. Тому питання їх дотримання ЄСПЛ часто розглядає сукупно («Фіндлей проти Сполученого Королівства» (Findlay v. the United Kingdom), § 73). Принципи, які

застосовуються для визначення того, чи суд може вважатись «незалежним і безстороннім», однаково застосовуються до професійних суддів, мирових суддів і присяжних («Холм проти Швеції» (Holm v. Sweden), § 30) [2, с. 22].

Разом з тим, ст. 6 § 1 Конвенції вимагає, аби кожен суд, до якого вона застосовується, був «безстороннім». Зазвичай безсторонність (неупередженість) визначається як відсутність упередження або наперед складеної думки і може оцінюватись у різний спосіб («Кіпріану проти Кіпру» (Kyprianou v. Cyprus) [ВП], § 118; «Мікаллеф проти Мальти» (Micallef v. Malta) [ВП], § 93). Щодо критеріїв оцінки безсторонності (неупередженості), то ЄСПЛ розрізняє: *суб'єктивний підхід*, тобто спробу встановити переконання або особистий інтерес певного судді у даній справі; *об'єктивний підхід*, тобто встановити, чи суддя надав достатні гарантії, які виключали б будь-які правомірні сумніви з цього приводу («Кіпріану проти Кіпру» (Kyprianou v. Cyprus) [ВП], § 118; «Пірсак проти Бельгії» (Piersack v. Belgium), § 30; «Гривз проти Сполученого Королівства» (Grievés v. the United Kingdom) [ВП], § 69; «Моріс проти Франції» (Morice v. France) [ВП], § 73). Межа між цими двома поняттями не є герметичною, оскільки не лише сама поведінка судді може, з точки зору зовнішнього спостерігача, породити об'єктивно виправдані сумніви у його неупередженості (*об'єктивний підхід*), але й може свідчити про його особисте переконання (*суб'єктивний підхід*). Тому застосування одного з цих критеріїв, або ж обох, залежатиме від конкретних обставин, пов'язаних із спірною поведінкою («Кіпріану проти Кіпру» (Kyprianou v. Cyprus) [ВП], §§ 119 і 121) [2, с. 25].

Водночас, у пункті 2 ст. 6 Конвенції втілено принцип презумпції невинуватості. Він вимагає, зокрема, аби: 1) члени суду, виконуючи свої функції, не відштовхувались від наперед ствердженого уявлення, що підсудний скоїв діяння, у якому його обвинувачують; 2) тягар доведення був покладений на сторону обвинувачення, а (3) будь-які тлумачились на користь обвинуваченого («Барбера, Мессеґе і Хабардо проти Іспанії» (Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain), § 77) [2, с. 65].

Крім того, у демократичному суспільстві суворі коментарі ЗМІ іноді є невідворотними стосовно справ, що цікавлять громадськість («Віорел Бурцо проти Румунії» (Viorel Burzo v. Romania), § 160; «Акай проти Туреччини» (Akay v. Turkey) (ухв.)). Проте, жорстока кампанія у пресі може негативно вплинути на справедливість судового розгляду, впливаючи на громадську думку, і вплинути на презумпцію невинуватості заявника [2, с. 72].

Зауважимо, що наведеним конвенційним положенням та практиці ЄСПЛ корелюють положення Конституції України (ст. 8, 55, 62) та Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК), якими унормовано такі засади кримінального провадження: презумпція невинуватості та забезпечення доведеності вини (ст. 17); доступ до правосуддя та обов'язковість судових рішень (ст. 21).

Наприклад, Конституційний Суд України у своєму рішенні по справі щодо презумпції невинуватості виснував, що приписи статей 1, 3, 8, 62 Конституції України в їх взаємозв'язку вказують на позитивний обов'язок держави забезпечувати дотримання презумпції невинуватості особи на всіх стадіях кримінального провадження та після його завершення аж до спростування такої презумпції в законному порядку судом виключно в обвинувальному вирокі. Водночас, Конституційний Суд України, характеризуючи конституційний принцип презумпції невинуватості як універсальну гіпотезу стосовно непричетності особи до вчинення кримінального правопорушення, поділяє позиції Конституційного Суду Литовської Республіки щодо розуміння вказаного принципу, за якими «принцип презумпції невинуватості <...> це основоположний принцип чинення правосуддя у кримінальному судочинстві, одна з найважливіших гарантій чинення правосуддя в демократичній державі, підпорядкованій правовладдю, важлива гарантія прав і свобод людини <...> презумпцію невинуватості не можна тлумачити суто лінгвістично, тобто як таку, що стосується виключно чинення правосуддя у кримінальному провадженні; презумпція невинуватості, визначена в контексті інших приписів Конституції, має ширший зміст, тому її не можна пов'язувати лише з кримінально-правовими відносинами; особливо важливо, щоб державні органи та їх посадові особи дотримувалися презумпції невинуватості, щоб останні утримувалися від поводження з особою як зі злочинцем доки особу не буде визнано винною у вчиненні злочину рішенням суду, що набрало законної сили, та відповідно до процедури, встановленої законом» [3].

Показовою в контексті окресленої проблематики є справа «Тадіч проти Хорватії», яка була розглянута та вирішена ЄСПЛ у листопаді 2023 р. [4].

У своєму рішенні в справі «Тадіч проти Хорватії» ЄСПЛ одноголосно постановив, що: не було порушення ст. 6 §§ 1 та 2 (право на справедливий суд та презумпція невинуватості) Конвенції. Справа стосувалася кримінального провадження, в якому пана Тадіча було визнано винним у змові вплинути, запропонувавши грошові кошти, на Верховний Суд, щоб той ухвалив рішення на користь відомого політика, якого судили за воєнний злочин.

Насамперед зазначимо, що ЄСПЛ встановив, зокрема, що участь Голови Верховного Суду у процесі проти пана Тадіча не завдала шкоди *об'єктивній* безсторонності (неупередженості) цього суду. Він мав дуже незначний реальний вплив, щоб нав'язати свою волю іншим суддям, і в будь-якому випадку не було жодних питань щодо того, як Верховний Суд залишив в силі рішення першої інстанції. ЄСПЛ також встановив, що публікації в ЗМІ не вплинули на рішення суду. Його ухвалили професійні судді Верховного Суду на основі матеріалів справи та з урахуванням встановлення фактів та застосування закону судами першої інстанції.

Отже коротко про факти. Заявник, Драго Тадіч, є громадянином Хорватії, народився в 1961 р. та проживає в Осієку (Хорватія).

У 2009 р. Б.Г., відомий політик, був засуджений разом з декількома іншими людьми за військовий злочин проти цивільного населення. Цей вирок був оскаржений у Верховному Суді. Після стадії обговорень (deliberations) Верховним Судом Служба безпеки та розвідки (Sigurnosno-obavještajna agencija) отримала інформацію, що пан Тадіч та деякі інші особи нібито намагалися вплинути на суддів Верховного Суду з метою зміни їхнього рішення, і розпочала операцію з таємного спостереження. Пізніше, у липні 2010 р., Управління з боротьби з корупцією та організованою злочинністю (Ured za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta) отримало судовий дозвіл на прослуховування телефонів та таємне спостереження за паном Тадічем та іншими особами в цій справі. Під час розслідування Б.Х., голова Верховного Суду, підтвердив, що до нього звертався пан Тадіч, який запропонував йому передати справу проти Б.Г. конкретному судді Верховного суду, який працює в службі реєстрації того суду. Розслідування призвело до пред'явлення обвинувачення пану Тадічу та чотирьом його ймовірним спільникам у 2011 р.

Голова Верховного суду Б.Х. дав показання у суді.

Пан Тадіч заявив, що він не мав жодного стосунку до передачі справи проти Б.Г. в службу реєстрації Верховного Суду. Він хотів, щоб був допитаний керівник служби реєстрації, але Загребський окружний суд відмовився надати такий дозвіл.

Пан Тадіч був визнаний винним і засуджений до двох років позбавлення волі. Обидві сторони подали апеляцію. Пан Тадіч, зокрема, скаржився, що його було засуджено виключно на підставі показань свідка – голови Верховного Суду Б.Х., який надав неправдиві показання, щоб приховати свої власні дії щодо справи проти Б.Г.

Під час розгляду апеляцій щотижнева газета Nedjeljni jutarnji опублікувала статтю під назвою «Як [Служба безпеки та розвідки] виявила проникнення в Верховний Суд» (Kako je SOA otkrila upad u Vrhovni sud). У ній згадувалося про записи Служби безпеки та розвідки, які не були частиною справи проти пана Тадіча, підкреслюючи, що в записаних розмовах згадуються імена різних суддів та інших державних службовців, і стверджуючи, що показання голови Верховного Суду у справі проти заявника суперечать змісту оскаржуваних записів.

У лютому 2017 р. апеляції були відхилені Верховним судом. В обґрунтуванні рішення не згадувалися ст. Nedjeljni jutarnji або записи, які не були частиною судового розгляду першої інстанції. Суд встановив, що те, що пан Тадіч ставив під сумнів довіру до Б.Х., було спекуляцією щодо його дій і цілей, які не були предметом цього судового розгляду. Що було релевантним і не заперечувалося паном Тадічем і Б.Х., так це те, що саме заявник ініціював контакт з Б.Х.

Пан Тадіч подав дві конституційні скарги, у тому числі щодо неупередженості Верховного Суду, які були визнані необґрунтованими Конституційним Судом.

Спираючись на ст. 6 § 1 (право на справедливий судовий розгляд) і 6 § 2 (презумпція невинуватості) Конвенції, пан Тадіч скаржився, що Верховний Суд, який був апеляційним судом у його справі, не був неупередженим, оскільки його голова, як нібито, брав участь у кримінальних правопорушеннях, за які його було засуджено, і давав показання як свідок з боку обвинувачення. Він також скаржився, що публікація в засобах масової інформації за два місяці до ухвалення Верховним Судом рішення у його справі щодо записів його телефонних розмов Службою безпеки та розвідки, чинила тиск на цей суд, щоб той залишив його обвинувальний вирок в силі, і порушила презумпцію невинуватості.

Прикметно, що заява пана Тадіча до ЄСПЛ була подана ще 24 травня 2018 р. Отже, Страсбурзькому суду знадобилося понад п'ять років, щоб розглянути цю справу та ухвалити рішення. Наведене, зокрема, свідчить про те, що ЄСПЛ має проблеми з оперативністю розгляду справ та може негативно позначитися на ефективності захист людських прав, зокрема доступі до правосуддя, який гарантовано ст. 6 Конвенції. Тому необхідно вжити заходів для покращення ефективності роботи ЄСПЛ.

Проте, ЄСПЛ оцінив обставини справи Тадіча наступним чином. По-перше, стосовно *ст. 6 § 1 Конвенції*. Щодо участі голови Верховного Суду у справі пана Тадіча ЄСПЛ зазначив, що головним питанням у цій справі була незалежність та об'єктивна неупередженість, тобто видимість неупередженості (об'єктивний підхід). За обставин, коли Голова Верховного Суду нібито відіграв певну роль у кримінальних правопорушеннях, за які було засуджено заявника, пов'язаних із спробою вплинути на сам Верховний Суд у справі проти відомого політика, і виступив свідком на боці обвинувачення, ситуація в цій справі була делікатною і, на перший погляд, могла викликати деякі занепокоєння щодо незалежності та неупередженості Верховного Суду.

Однак, ЄСПЛ зазначив, що показання голови Верховного Суду не були єдиним чи вирішальним доказом, використаним для засудження пана Тадіча. Насправді, національні суди, головним чином, у своїх рішеннях покладалися на законні записи таємного спостереження, справжність (автентичність) яких пан Тадіч ніколи не оскаржував, і які підтверджувалися показаннями свідків.

Щодо звинувачення в тому, що Б.Х. був залучений до плану скасування рішення Верховного Суду на користь Б.Г., і що в такій ситуації Верховний Суд у справі пана Тадіча захищав свого голову та власну репутацію і не зміг належним чином розглянути його справу, ЄСПЛ зазначив, що пана Тадіча вже було засуджено судом першої інстанції, неупередженість якого він ніколи не оскаржував, і що Верховний Суд надав детальне обґрунтування, залишаючи в силі вирок суду першої інстанції. Суд першої інстанції, Верховний Суд і Конституційний Суд погодилися, що єдиним важливим фактором, що

стосується контакту пана Тадіча та Голови Верховного Суду Б.Х., було те, що вони говорили про справу проти Б.Г. з ініціативи пана Тадіча, що не заперечувалося ними. Наведені дії Б.Х. у справі проти Б.Г. не були предметом судового провадження, і ст. 6 Конвенції не надає права звинувачувати третю особу.

ЄСПЛ також взяв до уваги норми, застосовні до судової незалежності, що діяли в Хорватії на той час, і виснував, що немає доказів того, що саме Б.Х. обрав доповідача або колегію у справі пана Тадіча. Повноваження Голови Верховного Суду були досить обмежені по відношенню до інших суддів, і, звичайно, недостатніми, щоб впливати на їхню кар'єру.

ЄСПЛ був переконаний у тому, що судді Верховного Суду, які розглядали справу пана Тадіча в апеляційному порядку, були достатньо незалежними від Голови цього суду. Побоювання пана Тадіча щодо відсутності їх неупередженості через нібито підпорядковане становище стосовно їхнього Голови не були об'єктивно виправдані. Таким чином, зрештою виснував Страсбурзький суд, не було порушення ст. 6 § 1 Конвенції в аспекті вимоги щодо неупередженого суду.

У своїй оцінці обставин цієї справи щодо публікації записів Служби безпеки в контексті *ст. 6 §§ 1 і 2 Конвенції*, ЄСПЛ дійшов таких висновків.

Він знову зазначив, що жорстока медійна кампанія потенційно може негативно вплинути на справедливість судового розгляду та призвести до відповідальності держави. Проте висвітлення пресою поточних подій гарантувалося правом на свободу вираження поглядів. Тому суди повинні були забезпечити достатні гарантії для сторін судового процесу в такій ситуації.

Записи, про які йдеться в цій справі, були зроблені Службою безпеки та розвідки до того, як було розпочато розслідування щодо пана Тадіча, і, оскільки він не заперечував, вони не використовувалися як докази в кримінальному провадженні та не складали частину матеріалів справи.

Однак вони були опубліковані в ЗМІ лише за вісім тижнів до засідання апеляційної колегії у справі пана Тадіча. Крім того, вони не могли б бути опубліковані, якби їх не розкрив державний агент, який мав до них доступ.

Тим не менш, пана Тадіча вже було засуджено судом першої інстанції на підставі інших, законного таємного спостереження та підтверджуючих показань. Колегія Верховного Суду складалася з досвідчених і високопрофесійних суддів, навчених ігнорувати шум поза процесом. Вирок було залишено в силі суворо на підставі доказів, які були у матеріалах справи, при цьому Верховний Суд зазначив, що суд першої інстанції правильно встановив факти та застосував закон.

Отже, ЄСПЛ дійшов висновку, що ст. в ЗМІ та опубліковані записи таємного стеження не порушували права пана Тадіча на справедливий судовий розгляд та презумпції невинуватості [5].

Висновки. Таким чином, ми вкотре переконалися, що ключову роль у розумінні дійсного змісту права на справедливий суд у кримінальному провадженні відіграє релевантна практика ЄСПЛ, зокрема, щодо неупередженості суду (об'єктивного підходу) та презумпції невинуватості.

Національні суди при розгляді кримінальних справ повинні застосовувати ст. 6 Конвенції та релевантну практику ЄСПЛ як джерело права.

Зокрема, у разі виникнення питання про неупередженість суду (об'єктивний підхід) та презумпцію невинуватості, вони повинні враховувати підходи, запропоновані у рішенні по справі «Тадіч проти Хорватії». Отже, коли під час судового провадження з перегляду судових рішень постає питання про неупередженість суду (об'єктивний підхід), де загроза такій неупередженості може виходити від очільника найвищого суду у системі судоустрою країни, необхідно враховувати такі фактори.

По-перше, роль та вага показань цієї особи в системі зібраних у справі доказів. Чи є вони єдиним чи вирішальним доказом, використаним для засудження особи, і чи підтверджуються вони іншими доказами?

По-друге, чи ставиться під сумнів неупередженість рішень судів попередніх інстанцій, чи містять вони взаємовиключні суперечності щодо ключових обставин справи, і чи оскаржено такі обставини сторонами?

По-третє, чи є детально обґрунтованим рішення, ухвалене судом за результатами провадження з перегляду судових рішень попередніх інстанцій.

По-четверте, важливу роль відіграє нормативна рамка, яка визначає повноваження очільника найвищого суду, зокрема, його можливості визначати суддю, колегію суддів для розгляду конкретного провадження, впливати на їхню кар'єру тощо.

Щодо того, чи може жорстока медійна кампанія негативно вплинути на презумпцію невинуватості, важливо враховувати досвід і професійність суддів, які розглядають справу, їх здатність ігнорувати інформаційний шум поза судовим процесом.

Література

1. Слінько Т. Доступ до правосуддя як передумова реалізації права на справедливий суд. *Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні* : матеріали VII Міжнар. наук.-практ. конф. (27 жовтня 2023р., Чернівці) / редкол. : О. В. Щербанюк та ін. Чернівці, 2023. 666 с.

2. Посібник із ст. 6 Європейської конвенції з прав людини. Право на справедливий суд (кримінально-процесуальний аспект). Оновлено 31 грудня 2019 року. 133 с. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_criminal_UKR.pdf.

3. Рішення Конституційного Суду України від 8 червня 2022 р. № 3-р(II)/2022 у справі за конституційною скаргою Кротюка Олександра

Володимировича щодо відповідності Конституції України (конституційності) пункту 4 частини першої ст. 284 Кримінального процесуального кодексу України (справа щодо презумпції невинуватості). URL: https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/3_p_2_2022.pdf.

4. Tadić v. Croatia. JUDGMENT. Application no. 25551/18. 28 November 2023. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-229130>.

5. Supreme Court was impartial in case on conspiracy to influence war-crimes appeal. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22fulltext%22:\[%2225551/18%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22fulltext%22:[%2225551/18%22]}).

Дюкарєва С.,
канд. юрид. наук,
асистентка кафедри цивільної юстиції та адвокатури
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
м. Харків, Україна

ВИЗНАНІСТЬ ФАХІВЦЯ ЯК ЕЛЕМЕНТ ЦИВІЛЬНОЇ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ПРАВОСУБ'ЄКТНОСТІ ЕКСПЕРТА З ПИТАНЬ ПРАВА

Цивільне процесуальне законодавство України містить доволі широке коло суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин. Враховуючи тематику даного наукового заходу, вважаю за необхідне приділити увагу аналізу окремих елементів цивільної процесуальної правосуб'єктності експерта з питань права. Зміст правосуб'єктності по-різному розглядається в юридичній літературі [1, с. 15-27]. З огляду на дискусійність цього питання та враховуючи відсутність його законодавчого закріплення, цивільну процесуальну правосуб'єктність експерта з питань права вважаю за можливе розглядати як сукупність характерних рис його процесуально-правового статусу.

Відповідно до ч. 1 ст. 73 ЦПК України, в якості експерта з питань права може залучатись фізична особа, яка: 1) має науковий ступінь; 2) є визнаним фахівцем у галузі права. Перша з вказаних ознак передбачає у особи наукового ступеню (кандидат/доктор наук, доктор філософії). При цьому вказана норма не передбачає обов'язкового відношення наукового ступеню до галузі знань з права. Проте більш дискусійною вважаю другу з вказаних ознак, що підтверджується змістом доволі цікавої характеристики визнаності фахівця у галузі права в одному з судових рішень [2]. Аналіз цього акту правосуддя дозволяє визначити наступні ознаки визнаності фахівця як елементу цивільної процесуальної правосуб'єктності експерта з питань права. Разом з цим, такі ознаки доцільно передбачити у нормах цивільного процесуального права. Це дозволить закріпити елементи правового статусу такого суб'єкта та уникнути розбіжностей при формуванні єдиного підходу до розуміння

нормативного змісту того чи іншого питання, включаючи особливості застосування судом касаційної інстанції правової доктрини при перегляді судового рішення, на що зверталась увага О.І. Поповим [3].

У змісті вказаного вище судового рішення звертається увага на необхідність

залучення до участі у справі експерта тієї галузі права, з тематики якої ним готуватимуться ті чи інші роз'яснення. Якщо проводити аналогію з медициною, то не може офтальмолог бути експертом для травматолога, іншою аналогією може бути музика, коли скрипаль не може бути експертом для тромбоніста. Так само не може особа, яка здійснює дослідження в кримінальному праві, виступати експертом у цивільних чи господарських спорах, хоча гіпотетично можна припустити, що на практиці можуть виникнути і такі проблеми, але це радше винятки із правил.

Другим елементом цивільної процесуальної правосуб'єктності зазначеного суб'єкта є, як уявляється, активність наукової діяльності експерта, який професійно займається правничою наукою. Підтверджуючи оціночність поняття «визнаний», ставиться питання про визнаність такої людини з боку науковців, котрі самі здійснюють наукову діяльність, та при застосуванні наукометричних даних. Одним з найпопулярніших джерелом оцінки діяльності науковця є індекс Гірша (h-індекс), суть якого зводиться до того, що чим більше науковця цитують у літературних джерелах, тим вищий у нього індекс Гірша. Суд наголошував, що це не ідеальна, але на сьогодні єдино можлива модель об'єктивної оцінки «наукового визнання», оскільки жодні регалії, жодні нагороди, жодні почесні звання та посади, у тому числі керівні, не можуть бути критерієм оцінки «визнання». Про рівень h-індексу тієї чи іншої людини, що має науковий ступінь, можна дізнатись з відкритого джерела «Google Академія», дані якого є загальновідомими фактами.

Наступне проблемне питання цієї теми є те, якому рівню індексу Гірша необхідно відповідати для наявності «визнаності» науковця з метою можливого його залучення для участі у справі в якості експерта з питань права. При цьому суд зазначив, що за даними Державної служби статистики України, в державі налічується майже 80 тисяч наукових працівників, серед яких лише 189 мають індекс Гірша 20 чи вище [2]. Враховуючи дану обставину, на думку авторки, про визнання особи в її професійній діяльності та про можливе залучення до участі у розгляд справи в якості експерта з питань права допустимим є відповідність вказаному індексу від третього рівня та вище.

Останнім критерієм такого визнання можна вважати участь вченого у дорадчих органах вищих органів державної влади тієї чи іншої гілки. Наприклад, до складу Науково-консультативної ради при Верховному Суді входять, за правилами ч.1 ст.47 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», висококваліфіковані фахівці у сфері права. Тобто, входження до складу зазначеного дорадчого органу того чи іншого

вченого свідчить про його визнання висококваліфікованим фахівцем у правовій сфері. Про визнання фахівця у галузі права можна вважати, за змістом вищевказаного рішення, і обрання людини до складу державної наукової установи чи до національної галузевої академії наук.

Література

1. Гусаров К. В. Проблемы гражданской процессуальной правосубъектности : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2000. 201 с.
2. Рішення Жовтневого районного суду м. Дніпропетровська від 01 квітня 2021 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96169291>.
3. Попов О. І. Правова доктрина та її застосування Верховним судом України при перегляді судових рішень у цивільних справах. *Проблеми законності*. 2016. Вип. 132. С. 83-90.

Жушман М.,

канд. юрид. наук, доц.,

доцент кафедри цивільної юстиції та адвокатури

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,

м. Харків, Україна

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ ТЕХНОЛОГІЙ ШТУЧНОГО ІНТЕЛЕКТУ В СУДОЧИНСТВО

Використання інформаційно-комунікаційних технологій дедалі частіше зустрічається в професійній юридичній діяльності загалом та в сфері судочинства зокрема, оскільки ефективність відправлення правосуддя знаходиться у прямій залежності від використання можливості застосування у судовій практиці нових юридичних технологій. Одним із передових технологічних рішень сьогодення є використання штучного інтелекту.

Існують різні складні визначення концепції штучного інтелекту, і для їх спрощення доречно описати цю концепцію як програмну систему, що складається з певних алгоритмів, призначених для виконання різних логічних, творчих та інших операцій, які може виконувати людський розум.

Спостерігаючи за тенденцією розвитку та застосування штучного інтелекту в різних сферах життя, можна припустити, що в найближчому майбутньому не буде області, де штучний інтелект не використовуватиметься. В великою долею вірогідності припускаємо, що сфера судочинства не стане виключенням.

Питання про масштаби застосування штучного інтелекту в судочинстві – дуже спірна тема, яка має два основні підходи в юридичній доктрині.

Згідно з першим підходом, системи штучного інтелекту зможуть використовуватися як допоміжний інструмент для суду, тобто в обмеженому вигляді (на рівні «помічника»). Покладання на штучний інтелект як на помічника (партнера) судді окремих функцій при відправленні правосуддя покликане розвантажити суддю від виконання одноманітної роботи, підвищити контроль за діяльністю судді, покращити інформаційно-документальне забезпечення, підвищити рівень експертно-аналітичного, лінгвістичного та організаційного супроводу судочинства.

Згідно з іншим підходом до використання штучного інтелекту в судочинстві, штучний інтелект зможе приймати певні рішення від імені судді, використовуючи ширший спектр можливостей. У цьому випадку, штучний інтелект може оцінювати докази, оформлювати окремі процесуальні дії або вирішувати справу в цілому.

На сучасному етапі ми стаємо свідками не просто створення теорій, а реалізації проєктів з використанням можливостей штучного інтелекту в сфері судочинства правоохоронної діяльності. Зокрема, вчені з університетів Мадрида та Кардіффа створили проєкт під назвою VeriPol, завдання якого виявляти неправдиву інформацію, яка міститься в повідомленнях про крадіжки, грабежі та розбої шляхом аналізу тексту заяви.[1]

Інше аналогічне дослідження було проведено в 2017 р. вченими з Університету Меріленда в США, метою якого було випробувати систему під назвою Dare, яка могла визначати рівень правдивості чи хибності показань під час допиту шляхом аналізу голосу та рухів тіла. Тест показав, що ефективність системи склала 92 %, що на 5-7 % вище, ніж у поліграфів [2].

Ще одна технологія, розроблена вченими з Пенсільванського та Шеффілдського університетів, дозволяє приймати конкретні рішення в результаті аналізу справ. В якості тесту було проаналізовано 584 справи різного змісту, розглянуті Європейським судом з прав людини, та результати дослідження показали, що рішення, прийняті за допомогою цієї технології, на 79 % відповідали рішенням, ухваленим судом [3].

Система під назвою VALCRI була розроблена Університетом Мідлсекса в Лондоні, яка надає широкий спектр інформації про минулі злочини, доступної у базі даних поліції, включаючи особисту інформацію, результати допитів, місця злочину, речові докази, зброю, фотографії та відео, щоб допомогти виявити винних в аналогічних злочинах та знайти обвинувачених [4].

За даними Європейської комісії з правосуддя (CEPEJ) використання штучного інтелекту у кримінальному судочинстві дедалі набуває все більшого поширення, особливо у таких країнах, як Великобританія та США. З іншого боку, наприклад у Франції, використання штучного інтелекту в цивільному судочинстві обмежується суто допоміжними функціями.

Існують різні погляди на використання штучного інтелекту в діяльність судових органів.

В останні роки в експертному середовищі дедалі частіше обговорюється питання, чи можна автоматизувати весь процес відправлення правосуддя, тобто, замінити суддю комп'ютерною програмою чи нейромережею, здатною аналізувати фактичні обставини справи, давати їм правову оцінку та виносити відповідне рішення. У Китаї, США, Великобританії, Франції та деяких інших країнах такі програми вже починають використовуватися, проте зараз вони є допоміжним інструментом для аналізу документів і не замінюють собою суддю.

В грудні 2018 р. з'явився перший міжнародний акт, спеціально присвячений використанню штучного інтелекту у правосудді, – Європейська етична хартія щодо застосування штучного інтелекту в судових системах, затверджена Європейською комісією з ефективності правосуддя Ради Європи [5]. В Хартії сформульовано п'ять принципів застосування штучного інтелекту, при цьому особливий інтерес представляє принцип контролю користувача, згідно з яким суддя повинен мати можливість не погодитися з рішенням, запропонованим штучним інтелектом, і прийняти власне рішення у справі, а учаснику спору повинна бути надана можливість прямого звернення до суду без застосування штучного інтелекту та право оскаржити рішення, ухвалене останнім.

Процесуальне законодавство вимагає від судді при оцінці доказів керуватися своїм внутрішнім переконанням, яке є набагато складнішою категорією, ніж програмні алгоритми. Залежно від конкретних обставин одні й самі докази можуть бути в одній справі відкинуті, а в іншій справі, навпаки, прийняті за основу. Тому говорити про заміну судді штучним інтелектом як мінімум передчасно, а швидше за все неможливо.

В цілому впровадження штучного інтелекту та інших цифрових технологій в судочинство має здійснюватися з поглибленим аналізом, спрощенням та регулюванням судового розгляду і, що найважливіше, не має заважати зацікавленим сторонам вільно користуватися своїми правами та свободами.

Література

1. <https://eticasfoundation.org/veripol-spotting-false-complaints-made-to-the-police> (дата звернення: 07.12.2023).
2. <https://arxiv.org/pdf/1712.04415.pdf> (дата звернення: 07.12.2023).
3. <https://peerj.com/articles/cs-93> (дата звернення: 07.12.2023).
4. <https://www.euprojectvalcri.org/index.html%3Fp=1623.html> (дата звернення: 07.12.2023).
5. <https://rm.coe.int/ethical-charter-en-for-publication-4-december-2018/16808f699c> (дата звернення: 07.12.2023).
6. Белов Д. М., Белова М. В. Штучний інтелект в судочинстві та судових рішеннях, потенціал та ризики. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право.* 2023. № 78. С. 315-320.

7. Штучний інтелект у правосудді. URL: <https://cedem.org.ua/analytics/shtuchnyj-intelekt-pravosuddia/> (дата звернення: 06.12.2023).

8. Шишка Н. В. Штучний інтелект в українському правосудді: правові передумови запровадження. *Юридичний науковий журнал*. 2021. № 3. С. 143-145.

Kondratieva L. (Кондратьєва Л.),
Doktorin der Rechtswissenschaften, außerordentliche
Professorin der Abteilung für Verfahrensrecht
Jurij Fedkowjtsch, Nationale Universität Czernowitz

GESETZLICHE REGELUNG DES STATUS ALS «KIND DES KRIEGES» ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СТАТУСУ «ДИТИНА ВІЙНИ»

Bereits mehr als 600 Tage ausgewachsener Krieg in der Ukraine, 600 Tage voller Gewalt, Missbrauch, Beschuss, Zerstörung und menschlicher Tragödien. Und der Schuldige dieser Schrecken ist das terroristische Land Russland, dessen Bewohner vor Wut und Hass wahnsinnig sind und ihre Barbaren dazu aufrufen, die Bevölkerung unserer unabhängigen Ukraine, einschließlich unserer Kinder, auszurotten. Zehntausende Kinder wurden bei den Feindseligkeiten verletzt. Nach neuesten Angaben der Generalstaatsanwaltschaft wurden Anfang Oktober 2023 504 Kinder getötet und 1.129 Kinder verletzt. Leider können diese Statistiken von den tatsächlichen abweichen, da sie die Situation in den besetzten Gebieten nicht berücksichtigen, wo ständig Menschen durch die wahnsinnigen Angriffe des Feindes sterben. Tausende unserer Kinder wurden nach Russland deportiert, verloren ihre Eltern und erlitten psychische, sexuelle und körperliche Gewalt. Das heißt, es handelt sich um Kinder, die unter den Feindseligkeiten in den besetzten Gebieten gelitten haben. Diese Kinder verdienen es, als «von Feindseligkeiten und bewaffneten Konflikten betroffenes Kind» anerkannt zu werden. Im Alltag wird diese Definition häufig durch den Begriff «Kriegskind» ersetzt, der noch kein juristischer Begriff ist. Der Krieg in der Ukraine trug zur Bildung einer nationalen Gesetzgebung bei, die Teil internationaler Rechtsnormen wurde, die den Schutz von Kindern in Konfliktgebieten im Zusammenhang mit militärischen Aktionen umfassend fördern sollen. Gesetz der Ukraine «Über den Schutz der Kindheit» [1] – ist das erste Gesetz in der Ukraine, das die Rechtsstellung von Kindern in bewaffneten Konflikten regelt. Dem Gesetz zufolge ist ein von Feindseligkeiten und bewaffneten Konflikten betroffenes Kind «ein Kind, das infolge von Feindseligkeiten und bewaffneten Konflikten verwundet, gequetscht, verstümmelt, physischer oder psychischer Gewalt ausgesetzt, entführt oder illegal außerhalb der Ukraine verbracht, in militärische Formationen eingebunden oder illegal in Gefangenschaft gehalten wurde». Der Staat verpflichtet sich, alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um den ordnungsgemäßen Schutz dieser Kinder, ihre

Betreuung und ihre Wiedervereinigung mit Familienangehörigen zu gewährleisten, einschließlich ihrer Freilassung aus der Gefangenschaft und der Rückkehr der illegal ins Ausland verbrachten Kinder in die Ukraine.

Seit 2005 ist in der Ukraine das Gesetz «Über den sozialen Schutz von Kriegskindern» in Kraft [2], die keine Relevanz für die aktuellen Ereignisse hat, da sie sich nur auf die Zeit des Zweiten Weltkriegs bezieht, wonach Kriegskinder Personen sind, die Bürger der Ukraine sind und am 2. September 1945 noch nicht 18 Jahre alt waren. Nach der Invasion der Autonomen Republik Krim durch russische Truppen im Jahr 2014 ist die Frage des sozialen Schutzes von Kindern, die von der russischen Aggression betroffen sind, besonders relevant geworden. So wurde mit dem Beschluss des Ministerkabinetts der Ukraine Nr. 268 vom 05. April 2017 das «Verfahren zur Gewährung des Status eines von militärischen Operationen und bewaffneten Konflikten betroffenen Kindes» gebilligt. Diese Resolution galt nur für Kinder in den Regionen Donezk und Luhansk; für das gesamte Territorium der Ukraine galt die Resolution erst ab Juni 2023, nachdem die entsprechenden Änderungen an diesem Dokument vorgenommen worden waren. Gemäß der Resolution kommt ein Kind für den Status in Frage sowie eine Person, die zum Zeitpunkt von Feindseligkeiten, bewaffneten Konflikten, bewaffneten Angriffen der Russischen Föderation unter 18 Jahre alt (volljährig) war und infolgedessen:

- Verletzungen, Prellungen, Verstümmelungen erlitten hat;
- körperliche oder sexuelle Gewalt erlitten hat
- wurde entführt oder illegal außerhalb der Ukraine verbracht;
- in die Aktivitäten von paramilitärischen oder bewaffneten Gruppen verwickelt war;
- wurden rechtswidrig festgehalten, auch in Gefangenschaft
- war psychischer Gewalt ausgesetzt.

Im November 2019 ist die Ukraine der Erklärung über sichere Schulen beigetreten. Die Erklärung basiert auf dem Grundgedanken, dass ein gut organisiertes Bildungssystem dazu beitragen kann, Kinder und Jugendliche vor Tod, Verletzung und Ausbeutung zu schützen. Leider wurden die Bestimmungen der Erklärung noch nicht in nationales Recht umgesetzt, obwohl das Ministerkabinetts im August 2021 einen Aktionsplan für die Umsetzung der Erklärung verabschiedet hat [4]. Eine der wichtigsten Aufgaben in diesem Zusammenhang ist es, die Kontinuität des Bildungswesens zu gewährleisten, Angriffe auf Bildungseinrichtungen zu überwachen, sie vor Angriffen zu schützen und sie im Schadensfall wiederherzustellen.

Heute erhalten Kinder im Gebiet der Feindseligkeiten keine staatlichen Garantien, mit Ausnahme der kostenlosen Mahlzeiten in staatlichen und kommunalen Bildungseinrichtungen. Seit 2020 ist die entsprechende Bestimmung im Gesetz der Ukraine «Über die Gewährleistung der Rechte und Freiheiten von Binnenvertriebenen» verankert [5]. Besser ist die Situation für ukrainische Bürger, die bei Ende des Zweiten Weltkriegs (2. September

1945) unter 18 Jahre alt waren. Die staatlichen Garantien für diese Personen sind im Gesetz der Ukraine «Über den sozialen Schutz von Kriegskindern» festgelegt.

Die Existenz von Rechtsakten, die den rechtlichen Status von Kindern regeln, hat dazu geführt, dass ein stabiler Begriff des «Kriegskindes» benötigt wird, der auf Kinder angewendet wird, die im Gebiet aktiver Feindseligkeiten oder in der Nähe der Frontlinie im Zusammenhang mit der militärischen Aggression der Russischen Föderation gegen die Ukraine leben. Um die Frage der Zuerkennung des Status eines «Kriegskindes» und der Leistungen für solche Kinder zu regeln, beschloss das Ministerkabinett der Ukraine, Änderungen an bestimmten Gesetzen der Ukraine vorzunehmen. Diese Änderungen sind im Gesetzesentwurf Nr. 9042 vorgesehen. Nach diesem Gesetzesentwurf ist ein Kriegskind ein Kind, das in einem nicht von der Ukraine kontrollierten Gebiet oder an der Demarkationslinie lebt. Für solche Kinder gewährt der Staat bestimmte Sozialleistungen, nämlich: Der Staat entschädigt das Kind für seine Erholung und seine Umsiedlung an sichere Orte, kostenlose Bildung und finanzielle Unterstützung. In diesem Zusammenhang wird in dem Gesetzesentwurf vorgeschlagen, die Artikel 1, 2, 5 und die Schlussbestimmungen des ukrainischen Gesetzes «Über den sozialen Schutz von Kriegskindern» sowie Artikel 19 des ukrainischen Gesetzes «Über den Schutz der Kindheit» zu ändern. Dieser Gesetzesentwurf wurde in erster Lesung behandelt. Die Werchowna Rada sollte ihn als Grundlage annehmen und ihn dem Präsidenten der Ukraine zur Unterzeichnung vorlegen. Mit der Verabschiedung dieses Gesetzes erhalten Kinder, die in den besetzten Gebieten oder in Gebieten, in denen militärische Operationen stattfinden, leben, den Status eines «Kriegskindes» mit weiteren sozialen Garantien des Staates.

Liste der Referenzen

1. Über den Schutz der Kindheit: Gesetz der Ukraine vom 26.04.2001 Nr. 2402-III. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/T012402>.
2. Über den sozialen Schutz von Kriegskindern: Gesetz der Ukraine vom 18.11.2004 Nr. 2195. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/t042195?an=44&lang=ua>.
3. Über die Genehmigung des Verfahrens zur Zuerkennung des Status eines von Militäraktionen und bewaffneten Konflikten betroffenen Kindes: Beschluss des Ministerkabinetts der Ukraine vom 5. April 2017, Nr. 268. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/268-2017-%D0%BF#Text>.
4. Zur Genehmigung des Aktionsplans zur Umsetzung der Erklärung über sichere Schulen vom 4. August 2021, Nr. 898-p: Verordnung des Ministerkabinetts der Ukraine {Geändert durch die Verordnung des Ministerkabinetts der Ukraine Nr. 655-r vom 28.07.2023}. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/898-2021-%D1%80#Text>.
5. Über die Gewährleistung der Rechte und Freiheiten von Binnenvertriebenen: Gesetz der Ukraine Nr. 1706-VII, 2015, in der

Коцюбко І.,
аспірантка 2-го року заочної форми навчання
Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
м. Київ, Україна

ГЛОРИФІКАЦІЯ ЯК ПІДСТАВА ЗАСТОСУВАННЯ ВИЩИМ АНТИКОРУПЦІЙНИМ СУДОМ САНКЦІЇ У ВИДІ СТЯГНЕННЯ В ДОХІД ДЕРЖАВИ АКТИВІВ ПІДСАНКЦІЙНИХ ОСІБ

Однією із підстав, визначених Законом України «Про санкції» для застосування Вищим антикорупційним судом (далі – ВАКС) санкції у виді стягнення в дохід держави активів підсанкційних осіб, визначено суттєве сприяння вчиненню дій або ухваленню рішень, що створили суттєву загрозу національній безпеці, суверенітету чи територіальній цілісності України (в тому числі шляхом збройної агресії чи терористичної діяльності) або значною мірою сприяли (в тому числі шляхом фінансування) вчиненню таких дій іншими особами. Одним із різновидів такого сприяння визначено *інформаційне сприяння* вчиненню таких дій або ухваленню таких рішень, зокрема шляхом організації, фінансування та безпосереднього здійснення публічних дій, спрямованих на *глорифікацію осіб, які здійснювали збройну агресію проти України, представників збройних формувань держави-агресора, іррегулярних незаконних збройних формувань, озброєних банд та груп найманців, створених, підпорядкованих, керованих та фінансованих державою-агресором, а також представників окупаційної адміністрації держави-агресора та представників підконтрольних державі-агресору самопроголошених органів, які узурпували виконання владних функцій на тимчасово окупованих територіях України* (абз. 3 пп. в ч. 1 ст. 5-1) [1].

Правовий аналіз судової практики [2] засвідчує, що ВАКС застосовує санкцію у вигляді стягнення в дохід держави активів підсанкційних осіб з вказаної підстави, встановлюючи чи дії підсанкційної особи щодо вчинення *глорифікації* були умисними, свідомими та добровільними.

З огляду на те, що правова категорія «глорифікація» з'явилася у законодавстві України зовсім нещодавно, вона не лише не отримала свого законодавчого визначення, але й є малодослідженою у науковій юридичній літературі. Зважаючи на важливість та резонансність ефективного розгляду судом цієї категорії справ, зважаючи на те, що застосування ВАКС такої санкції з вказаної підстави зумовлена широкомасштабним воєнним вторгненням російської федерації на територію України та руйнівною агресією, що поставило в небезпеку

самого існування Українського народу та держави, вбачається необхідність у законодавчому визначенні цієї правової категорії, передувати чому має її належне концептуальне обґрунтування.

У цьому контексті виникає питання щодо співвідношення поняття «глорифікація», яке передбачене ст. 436-2 Кримінального кодексу України «Виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії російської федерації проти України, глорифікація її учасників» [3] та у Законі України «Про санкції». Зважаючи на те, що глорифікація вказана як одна із ознак кримінального правопорушення, а також з урахуванням принципу презумпції невинуватості, можуть виникнути сумніви щодо обґрунтованості застосування ВАКС санкції з підстави глорифікації визначеної категорії осіб за відсутності обвинувального вир. суду щодо підсанкційної особи. І саме тому необхідно чітко та змістовно визначити вказане поняття для подальшого практичного застосування у сфері застосування санкцій.

Поняття «глорифікації» є словом іншомовного походження та походить від англійських «glory» – слава та «glorification» – ушлявлення. З огляду на те, що правова доктрина України визначає одним із критеріїв якості закону його доступність, що передбачає точність, простоту і зрозумілість мови закону, то ще у 2021 р. було запропоновано замінити слово «глорифікація» словами – «возвеличення, «створення позитивного образу» та «героїзація» [4], але змін не відбулося.

У науковій юридичній літературі пропонується запровадити загальнотеоретичного визначення поняття «глорифікації» як «... ушлявлення, героїзація, надання ореолу героїчності або легітимізація дій та/або бездіяльності осіб, які здійснювали або здійснюють збройну агресію проти України, представників збройних формувань російської федерації, незаконних збройних формувань, банд, найманців, створених та/або підпорядкованих, та/або керованих, та/або фінансованих російською федерацією, а також представників окупаційної адміністрації російської федерації, які складають органи державної влади та інші структури, функціонально відповідальні за управління тимчасово окупованими територіями України, та представників підконтрольних російській федерації самопроголошених органів, які узурпували виконання владних функцій на тимчасово окупованих територіях України, шляхом її піднесення з одночасним запереченням негативних та протиправних дій держави-агресора, а також осіб, які здійснювали антидержавний вплив» [5, с. 191-192].

Водночас вважаємо, що задля уникнення такого отождошення цих правових категорій доцільно звернутися до розуміння поняття «пропаганда російського нацистського тоталітарного режиму, збройної агресії російської федерації як держави-терориста проти України», яке визначається законодавцем, як поширення інформації, спрямованої на підтримку або виправдання злочинного характеру діяльності російської федерації, органів держави-терориста (держави-агресора), їх посадових

осіб, працівників, службовців (у тому числі військовослужбовців) та (або) представників, які відкрито або приховано діють від імені російської федерації на території України або з територій інших держав проти України; публічне заперечення, у тому числі через засоби масової інформації або з використанням мережі Інтернет, злочинного характеру збройної агресії російської федерації проти України; публічне використання символіки воєнного вторгнення російського нацистського тоталітарного режиму в Україну, використання, створення, поширення продукції, що містить таку символіку, в Україні та (або) за кордоном [6]. Оскільки вказане поняття уже закріплене на законодавчому рівні та в подальшому не виникатиме проблем щодо відмінності вказаного визначення у КК України та ЗУ «Про санкції» та дискусій щодо порушення принципу презумпції невинуватості під час застосування ВАКС санкції у вигляді стягнення в дохід держави активів підсанкційних осіб, за відсутності обвинувального вироку.

Підсумовуючи, слід зауважити про існування нагальної потреби у розмежуванні цих правових категорій з метою дотримання принципу презумпції невинуватості та внести законодавчі зміни до Закону України «Про санкції», замінивши у абз. 3 пп. в ч. 1 ст. 5-1 поняття «глорифікація» на «пропаганда» в розумінні Закону України «Про заборону пропаганди російського тоталітарного режиму, збройної агресії російської федерації як держави-терориста про України, символіки воєнного вторгнення російського нацистського тоталітарного режиму в Україну».

Література

1. Про санкції : Закон України від 14.08.2014 р. №1644-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1644-18#Text> (дата звернення: 20.11.2023).
2. Рішення Вищого антикорупційного суду від 12 грудня 2022 року, судова справа № 991/5572/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/107897920> (дата звернення: 20.11.2023).
3. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 р. №2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 20.11.2023).
4. Пропозиції Міністерства культури та інформаційної політики України до проєкту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо заборони виготовлення та поширення інформаційної продукції, спрямованої на пропагування дій країни-агресора від 18.02.2021 р. № 5101. URL: https://www.kmu.gov.ua/storage/app/bills_documents/document-2165054.pdf (дата звернення: 20.11.2023).
5. Можарівська М. І., Сердечна А. Ю. Поняття «глорифікації» як ознаки складу злочину, передбаченого ст.436-2 КК України. *Науковий вісник Ужгородського Національного Університету. Серія: Право.* 2023. Вип. 79, ч. 2. С. 187-192.

6. Про заборону пропаганди російського тоталітарного режиму, збройної агресії російської федерації як держави-терориста про України, символіки воєнного вторгнення російського нацистського тоталітарного режиму в Україну : Закон України від 22.05.2022 р. № 2265-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2265-20#Text> (дата звернення: 20.11.2023).

*Наукова керівниця – д-р юрид. наук, проф., професорка кафедри нотаріального, виконавчого процесу та адвокатури, прокуратури, судоустрою Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка **М. М. Стефанчук**.*

Красножон О.,
*здобувачка третього (освітньо-наукового) рівня освіти
Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
м. Київ, Україна*

РОЗШИРЕННЯ МОЖЛИВОСТЕЙ ПРЕДСТАВНИЦТВА ІНТЕРЕСІВ ДІТЕЙ ЯК СУБ'ЄКТІВ БЕЗОПЛАТНОЇ ПРАВНИЧОЇ ДОПОМОГИ

Конституція України (ст. 131-1) [1] наділяє прокуратуру функцією з представництва інтересів держави в суді. З цією метою відповідно до положень Закону України «Про прокуратуру» (ст. 23) [2] прокурор має право витребувати, отримувати пояснення, копії документів і матеріалів органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій; звертатися до суду з позовом; вступати у справу, порушену за позовом іншої особи; ініціювати перегляд судових рішень; брати участь у розгляді справи; брати участь у виконавчому провадженні при виконанні рішень у справі, в якій прокурор здійснював таке представництво.

З огляду на обмеженість конституційної регламентації представницької функції прокуратури виключно інтересами держави, інтереси дітей перебувають у фокусі уваги прокуратури через представництво інтересів держави у сфері охорони дитинства, які полягають, зокрема, у забезпеченні отримання соціальних гарантій дітьми, як особливо вразливих категорій.

Відповідно до положень Закону України «Про безоплатну правничу допомогу» [3] діти є суб'єктами права на всі види безоплатної правничої допомоги, у тому числі на здійснення представництва їхніх інтересів в судах (п. 2 ч. 1 ст. 14). Проте, надання такої допомоги має заявницький принцип. Тобто для отримання безоплатної правничої допомоги особа, крізь призму предмета цього дослідження – дитина, має висловити своє волевиявлення і звернутися за її отриманням.

На противагу цьому, прокурор, згідно з наказом Генерального прокурора «Про організацію діяльності прокурорів щодо представництва інтересів держави в суді» від 21.08.2020 р. № 389, може отримувати інформацію про можливі порушення інтересів держави від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, інших суб'єктів владних повноважень; з матеріалів кримінальних проваджень; публікацій у медіа, у тому числі мережі Інтернет; зі звернень фізичних і юридичних осіб, депутатів усіх рівнів, громадських об'єднань та організацій та з інших джерел [4]. Таким чином приводом для вирішення питання наявності підстав для здійснення представництва прокурором не обов'язково є звернення фізичної особи, на відміну від обов'язкового звернення особи за отриманням безоплатної правничої допомоги. Зазначене свідчить про наявність у прокуратури, як однієї із інституцій, що має своїм завданням захист прав дітей, більшого переліку джерел отримання інформації про порушення прав особи та інтересів держави у сфері охорони дитинства, а відтак і можливості на них відреагувати.

Зазначений фактор набуває особливої ваги з огляду на те, що діти можуть не знати, а зазвичай і не знають усього обсягу своїх прав, соціальних гарантій тощо, що може бути причиною їхнього не звернення за наданням безоплатної правничої допомоги. Іншим фактором, що свідчить про необхідність посилення правового механізму захисту прав дітей розширенням спроможності органів прокуратури у цій сфері, є те, що діти як суб'єкти права на отримання безоплатної правничої допомоги, не в усіх випадках можуть реалізувати це право самостійно. Лише на захист своїх прав у сімейних правовідносинах дитина з 14 років може самостійно звернутися за захистом своїх прав. У всіх інших випадках, а також діти до 14 років можуть реалізувати своє право на звернення за отриманням безоплатної правничої допомоги лише через своїх законних представників, патронатних вихователів. Однак інтереси останніх можуть не збігатися з інтересами дітей, або такі представники можуть елементарно бути не обізнаними з наявними правами, інтересами дітей, а отже і про те, що вони порушуються та про необхідність їхнього захисту, зокрема шляхом поновлення.

Водночас прокурор, звертаючись до суду в інтересах держави у сфері охорони дитинства, не зв'язаний позицією позивача у справі. Відповідно до положень процесуальних кодексів відмова органу, уповноваженого здійснювати відповідні функції у спірних правовідносинах, від поданого прокурором в інтересах держави позову не позбавляє прокурора права підтримувати позов і вимагати розгляду справи по суті. Як приклад можна навести позов прокурора в інтересах держави в особі Служби у справах дітей до Управління освіти міської ради про зобов'язання нарахувати та виплатити дітям-сиротам – випускникам закладів загальної середньої освіти одноразову грошову допомогу. Навіть у разі відмови позивача у підтримці правової позиції прокурора у справі, відмови від позову справа буде розглянута по суті, та

за наявності позитивного судового рішення державний інтерес, який полягає у захисті інтересів дітей, буде захищений. Отже, практика свідчить про доцільність підсилення потенціалу системи безоплатної правничої допомоги стосовно дітей правозахисною спроможністю прокуратури.

З цього приводу слід зазначити, що у науковій юридичній літературі зауважується на певній «... *невідповідність між мовною конструкцією та змістовим наповненням, яке законодавець прагнув відобразити в законі*, проявом якої можна визнати закріплення об'єктом прокурорського представництва «інтересу держави», яке створює загрозу розуміння його юрисдикційними органами як інтересу державного органу та спотворює визначену місію діяльності прокуратури поза межами кримінальної юстиції на рівні європейських інституцій, яка полягає в тому, щоб представляти *загальні або публічні інтереси*, захищати права людини й основоположні свободи, забезпечувати верховенство права...» [5, с. 173], що узгоджується із посиленням спроможності прокуратури у сфері представництва інтересів дітей, як прояву загального інтересу суспільства.

Таким чином, виявляючи порушення прав та інтересів дітей, а також законодавчі прогалини у здійсненні безоплатної правничої допомоги, прокурор намагається їх усунути та компенсувати через представництво інтересів держави у сфері охорони дитинства, що може бути додатковим приводом для перегляду обсягу прокурорського представництва у бік його розширення можливістю представництва саме прав та інтересів дітей, що, з огляду на пріоритетність питань захисту прав дітей, потребує подальшого дослідження та обґрунтування.

Література

1. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 20.11.2023).
2. Про прокуратуру : Закон України від 14.10.2014 р. № 1697-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18#Text> (дата звернення: 19.11.2023).
3. Про безоплатну правничу допомогу : Закон України від 02.06.2011 р. № 3460-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17#Text> (дата звернення: 19.11.2023).
4. Про організацію діяльності прокурорів щодо представництва інтересів держави в суді: наказ Генерального прокурора від 21.08.2020 р. № 389. URL: <https://gp.gov.ua/ua/posts/nakazi-generalnogo-prokurora-z-osnovnih-napryamiv-prokurorskoji-diyalnosti> (дата звернення: 20.11.2023).
5. Стефанчук М. М. Представницька функція прокуратури: дефекти законодавства. *Вісник кримінального судочинства*. 2019. № 3. С. 164-175.

Наукова керівниця – д-р юрид. наук, проф., професорка кафедри нотаріального, виконавчого процесу та адвокатури, прокуратури,

судоустрою Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка **М. М. Стефанчук**.

Крупнова Л.,
д-р юрид. наук, проф.,
професорка кафедри кримінально-правових
та адміністративно-правових дисциплін
Міжнародного економіко-гуманітарного університету
ім. академіка Степана Дем'янчука,
заслужений юрист України,
м. Рівне, Україна

РЕАЛІЗАЦІЯ ДИСКРЕЦІЙНИХ ПОВНОВАЖЕНЬ СУДУ НА СТАДІЇ ЗУПИНЕННЯ ВИКОНАННЯ РІШЕННЯ СУДУ

Питання дискреційних повноважень суддів набуло чимало інтересу серед науковців, що виразилося у значній кількості відповідних досліджень та публікацій. Така увага зі сторони науковців пов'язана із суперечливим ставленням до дискреційних повноважень, з однієї сторони суди мають діяти у відповідності та у межах чинного законодавства, та з іншої сторони до сьогодні в судочинстві є певні процесуальні дії щодо яких суд наділений певною свободою діяти на власний розсуд але у межах чинного законодавства [1, ст.158].

Щодо обов'язку суду діяти виключно у межах чинного закону та чи виключає це можливість застосування дискреційних повноважень.

Перш за все доцільно звернутися до Основного закону України – Конституції України, адже саме ст. 19 Конституції України визначено, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи України зобов'язані діяти, лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України [2].

Законом України «Про судоустрій та статус суддів визначено організацію судової влади та здійснення правосуддя в Україні. Так, в силу статей 2 та 6 зазначеного Закону суд здійснює правосуддя на основі Конституції та законів України та на засадах верховенства права. Складаючи присягу судді у відповідності до ст. 57 Закону України «Про судоустрій та статус суддів», особа присягається Українському народові здійснювати правосуддя від імені України керуючись принципом верховенства права, підкоряючись лише закону [3].

Здійснення правосуддя в процедурі адміністративного судочинства виключно в межах закону, так само як і в Конституції України, закріплено в ст. 6 КАС України.

Щодо наявної певної процесуальної свободи суду – що створює умови для реалізації дискреційних повноважень в адміністративному

судочинстві. Статтею 2 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» одним із завданням суду є забезпечення кожному права на справедливий суд. У силу ст. 7 даного Закону, кожному гарантується захист його прав, свобод та інтересів справедливим судом [2].

Одним із прикладів застосування дискреційних повноважень зупинення виконання рішення суду в порядку адміністративного судочинства.

Законодавець для рішень суду першої інстанції заклав процесуальну можливість оскаржити рішення в апеляційному порядку. На противагу такому підходу відкладеного терміну набрання сили рішенням суду після його проголошення, рішення апеляційної інстанції мають чинність моменту проголошення. З метою уникнення несправедливості виконання рішення суду коли може призвести до значної шкоди що набирає чинності з моменту проголошення, законодавець заклав процесуальну для зупинення касаційною інстанцією виконання рішення суду апеляційної інстанції.

Проаналізувавши судову практику, найсуперечливішим є той факт, що сторона звертається із клопотанням зупинити виконання рішення суду або зупинити рішення суду в дії, що вже набрало законної сили та підлягає виконанню.

Адже, з однієї сторони є сторона відносно якої рішення суду вже набрало законної сили, та у такої сторони правомірні очікування щодо виконання такого рішення. Інша сторона клопоче про зупинення виконання такого рішення або про зупинення його в дії. Суди має прийняти збалансоване рішення для обох сторін, з урахуванням прав та інтересів всіх сторін не порушуючи при цьому принципу обов'язковості рішення суду.

Дискусійності зупинення виконання або дії рішення суду додає той факт, що після того як касаційний суд виносить ухвалу про зупинення виконання на або дії рішення суду, інша сторона яка правомірно очікувала негайне набрання чинності рішення суду апеляційної інстанції та його виконання не має права на оскарження такої ухвали про зупинення, і як наслідок позбавлена скористатися стадією виконання рішення суду.

Усунення вище окреслених неузгодженостей, що сформовані несталістю чинного законодавства вдається можливим через розвиток уніфікованої судової практики Верховного Суду. Єдиний підхід судової практики з урахуванням наукових напрацювань надасть змогу конкретизувати межі застосування дискреційних повноважень на стадії зупинення виконання рішення суду або зупинення його в дії в порядку здійснення адміністративного судочинства [4; ст.161].

Література

1. Мороз С. С., Крупнова Л. В., Коваль М. В. Реалізація дискреційних повноважень суду на стадії зупинення виконання рішення

суду або зупинення його дії в порядку адміністративного судочинства. *Правова позиція*. № 2 (39). С.158.

2. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. №254к/96-ВР URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.

3. Кодекс адміністративного судочинства України : Закон України від 06.07.2005 №2747-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text>.

4. Мороз С. С., Крупнова Л. В., Коваль М. В. Реалізація дискреційних повноважень суду на стадії зупинення виконання рішення суду або зупинення його дії в порядку адміністративного судочинства. *Правова позиція*. № 2 (39). С.161.

Лимарь І.,

*аспірантка кафедри цивільної юстиції та адвокатури
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
м. Харків, Україна*

ПРЕДСТАВНИЦТВО У СПРАВАХ, ПОВ'ЯЗАНИХ З РОЗГЛЯДОМ СУДОМ СКАРГ В ПОРЯДКУ ЗАСТОСУВАННЯ СУДОВОГО КОНТРОЛЮ У ВИКОНАВЧОМУ ПРОВАДЖЕННІ

Оновлені правові норми у частині здійснення контролю суду за виконанням судових рішень Конституції України (ст. 129-1), прийняті в рамках судових реформ, нові нормативно-правові акти у сфері примусового виконання судових рішень цивільної юрисдикції закріпили обов'язок суду здійснювати контроль за виконанням судового рішення. Закріплення принципу судового контролю за виконанням судового рішення на конституційному рівні фактично визначає його однією з форм реалізації судової влади, поряд з правосуддям.

У червні 2016 р. Верховною радою України були прийняті Закони України «Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів» та «Про виконавче провадження» [1; 2], які є базовими у регулюванні сфери примусового виконання судових рішень в Україні. Статтею 1 Закону України «Про виконавче провадження» виконавче провадження визначено як завершальна стадія судового провадження і примусового виконання судових рішень [2]. Статтею 2 цього Закону одним з принципів, притаманних виконавчому провадженню відзначено принцип забезпечення права на оскарження рішень, дій чи бездіяльності державних та приватних виконавців, інших посадових осіб органу державної виконавчої служби.

Стаття 447 Цивільного процесуального кодексу України (надалі – ЦПК України) [3] наділяє сторін виконавчого провадження правом звернутися до суду із скаргою, якщо вони вважають, що рішенням, дією

або бездіяльністю державного або приватного виконавця, іншою посадовою особою органу державної виконавчої служби під час виконання судового рішення, порушено їхні права чи свободи. Відповідно до ст. 450 ЦПК України розгляд скарги відбувається у десятиденний строк у судовому засіданні за участю стягувача, боржника і державного виконавця або іншої посадової особи органу державної виконавчої служби чи приватного виконавця, рішення, дія чи бездіяльність яких оскаржуються.

Стаття 58 ЦПК України передбачає, право сторін, третіх осіб, та осіб, яким законом надано право звертатися до суду в інтересах інших осіб, брати участь у судовому процесі особисто та /або через представника. Статтею 131-2 Конституції України передбачено, що для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура, а саме, передбачено виключно адвокатське представництво іншої особи в суді. ЦПК України допускаються винятки адвокатського представництва щодо представництва законним представником інших осіб в суді: у трудових спорах, спорах щодо захисту соціальних прав, виборів і референдумів, у малозначних спорах та щодо представництва малолітніх/неповнолітніх осіб та осіб, визнаних судом недієздатними або дієздатність яких обмежена. Відповідно до ст. 60 ЦПК України законним представником, окрім адвоката, може бути будь-яка особа, за умови дотримання певних вимог, а саме: особа повинна досягнути вісімнадцяти років, мати повну цивільну процесуальну дієздатність та належним чином посвідчені повноваження на здійснення представництва в суді. Не можуть бути законним представником особи, які виконують деякі функції або займають певні посади, передбачені статтею 61 ЦПК України.

Повноваження адвоката як представника відповідно до частини 4 ст. 16 Закону України «Про виконавче провадження» підтверджуються довіреністю, ордером, дорученням органу чи установи, що уповноважені законом на надання безоплатної правової допомоги, а повноваження представника юридичної особи у виконавчому провадженні можуть бути підтверджені довіреністю, виданою і оформленою відповідно до закону. Слід звернути увагу, що у змісті згаданого закону відсутні вимоги щодо документів, якими можуть бути підтверджені повноваження законних представників.

Стаття 58 ЦПК України наділяє правом звернення до суду в інтересах іншої особи через представника сторін, третіх осіб та осіб, яким законом надано право звертатися до суду в інтересах іншої особи. Стаття 16 Закону України «Про виконавче провадження» передбачає лише право сторін виконавчого провадження реалізовувати свої права та обов'язки у виконавчому провадженні через представників. А отже, залишається не визначеним на законодавчому рівні право реалізовувати свої права та обов'язки у виконавчому провадженні через представників учасників наказного і окремого провадження (заявника/боржника/інших заінтересованих осіб) та інших учасників виконавчого провадження.

Зокрема, згаданими нормативними актами не визначено, чи мають право державні та приватні виконавці реалізовувати свої права та обов'язки у виконавчому провадженні через представника. Значна кількість процесуальних питань у виконавчому провадженні вирішуються виключно в рамках чітко регламентованих законом процедур судочинства. Наприклад, розгляд подань виконавця до суду про примусове проникнення до житла, про заміну сторони виконавчого провадження або про обмеження боржника у праві виїзду за кордон тощо. Невизначеним на законодавчому рівні залишається і право державного чи приватного виконавця реалізовувати свої права та обов'язки через представника у справах з розгляду судом скарг на рішення, дії або бездіяльність державного або приватного виконавця.

Інститут процесуального представництва та адвокатури у виконавчому провадженні на сьогодні є недостатньо розробленим та потребує додаткового дослідження. Оскільки законодавчого закріплення поняття процесуального представництва у виконавчому процесі не має, воно залишається дискусійним, поряд з такими аспектами процесуального представництва у виконавчому провадженні, як характер таких правовідносин, їх мета та види процесуального представництва, суб'єктний склад, характер правовідносин та виключність права адвокатського представництва у виконавчому провадженні тощо.

До виконавчого процесу залучаються різні суб'єкти, які є учасниками виконавчого провадження та наділені повноваженнями, які сприяють належному виконанню судових рішень. Як вбачається із аналізу діючого законодавства, яке регулює представництво сторін у виконавчому провадженні, коло учасників виконавчого провадження, які наділені правом реалізовувати свої права та обов'язки у виконавчому провадженні через представників є обмеженим та відповідно потребує правового врегулювання та значного розширення.

Інститут представництва та адвокатури виконує функцію забезпечення законності у виконавчому провадженні та є гарантією забезпечення державою доступу кожної особи до правосуддя та ефективного судового захисту. Інститут представництва та адвокатури є міжгалузевим правовим інститутом з широкою сферою правової дії, а отже має бути уніфікований підхід до його комплексного реформування, що забезпечить ефективний захист прав кожної особи у виконавчому провадженні та втілення принципу верховенства права в практичну площину.

Література

1. Про виконавче провадження : Закон України від 02.06.2016 р. № 1404-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19#Text>.
2. Про органи та осіб, які здійснюють примусове виконання судових рішень і рішень інших органів : Закон України від 02.06.2016 р. № 1403-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1403-19#Text>.

3. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>.

Dr. Markworth D.,
Akademischer Rat Assessor, Master of Science Law and Finance
University of Oxford

Д-р Девід Маркворт Д.,
член академічної ради при Кельнському університеті, Німеччина
магістр факультету права та фінансів
Оксфордського університету

**THE GERMAN LITIGATION FUNDING MARKET'S BLACK SWAN EVENT
– TAKE-AWAYS FROM A NEW WORLD OF LITIGATION FUNDING
AND LEGAL SERVICES PROVISION**
**ПОДІЯ «ЧОРНИЙ ЛЕБІДЬ» НА НІМЕЦЬКОМУ РИНКУ ФІНАНСУВАННЯ
СУДОВИХ ПРОЦЕСІВ – ВИСНОВКИ З НОВОГО СВІТУ ФІНАНСУВАННЯ
СУДОВИХ ПРОЦЕСІВ І НАДАННЯ ЮРИДИЧНИХ ПОСЛУГ**

The Representative Actions Directive (RAD) was implemented in Germany by way of the «Verbraucherrechtgedurchsetzungsgesetz» (or «VDuG» in short) that entered into force on 13 October 2023. This blog post aims at giving a brief overview of some key elements of the first full-fledged collective consumer redress mechanism in Germany and its preliminary assessment.

The German legislator adopted an **opt-in** redress mechanism open to consumers as well as **small businesses**¹. The model involves three main procedural stages. Qualified Entities (QEs) are permitted to bring representative actions when they can plausibly demonstrate that at least **50 consumer claims** may be affected by it². On the first procedural stage³ the court is given the opportunity to issue a preliminary judgement on the merits of the case⁴. If the court deems the claim to be justified in principle, it then offers the parties the possibility of discussing a **settlement**⁵. If no settlement is reached in this evaluation phase, the court can issue a final judgment, in which a collective total compensation amount for all claimants is determined⁶. The court may set the amount based on its own conviction, taking into account all circumstances of the case. The court thereby may rely on an

¹ Small businesses are considered consumers for the sake of the redress mechanism, see sec. 1 para. 2 VDuG.

² Sec. 1 para 1 VDuG.

³ Sec. 1 ff. VDuG.

⁴ *Abhilfegrundurteil*, sec. 16 VDuG.

⁵ Sec. 17 VDuG.

⁶ *Abhilfeendurteil*, sec. 18 VDuG.

estimate, using a conceivable maximum amount as base¹. The amount set by the court is **provisional** in nature. Therefore, if the amount turns out to be insufficient, it can afterwards be increased upon request². At the same time, if after satisfying all legitimate claims the amount appears to have been set too high, the remainder will be **returned to the defendant company**³. The defendant company must transfer the full compensation into a **compensation fund**⁴. If both plaintiff and defendant request it and settlement efforts appear futile, there will be no preliminary judgment but rather an instantaneous final judgment⁵. The second procedural stage consists of the implementation measures. The implementation, ie the distribution of the total amount to the claimants, is carried out by a **trustee that is appointed by the court**⁶. The trustee will examine the eligibility of each consumer and satisfy their individual claims from the total compensation fund considering the individual damage that they have incurred.⁷ At a third stage, there can be **follow-on proceedings**⁸. If the defendant company has individual objections regarding a claim that were not recognized by the trustee, it can assert these objections through a lawsuit, if necessary. The same applies in reverse for the consumers.

Initial evaluations in Germany regard the VDuG primarily as a **regulation lacking bite**⁹. A well-known general concern regarding the RAD is that QEs may be funded too poorly to bring all possible representative actions¹⁰. They might therefore need to rely on third party funding. To **potential third party funders**, the new VDuG mechanism appears **unattractive**. If a QE relies on third party funding, any agreements made with the financing party must be disclosed to the court¹¹. The law does not ensure that the defendant company must bear the funding costs and provides no mechanism on which a funder, after a successful collective redress, can rely on to receive a share of the enforcement proceeds from the implementation fund in a legally watertight manner. Similarly, the VDuG does not mention how proceeds between the QE, the law firms involved and potential third party funders can be shared. The trustee is only allowed to fulfil legitimate consumer claims by making payments from the implementation fund. Additionally, the trustee may withdraw amounts from the fund to settle the implementation costs upon a

¹ Sec. 19 VDuG

² Sec. 21 VDuG.

³ Sec. 37 VDuG.

⁴ Sec. 25 VDuG.

⁵ Sec. 16 para. 4 VDuG.

⁶ Sec. 23 VDuG.

⁷ Sec. 27 VDuG.

⁸ Sec. 39 f. VDuG.

⁹ See Karl Hamacher, 'Diese Abhilfeklage hilft Verbrauchern nicht', LTO 20 October 2023, <<https://www.lto.de/recht/meinung/m/verbandsklage-neu-kommentar/>> accessed 27 November 2023. Loosely translated to English, the article is titled "This redress mechanism is of no help to consumers". In it, the author claims that the new redress mechanism will remain largely insignificant.

¹⁰ See Susanne Augenhöfer and Adriani Dori, 'The proposed regulation of Third Party Funding – much ado about nothing?' (2023) GPR 198 cf. 5.

¹¹ Sec. 4 para. 3 VDuG.

court order¹. Third party funding costs however are not considered a part of these costs². QEs are also not allowed to re-direct redress proceeds to funders without consumer consent. Additionally, a third party funder may only be promised a **maximum share of 10 %** of everything that must be borne by the defendant company³. If a QE initiates a redress action breaching these provisions this action will be considered **inadmissible**.

Despite all of this, representative actions in Germany might still become a success due to factors that are embedded in and very specific for the German legal services and litigation funding markets. For once, with its consumer associations and their umbrella organisation *Verbraucherzentrale Bundesverband* (VZBV), Germany features a set of entities that by law have been designated to be «natural» QEs⁴. In parts, **VZBV** is funded publicly, other funds inter alia result from membership fees⁵. It is hard to estimate whether the consumer associations can rely on the financial means necessary for their new task of carrying out VDuG proceedings. But the fact that VZBV has already initiated at least two representative actions under the new legislative regime⁶ at least indicates that they might continue to be able to conduct successful collective consumer redress without needing to rely on third party funding. The TPF cap may have created a monopoly for VDuG redress however and prevent the emergence of new QEs⁷. Additionally, the VDuG features a **tight fee cap on legal expenses**, which has major benefits for the consumer associations, since it protects them from adverse costs that they would otherwise incur when a court decides in favour of the defendant company and they have to carry the costs of the company's legal team. Finally, Germany has adopted a **very late opt-in model**. Consumers may opt into a VDuG proceeding until up to three weeks after the end of the oral hearing in court⁸. At the same time, a judgement can only be issued after six weeks have passed since the conclusion of the oral hearing⁹. This allows consumers to join a proceeding at a point in time when they can already foresee with relatively high certainty whether it will be successful, while at the same time making it hard for defendant companies to calculate the accrual for potential future collective redress expenses stemming from it.

¹ Sec. 25 para. 3 VDuG.

² Sec. 20 VDuG. The costs inter alia include a remuneration for the trustee, however.

³ See sec. 4 VDuG. Third-party financing a VDuG redress is also forbidden if the funder is a competitor of the defendant company, is dependent on the defendant company, or it can be expected that the funder will unduly influence the QE's handling of the litigation. This includes funders ensuring that a settlement to the detriment of the consumers is reached.

⁴ Sec. 2 para. 3 VDuG.

⁵ See VZBV <<https://www.vzbv.de/ueber-uns/transparenz/10-punkte-zur-arbeit-des-vzbv>> accessed 27 November 2023.

⁶ See VZBV <<https://www.sammelklagen.de/aktuelles/fernwaermepreise-vzbv-verklagt-eon-und-hansewerk-natur>> accessed 27 November 2023.

⁷ See S Augenhof/A Dori (n 17), cf. 23.

⁸ Sec. 46 para. 1 VDuG.

⁹ Sec. 13 para. 4 VDuG.

Палант Б.,
адвокат із 40-річним стажем
переважно у галузі імміграційного і міжнародного права.
Автор двох книг, одна з яких – «Білль про права» –
перекладена українською мовою і
виpuщена Національним юридичним
університетом імені Ярослава Мудрого у 2018 році.
Багаторічний володар титулів «Super lawyer» і «Top lawyer».
Юридичний експерт у багатьох телевізійних і радіопередачах у США.
Засновник юридичної фірми «Palant and Lust» PLLC США

Palant B.,
is a lawyer with 40 years of experience,
mainly in the field of immigration and international law.
He is the author of two books, one of which,
The Bill of Rights, was translated into Ukrainian and published
by the Yaroslav Mudryi National Law University in 2018.
Long-term holder of the titles «Super lawyer» and «Top lawyer».
He has been a legal expert in many television and radio programs in the
United States. Founder of Palant and Lust PLLC, USA

WAR AND INTERNATIONAL LAW

ВІЙНА ТА МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

Under international law, including the Geneva Conventions, Russian troops in Ukraine are an occupying force within the meaning of occupation in the Fourth Geneva Convention of 1949. Hostilities between Russian armed forces and Ukrainian armed forces constitute an international armed conflict governed by **the four Geneva Conventions of 1949 and its first additional protocol of 1977 (Protocol I), and the Hague Conventions of 1907 regulating** the means and methods of warfare), as well as the rules of customary international humanitarian law.

Both Ukraine and Russia are parties to the 1949 Geneva Conventions and Protocol I.

International humanitarian law, or the laws of war, provides protections to civilians and other noncombatants from the hazards of armed conflict.

Does international human rights law apply in Ukraine?

Yes. International human rights law continues to apply at all times.

Ukraine and Russia are both party to a number of regional and international human rights treaties. Although on September 16, 2022, Russia ceased to be party to the European Convention on Human Rights, it continues to be party to the International Covenant on Civil and Political Rights, and the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CAT).

What can be a lawful target of a military attack?

Military objectives are personnel and objects that are making an effective contribution to military action and whose destruction, capture, or neutralization offers a definite military advantage.

What kinds of military attacks are prohibited?

The laws of war also prohibit indiscriminate attacks. Indiscriminate attacks are those that strike military objectives and civilians or civilian objects without distinction. If the weapons used are so inaccurate that they cannot be directed at military targets without imposing a substantial risk of civilian harm, then they should not be deployed.

What is meant by using human shields?

The war crime of «shielding» has been defined as intentionally using the presence of civilians to make certain points, areas, or military forces immune from military attack.

Are parties to the conflict permitted to target infrastructure such as airports, roads, and bridges?

Civil airports, roads, and bridges are civilian objects that become military objectives subject to attack if they are being used for military purposes or military objectives are located on or within them.

Who is entitled to prisoner-of-war status and how must POWs be treated?

The Third Geneva Convention of 1949 states that:

- *POWs must be humanely treated at all times.*
- *The honor of POWs must be protected; particularly, they must not be subject to insults or violence. They must not be paraded or interrogated in front of the media, and their images should not be used for political purposes.*
- *No torture or other form of coercion may be inflicted on POWs to obtain from them any type of information.*
- *Women POWs must be treated with due regard for their gender and be given at least the same rights and protections as men. Children who are POWs are entitled to special treatment.*
- *Wounded or ill POWs should be provided with the same medical care that is given to the members of the armed forces of the Detaining Power.*

Can any war crimes or crimes against humanity committed in Ukraine be tried before the International Criminal Court?

The ICC is a permanent international court with a mandate to investigate, charge, and put on trial people suspected of genocide, crimes against humanity, and war crimes committed after July 1, 2002.

However, it can only exercise jurisdiction over these crimes if:

- The crimes occurred in the territory of a country that is a party to the ICC treaty;
- The person accused of the crimes is a citizen of a country that is a party to the ICC treaty;
- A country that is not a party to the ICC treaty accepts the court's authority for the crimes in question by submitting a formal declaration to the court; or

•The United Nations Security Council refers the situation to the ICC prosecutor.

Russia and Ukraine are not members of the ICC, but Ukraine accepted the court's jurisdiction over crimes committed on its territory since November 2013, and in so doing, the obligation to cooperate with the court.

Can other countries prosecute international crimes committed in Ukraine?

Certain categories of grave crimes in violation of international law, such as war crimes and torture, are subject to «**universal jurisdiction**,» which refers to the ability of a country's domestic judicial system to investigate and prosecute certain crimes, even if they were not committed on its territory, by one of its nationals, or against one of its nationals. Certain treaties, such as the 1949 Geneva Conventions and the Convention against Torture, obligate states to extradite or prosecute suspected offenders who are within that country's territory or otherwise under its jurisdiction. Under customary international law, it is also generally agreed that countries are allowed to try those responsible for other crimes, such as genocide or crimes against humanity, wherever these crimes took place.

JURISDICTION IN THE GENERAL SITUATION

Ukraine is not a State Party to the Rome Statute, but it has twice exercised its prerogatives to accept the Court's jurisdiction over alleged crimes under the Rome Statute occurring on its territory, pursuant to article 12(3) of the Statute.

On 2 March 2022, a coordinated group of over 40 States Parties submitted a joint referral.

On 17 March 2023, ICC Pre-Trial Chamber II issued warrants of arrest for two individuals for forcible deportation of children, basically abduction, to Russia and Belarus: Vladimir Putin, President of the Russian Federation, and Maria Lvova-Belova, Commissioner for Children's Rights in the Office of the President of the Russian Federation.

The ICC's jurisdiction is «complementary» to each country's domestic criminal jurisdiction—meaning the ICC only is to intervene in cases that Ukraine is not equipped to prosecute or able to pursue. In its role as a «court of last resort,» the ICC could backstop Ukraine's criminal justice system, but **there is at least one prominent limit to the ICC's jurisdiction.** Under Article 15bis of the Rome Statute, the ICC does not have jurisdiction over Russian nationals **for the crime of aggression.** The crime of aggression, in its broadest sense, is the act of starting an armed conflict that is prohibited under the U.N. Charter. The crime is defined to capture the conduct of a country's senior-most decision makers that control and direct military action, which potentially could include Russian President Vladimir Putin.

Limitations on domestic prosecutions coupled with the ICC's inability to prosecute Russian nationals for the crime of aggression results in a risk that no court—international or domestic—can prosecute high-level Russian officials for aggression. To address this issue, Ukrainian President Volodymyr

Zelenskyy has called for the creation of a new special (or ad hoc) international tribunal that would focus on the crime of aggression and supplement the efforts of the ICC and Ukraine's domestic courts.

Thus, due to the jurisdictional limitations applicable to the crime of aggression, however, the **reach of the ICC remains limited to war crimes, crimes against humanity, and genocide; it does not extend to the crime of aggression.**

In May 2023, 46 Heads of State and Government of the Council of Europe confirmed the necessity for a Special Tribunal for the Crime of Aggression to prosecute the political and military leadership of the Russian Federation. The United States joined their efforts as well. The NATO Parliamentary Assembly designated Russia under the current regime as a terrorist state. The European Parliament also designated Russia as a state sponsor of terrorism, citing attacks against civilians, war crimes and atrocities.

Thank you and Слава Україні!

Савчин М.,

д-р юрид. наук, проф.,

директор НДІ порівняльного публічного права та міжнародного права

Ужгородського національного університету,

віце-президент Світового конгресу українських юристів,

радник голови КСУ (2008–2010 рр.)

м. Ужгород, Україна

ЧЕСНОТИ І ЦІННОСТІ У ПРАВІ ТА ЇХ ВПЛИВ НА КОНСТИТУЦІЮ

Вимірювання справедливості у праві завжди було ключовою проблемою доктрини та юриспруденції. Оскільки право опікується свободою і воно, власне, базується на свободі думки й академічній свободі, то за своєю природою інтерпретація права має консенсусну основу. Існують дискусії щодо співвідношення між свободою та порядком, що часто виражається в асоціаціях між хаосом та визначеністю, хоча остання потребує консенсусних механізмів і належної юридичної аргументації. Продовженням цього процесу є тренд до упорядкування суспільних відносин, що часто пов'язано з інфляцією законодавства, що лише посилює юридичну невизначеність чи то хаос у праві, й таку доводиться долати інтерпретацією через судові рішення, оскільки політичні засоби, зокрема суспільно-політичні дебати вичерпують себе. Така інтерпретація мислима через цінності у праві, але для належного тлумачення інтерпретатор має бути наділений певними чеснотами, аби зберігати цілісність правової матерії та віру в суспільний прогрес і вільний розвиток людини як самодостатнього індивіда.

Не буду тут формулювати якусь універсальну концепцію дії законів розвитку природи та людства, оскільки конституційна юриспруденція та

доктрина засвідчують багатофакторність і переплетіння дії певних закономірностей. Як правило, вирішення проблемного питання має багатовимірний і багатоаспектний характер. Це також пов'язано з необхідністю обробки великого масиву інформації, що потребує значних інтелектуальних зусиль щодо абстрагування й узагальнення, яке лежить в основі ухвалюваних рішень. Оскільки юридичні рішення переважно спрямовані на майбутнє і мають у цьому відношенні нормативний ефект, тобто накладають обов'язок захисту на органи влади, то вони мають бути відкритими для їх подальшої кореляції у світлі суспільних змін та поваги до людської гідності. На думку еволюціоністів, незалежно, чи то закони фізичного світу, чи то живої природи еволюційні системи видаються концептуально еквівалентними, оскільки мають три помітні ознаки:

- 1) вони формуються з численних компонентів, які потенційно можуть комбінаторно набувати величезної кількості різних конфігурацій;
- 2) існують процеси, які генерують численні різні конфігурації;
- 3) конфігурації переважно селекціонуються на основі функції¹.

Якщо екстраполювати все це на право, яке регулює суспільні відносини й охороняє основоположні цінності, які базуються на суспільному консенсусі, то тут слід говорити про динамічну складову права. У конституційному праві це питання уповноваження органів влади, яке базується на кардинальному конституційному рішенні – обов'язку держави поважати, охороняти і забезпечувати основоположні права – та здійснення судового контролю над обґрунтованістю актів органів влади.

У методології науки ці ситуації визначаються через парадигму, яка лежить в основі нормальної науки, виникнення критичної маси нових знань чи знань про певні факти, які стають основою наукової революції². Квінтесенцію методи права становить інтерпретація права, яка має декількатисячолітню історію. В основі інтерпретації лежать з'ясування змісту принципів і цінностей у праві. Остання наукова революція у праві була пов'язана з еволюцією тлумачення свободи протягом XVI–XVII ст., в основі якого почало формуватися модерне розуміння прав людини як певних меж діяльності держави, яка мала отримати на таку діяльність легітимацію як формальну – через Конституцію як юридичний акт, так і матеріальну – через вибори парламенту й отримання вотуму довіри урядом. Однак наскрізною ниткою, провідним елементом правової системи є діяльність судів, і цей елемент є найбільш консервативний у праві, хоча на практиці, на відміну від політичного процесу легітимації владних інститутів і набуття ними повноважень, суди дають змогу більш оперативно адаптуватися правилам до нових реалій суспільного життя шляхом тлумачення права.

Тому питання постає елементарно: чи є гнучкою конституція щодо суспільних змін і як основні конституційні органи влади можуть адекватно на них реагувати з точки зору конституційного телосу – раціональної організації влади та захисту прав людини. Оскільки реалізація цих цілей

впирається у суспільно-політичні дебати та конституційного перегляду рішень політичних інституцій на предмет конституційних цінностей, стоїть питання, наскільки адекватно приймаються рішення політичними інституціями та органами конституційної юстиції.

У конституціоналізмі виділяють три його напрями, які по-різному інтерпретують питання обробки інформації та вироблення рішень (decision-making): правовий, політичний та популярний. Якщо правовий конституціоналізм складають система основоположних цінностей і принципів права, які закладають засади обмеженої влади, насамперед через інструменти судового конституційного перегляду, зв'язаної правами людини, то інші його іпостасі мають відмінну природу. Політичний конституціоналізм акцентує увагу на політичні інститути влади – парламент та уряд, який є підзвітний і підконтрольний парламентові. Так само конституційна юстиція розглядається через політичний інструментарій, як репрезентацію певних політичних сил, однак суд критикується, що він забезпечує занадто вузький спектр рішень і ніби прийняття цих рішень є дорожчим за здійснення демократичних процедур, внаслідок яких здійснюється зміна політичних інституцій та відповідна циркуляція політичних еліт. Таким чином, політичний конституціоналізм спирається на традицію республіканізму, в основі якого лежить підзвітність і підконтрольність влади. У такий спосіб засоби демократії вважаються кращими й оптимальнішими для захисту конституції, аніж засоби судового конституційного перегляду, яка може здаватися більшості занадто консервативною і неприйнятною³.

Зважаючи на доктрину політичного питання, і самі суди підкидають хмизу під багаття політичного конституціоналізму. Тому акцентується увага на довірі між політиками та народом у рамках республіканізму. Критики правового конституціоналізму стверджували, що він був запроваджений гегемоністськими групами, які бояться політичних викликів своїй позиції. Вони стверджують, що в той час як політичний конституціоналізм відповідає поглядам більшості щодо розширених і більш рівних суспільних благ, юридичний конституціоналізм перешкоджає таким реформам на підставі їх втручання в особисту власність та інші права. Загалом джерелом політичного конституціоналізму є республіканська традиція з ідеєю згадуваної підзвітності та підконтрольності влади, заснованій на демократичних виборах і рішеннях більшості. Ця традиція відображає схильність до змішаних форм урядування, що має витоки ще в часи античності, і зводить конституціоналізм до поділу влади.

Прибічники популярного (народного) конституціоналізму відстоюють ідею «активного і постійного контролю за тлумаченням і виконанням конституційного права»⁴. Як відзначають дослідники, згідно з таким підходом, суди не повинні мати «нормативний пріоритет у визначенні» щодо значення конституції. Виклики верховенства судової інтерпретації існували завжди, але вони тривалий час не були впливовими до появи

праць Ларрі Крамера про «популярний конституціоналізм». Згідно із постулатами цієї течії, суди не мають пріоритету в тлумаченні конституції⁵. Про конституцію має судити народ, який володіє установчою владою. Зокрема, за твердженням того ж Крамера, народна мобілізація, яка є виконанням конституційного права, не обов'язково відбувається без посередництва стандартних політичних організацій⁶. У деякі епохи люди організуються «за дверима», на вуличних демонстраціях тощо, хоча навіть ці мобілізації завжди мають певну організаційну основу. Цілком можливо, що такий дискурс потім і ліг в основу безпрецедентних масових заворушень 6 січня 2021 р. біля будівлі Капітолію, звинуваченням у підбурюванні до яких також пред'являли до колишнього президента США Дональда Трампа.

Наскільки такі механізми можуть замінити суспільно-політичні дискусії, за результатами яких народжується загальне бачення вироблення рішень на засадах розумності та обґрунтованості, доволі неясно. Однак такі твердження заперечуються ідеєю здійснення влади народом, яка має перевагу над владою суддів, яким народ таку владу ніби безпосередньо не делегував⁷. У цьому контексті цілком слушно стверджується, що «концепція верховенства судової влади не означає, що суди мають повноваження визначати переконання громадян щодо Конституції»⁸. Адже судові рішення теж можуть бути об'єктом критики.

Насправді тут має місце криза політичної системи багатьох конституційних демократій, які перестали генерувати нове покоління яскравих політиків, натомість на політичну арену входять популісти як правого, так і лівого спектру, про що свідчать вибори у США, Україні, Польщі, Словаччині. Водночас цілком справедливо підкреслює Марк Ташнет про поступове забуття того, що конституційне право одночасно є правом політичним⁹, про що колись говорив і Жан-Жак Руссо, а пізніше Конрад Гессе. Відкриті текстові вимоги щодо свободи слова, належної правової процедури та рівного захисту в поєднанні з імпліцитними принципами федералізму та розподілу влади вимагають не лише тлумачення на основі текстових інструментів, історії законодавства та минулого суспільного розуміння значення, а й конструкції відповідно до еволюції цінностей суспільства¹⁰.

Зазначена проблематика В рамках політичного та популярного конституціоналізму пов'язана із проблемою довіри до суддів, які інтерпретують Конституцію. Я нагадаю, що судді є представниками юридичної спільноти, яка діє у відповідному суспільному середовищі, і згідно із максимізуючим ефектом, вони репрезентують сталу юридичну думку шляхом її відображення у судових рішеннях. З цього приводу британський науковець Г. Конвей зазначає:

«Телеологічне тлумачення, яке практикує Суд ЄС, призводить до дивної епістемологічної асиметрії щодо тлумачення права, відкриваючи різку прірву між тлумаченням учасників правової системи та судової влади <...> Пересічні громадяни не вдаються до мета-

телеологічного тлумачення при дотриманні закону на повсякденній основі; вони звертаються до найбільш конкретних, релевантних правових позицій, тобто дотримуються lex specialis. Це неминуче, оскільки за відсутності lex specialis як контролюючого фактору, щоразу, коли громадянин стоїть перед вибором: підкорятися закону чи ні, він мав би вдаватися до загальної оцінки правової системи»¹¹.

Щоб суддів не звинувачували надмірному активізму та підриві суспільної довіри до суду, пошук такого балансу має базуватися на дієвості й ефективності захисту людських прав. Як зазначив верховний суд Канади, «хоча характер тесту на пропорційність буде відрізнятися залежно від обставин, у кожному випадку суди повинні будуть збалансувати інтереси суспільства з інтересами окремих осіб та груп. Існують <...> три важливі компоненти тесту на пропорційність. По-перше, вжиті заходи повинні бути ретельно розроблені для досягнення поставленої мети. Вони не повинні бути довільними, несправедливими або заснованими на ірраціональних міркуваннях <...> По-друге, засоби, навіть якщо вони раціонально пов'язані з метою в цьому першому значенні, повинні завдавати "якомога меншого збитку" праву або свободі. По-третє, має існувати пропорційність між наслідками заходів, відповідальних за обмеження права або свободи, передбачених Хартією, і метою, яка була визнана "достатньо важливою"»¹².

Принцип пропорційності як базовий інструмент подолання колізій і стану юридичної невизначеності стає належним інструментарієм, оскільки він цілком укладається у природу конституційного телосу – обмеження влади та забезпечення людських прав.

Це не дивно, адже звичайна людина буде орієнтуватися на ціннісні установки, себто цінності та принципи, які часто є некодифіковані, і вони не є формально визначені у тексті, а тому, коли виникає спір, вони потребують своєї інтерпретації. Виходячи із природи цінностей, які мають максимізуючий ефект в якості соціального регулятора, наявність правового спору щодо змісту є пошуком нових граней розуміння такої цінності, і суспільна дискусія переміщається у стіни судової установи – й таким чином певна цінність чи принцип права набуває нового звучання, оскільки сторони очікують від суду саме збалансованого рішення за допомогою приступних і зрозумілих юридичних аргументів.

Таким чином, конкуренція результатів суспільно-політичних дебатів, які фіналізуються у вигляді певної моделі правового регулювання, та судового конституційного перегляду нормативних актів визначаються через розумність і достатність правового регулювання з огляду на гарантії прав людини. Доволі часто такий інструмент у праві визначає принцип пропорційності, який верифікує засади здійснення владних заходів на основі закону, відповідно до легітимної мети, і такі заходи мають бути домірними, забезпечуючи баланс приватних і публічних інтересів.

У цьому контексті заслуговує на увагу вічна проблема інтерпретації конституційних цінностей, серед яких важливу роль посідають людська гідність, рівність, свобода та верховенство права¹³. Дискусія про цінності у праві є трендом сучасної конституційної доктрини і все більш інтенсивно проявляється у конституційній юриспруденції. Згідно із позицією деяких авторів, такий аспект верховенства права, як принцип пропорційності, є чи не методологічною засадою у праві, який включає в себе розумність і добросовісність¹⁴. Оскільки принцип пропорційності критикується за його доволі релятивний характер вирішення дилеми зважування та співвідношення приватних і публічних інтересів, також звертається увага на питання «*Quis custodiet ipsos custodiet?*». Таке питання розглядається у площині *moral integrity* (добросовісності) посадовця або судді, який покликаний здійснювати контроль над діями посадовців на предмет додержання основоположних принципів права.

У такій системі координат правова система, без сумніву, є динамічною, і на неї впливають низка позаправових чинників, які зумовлюють обробку значного масиву інформації. Однак надмірна інформація переважно лише обтяжує, а тому тут важливо виділяти критично релевантну інформацію, яка має значення для правильного вирішення справи.

У праві це намагаються вирішити через визначення питання про існування чи відсутності ієрархії серед правових цінностей. Згідно із прибічниками першого підходу, на вершині правових цінностей лежить людська гідність, при цьому часто посилаючись на рішення ФКС Німеччини у справі про мікроцензи, в які було вказано буквально таке:

«Відповідно до системи цінностей Основного закону, людська гідність має першорядне значення. Як і у випадку з усіма положеннями Основного закону, це ствердження людської гідності також регулює стаття 2(1) Основного закону. Держава не може жодним чином, навіть законом, принижувати людську гідність або іншим чином втручатися у свободу людини в її сутності, поза межами, визначеними в статті 2(1) Основного закону. Таким чином, Основний закон закріплює за кожним окремим громадянином недоторкану сферу приватного життя вибору, яка знаходиться поза межами впливу публічної влади»¹⁵.

Чеський науковець Філіп Горак відзначає про значний вплив ідей марксизму та континентального республіканізму при характеристиці природи людської гідності як об'єктивної цінності, яка має змішаний характер у системі конституційної аргументації¹⁶. Питання ієрархії цінностей вирішується у рамках поліваріантності юридичної аргументації і, залежно від ситуації, суд застосовує або ієрархію цінностей, або балансування, або певним чином поєднує ці підходи.

Дослідження прав соціально-економічного характеру та їх ствердження (*justification*) конституційною юстицією пов'язано з дилемою економічного аналізу права та зважуванням/балансуванням цінностями у

праві. Яскравим прикладом цього є доволі контраверсійне рішення ФКС Німеччини від 5 травня 2020 р., який, спираючись на доктрину *ultra vires*, визнав порушення засад пропорційності з боку Європейського центрального банку при запровадженні програми *the Public Sector Purchase Programme (PSPP)*, призначеної для боротьби із коронавірусом та попередження негативних економічних наслідків.

Методологічною основою для вирішення цієї дилеми є висвітлення проблематики через фундаментальні принципи права, які складають надпозитивну основу конституційного порядку і зв'язують установчу владу¹⁷. Оскільки вони розглядаються як універсальні принципи права, то відповідно при їх транспозиції чи перенесенні на національний конституційний порядок має місце інституціоналізований процес соціального впорядкування згідно з вимогами права та пристосування до писаних текстів, процесів і методів у рамках засобів юридичного захисту та ухвалення судових рішень¹⁸. У таких рамках колізія між економічним аналізом права та пропорційністю є ієрархічною – економічний аналіз затрат і благ вирішується через засади пропорційності, оскільки певні затрати зусиль і ресурсів мають переслідувати певну легітимну мету. Такою метою у суспільстві, організованого у конституційну державу, яка базується на соціальній інтеграції та спільних зусиллях щодо досягнення суспільно значущих цілей, – є людське щастя та людська гідність.

Підсумовуючи наведене, стандарт співвідношення політичних та юридичних інститутів, які відповідно репрезентовані: з одного боку – парламентом та урядом, конституційною юстицією – з іншого, проблематика переміщується у площину установчої влади та встановлених влад. Критерієм дієвості й ефективності влади як інституційно спроможної є сталий розвиток людства та належний захист прав людини. У цих рамках діапазон дій є різний: національна держава має найширший спектр для правового регулювання у рамках свободи розсуду/простору обдумування (*margin appreciation*), натомість найвужчим спектром виступає міжнародний універсальний рівень захисту прав людини, який закладає мінімальні стандарти у цій сфері; європейська система захисту у рамках Конвенції про захист людських прав і основоположних свобод займає проміжне положення. На цьому власне базується боротьба юрисдикцій між верховними / конституційними судами та Судом ЄС і Європейським судом з людських прав. Співвідношення суспільно-політичних дебатів та юридичної аргументації судових рішень у рамках досягнення консенсусу щодо змісту основоположних цінностей і принципів права мають поліваріантний характер. Однак справжньою квантовою механікою щодо визначення такого консенсусу є конституційна юриспруденція, оскільки вона у рамках верховенства конституції володіє більш широким спектром можливих рішень, аніж це здійснюється у рамках суспільно-політичних дебатів політичних акторів, зважаючи на різноманітність підходів у юридичній аргументації.

Література

1. Майкл Вонг, Деніел Аренд-молодший, Стюарт Бартлетт, Джеймс Клівз II, Гізер Демарест, Анірудх Прабху, Джонатан Лунін, Роберт Гейзен. *Про роль та функції і селекції в еволюційних системах*. Збруч. 25.10.2013.
2. Томас Кун. *Структура наукових революцій*. Port-Royal, 2001.
3. JAG Griffith. 'The Political Constitution' (1979) 42 *MLR* 1-21; Richard Bellamy. *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy* (Cambridge University Press 2007); Graham Gee 'The Political Constitution and the Political Right' (2019) 30(1) *King's Law Journal* 148-172; Adam Tomkins. 'The Republican Monarchy Revisited' (2002) 19 *Constitutional Commentary* 737-760.
4. Larry D Kramer. *Popular Constitutionalism*, circa 2004 (2004) 92(4) *California Law Review* 959-1011.
5. Mark Tushnet. *Popular Constitutionalism as Political Law* (2006) 81 *Chicago-Kent Law Review* 999.
6. Larry D Kramer, *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review* (Oxford University Press 2004).
7. R. Post, R. Siegel. *Protecting the constitution from the people: juricentric restrictions on section five power* (2003) 78 *Indiana Law Journal* 33.
8. Robert Post, Reva Siegel, *Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy* (2004) 92 *California Law Review* 1030.
9. Mark Tushnet, *Ibid*, 1006.
10. Bertrall L Ross II, *Administrative Constitutionalism as Popular Constitutionalism* (2019) 167 *University of Pennsylvania Law Review* 1792.
11. G Conway, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice* (Cambridge University Press 2012) 275.
12. *R v Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103.
13. Filip Horak, *Střet hodnot. Funkcionální analýza konstruktů rovnosti, svobody, spravedlivosti a důstojnosti v ústavneprávní argumentaci* (Leges 2022).
14. Theodor Meron, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law* (Clarendon Press 1989) 79.
15. *Microcensus Case*, BVerfGE 27, 1.
16. Filip Horak, *Ibid* 27, 32.
17. Хессе К. *Основы конституционного права ФРГ* / под ред. Н. А. Сидорова ; пер. с нем. Е. А. Сидоровой. Юридическая литература, 1981. С. 50–51.
18. Rober Leckey, *Remedial Practice Beyond Constitutional Text*, *The American Journal of Comparative Law*, Volume 64, Issue 1, 1 March 2016, Pages 1–35; Ran Hirschl, *On the Blurred Matrix of Comparative Constitutional Law*, in *The Migration of Constitutional Ideas* (Sujit Choudry ed., 2006), 39.

Сенюта І.,
д-р юрид. наук, проф.,
завідувачка кафедри медичного права ФПДО
Львівського національного медичного університету
імені Данила Галицького
м. Львів, Україна

ГІСТОЛОГІЧНІ ПРЕПАРАТИ: ПРАВОВА ПРИРОДА

Дослідження правової природи гістологічних препаратів має не лише медичне, а й юридичне значення, особливо, коли йдеться про категорію медичних справ. Насамперед важливо з'ясувати обсяг поняття юридичної конструкції «гістологічні препарати». Проведемо аналіз крізь призму судової практики. В Ухвалі Шевченківського районного суду м. Львова від 30.11.2022 р. справа № 466/4999/20 зазначено: «Захисником ОСОБА_5 подано клопотання, в якому вона крім визнання ряду доказів недопустимими, ставить питання про очевидну недопустимість речових доказів у цьому кримінальному провадженні, а саме гістологічних препаратів трупа ОСОБА_10, ІНФОРМАЦІЯ_1, що складаються з 17 шкелець, 17 блоків з 34 шматочками, операційний біопсійний матеріал, 2 скла 4 блоки 20795 кожне по два блоки по 1 скельцю, 20797 кожне по два блоки по 1 скельцю, 21069 одне скло, два блоки (перша хірургічна операція), 21376 шість блоків, 2 скла (друга хірургічна операція)». Отож, з ухвали суду випливає, що гістологічні препарати включають парафінові блоки, проте з правничої точки зору це не так.

Згідно з дефініцією терміноконструкції «патологогістологічне дослідження секційного, біопсійного і операційного матеріалів», закріпленої у Наказі МОЗ України «Про затвердження Порядку проведення патологоанатомічного розтину» від 06.09.2021 р. №1877, чітко випливає, що складовою патгістологічного дослідження є виготовлення парафінових блоків тканин, гістологічних препаратів та їх мікроскопічне дослідження лікарем-патологоанатомом.

Відтак гістологічні препарати не складаються з парафінових блоків. При розтинах формується, зокрема, такий архів: «вологий» макроскопічний архів секційного матеріалу; гістологічні препарати та парафінові блоки тканин секційного матеріалу.

А з цього випливає, що і в клопотаннях органу досудового розслідування, і в адвокатських запитах, і в ухвалах суду слід розмежовувати різні конструкції, чітко вказуючи або перелік складових архіву, або, приміром, архів патологоанатомічного дослідження тіла померлих. У власному адвокатському дос'є міститься адвокатський запит протилежної сторони до органу прокуратури, в якому йдеться: «прошу надати доступ та можливість скопіювати або відобразити відповідним чином предмети (матеріальні об'єкти): контейнер з кусочками внутрішніх органів трупа Х. у 10% розчині формаліну,

парафінові блоки з кусочками внутрішніх органів, гістологічні зрізи з кусочками внутрішніх органів на предметних скельцях ... «. Відзначимо, що скопіювати архів неможливо. В Україні лише стартувала Національна програма з впровадження цифрової технології діагностики раку, а цифровий сканер, призначений для сканування, зберігання, обробки гістологічних препаратів (оцифровування) лише поетапно впроваджується у діяльність лабораторій. Отож, рутинне оцифровування не проводиться, окрім того, це можливо лише у відповідних лабораторних умовах при наявності обладнання, а не в правоохоронних органах.

Важливо також звернути увагу і на порядок ознайомлення з архівом при виконанні ст. 290 Кримінального процесуального кодексу України (далі — КПК України). Наголосимо, що доцільно оглядати гістологічні препарати і парафінові блоки (кількісні показники). Якщо орган досудового розслідування не надає архів для огляду, то зазначити це в документі, що засвідчуватиме ознайомлення.

У Постанові Верховного Суду Третьої судової палати Касаційного кримінального суду від 14.12.2022 р. справа № 754/10882/17 зазначено: «Погоджуючись із висновками суду першої інстанції, апеляційний суд у своїй ухвалі з урахуванням практики Верховного Суду обґрунтовано зазначив, що ознайомлення з матеріалами досудового розслідування є правом, а не обов'язком сторони захисту, тому нереалізація зазначеного права, за умови належного виконання стороною обвинувачення приписів ст. 290 КПК України, в частині надання доступу до матеріалів досудового розслідування не є підставою для визнання доказів недопустимими, оскільки хоча на орган досудового розслідування й покладено обов'язок надати сторонам майбутнього судового розгляду безперешкодно реалізувати їх можливість ознайомитися з доказами (у разі виявлення ними бажання), однак він не зобов'язаний здійснювати таке ознайомлення в обов'язковому порядку за відсутності ініціативи сторони. Разом з тим закон не визначає певної форми процесуального документа, яким би підтверджувався факт надання доступу та ознайомлення з матеріалами провадження, а лише встановлює, що цей факт повинен бути підтверджений самим учасником кримінального провадження, якому надано доступ...».

Підкреслимо і те, що для вилучення гістологічних препаратів і парафінових блоків, органу досудового розслідування обов'язково слід звертатись до суду за отриманням ухвали про тимчасовий доступ до речей і документів. Архів формується не лише з матеріалів, а й документів, приміром, протоколу патолого-анатомічного дослідження (форма №013/о), в якому відображається, зокрема, кількість шматочків тканин, узятих на патолого-гістологічне дослідження, кількість виготовлених блоків. Звісно, що і форму №013/о слід витребувати лише на підставі ухвали суду. Резюмуючи, відзначимо, що гістологічні препарати, парафінові блоки: 1) містять інформацію, що становить

лікарську таємницю; 2) є додатками до документів, а саме висновку експерта за результатами проведення судово-медичної експертизи трупа або протоколу патолого-анатомічного дослідження.

На підтвердження правової позиції наводимо Ухвалу Шевченківського районного суду м. Львова від 30.11.2022 р. справа № 466/4999/20, в якій йдеться: «Таким чином, слід дійти однозначного висновку, що гістологічні препарати секційного матеріалу за №660 2017 р. ОСОБА_10, які знаходилися в ІНФОРМАЦІЯ_3, містили відомості, що становлять лікарську таємницю. Отже, кримінальним процесуальним законом чітко визначено порядок тимчасового доступу до речей та документів, що містять охоронювану законом таємницю, в тому числі лікарську таємницю. Такі речі і документи можуть бути отримані слідчим, прокурором лише на підставі відповідної ухвали слідчого судді чи суду.

Встановлені судом порушення, допущені в ході отримання таких речових доказів, свідчать про очевидну їх недопустимість, як доказу, неможливість їх використання в процесі доказування».

Старцев Ю.,

здобувач 1-го року навчання третього (освітньо-наукового) рівня

Харківського національного педагогічного університету

імені Г. С. Сковороди

адвокат, адвокатське об'єднання «ДСА ГРУП»,

м. Харків, Україна

ВПЛИВ КОРУПЦІЙНИХ РИЗИКІВ НА ДІЯЛЬНІСТЬ СУДОВОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ ЯК ДЕСТАБІЛІЗУЮЧИЙ ФАКТОР ТРУДОВИХ ПРАВОВІДНОСИН

Корупція – одне із найнебезпечніших явищ, яке має безпосередній вплив на стабільність усіх суспільних відносин. Такий вплив заважає нормальному функціонуванню та розвитку як державних, так і приватних інституцій.

Особливе значення має виявлення та подолання корупції в державних органах, зокрема у судовій гілці влади, у зв'язку із чим, держава протягом останніх років постійно та системно здійснює заходи спрямовані на боротьбу із корупцією з метою зменшення її обсягів.

Суди здійснюючи правосуддя на засадах верховенства права, окрім іншого, забезпечують стабільність трудових правовідносин, оскільки неправомірні дії будь-яких із суб'єктів трудового права будуть визнаватися судом неправомірними та захищатимуть відповідні права суб'єктів звернення до суду.

Отже, у разі здійснення правосуддя без стороннього впливу, тобто без корупційної складової, рівень стабільності трудових правовідносин підвищиться.

Одним із векторів запобігання та боротьби із корупцією, у тому числі у судовій владі, є виявлення корупційних ризиків, їх оцінка, а також їх мінімізація. Однак законодавцем на рівні закону не визначено термін «корупційний ризик», хоча профільний, спеціальний нормативно-правовий акт – Закон України «Про запобігання корупції» [1] містить у собі вказану конструкцію.

Дефініція вказаного терміну надається лише в Методології управління ризиками, яка затверджена наказом Національного агентства з питань запобігання корупції від 28.12.2021 № 830/21, відповідно до якої, корупційний ризик – імовірність вчинення корупційного або пов'язаного з корупцією правопорушення, що негативно вплине на діяльність організації [2].

У посібнику з оцінки корупційних ризиків та розробки планів протидії корупції представлено методику для оцінки корупційних ризиків та розробки планів протидії корупції, у тому числі, в діяльності державних установ. Процес управління корупційними ризиками складається із п'яти ключових взаємопов'язаних етапів: 1) підготовка та планування оцінки корупційних ризиків; 2) проведення оцінки корупційних ризиків; 3) розробка плану реагування на корупційні ризики; 4) інформування; 5) моніторинг та перегляд [3].

У свою чергу, схема процесу управління корупційними ризиками у діяльності організації визначена Методологією управління корупційними ризиками від 28.12.2021 № 830/21 (Додаток 1) містить дещо інші етапи, а саме: 1) підготовка до оцінювання корупційних ризиків; 2) дослідження середовища організації та визначення обсягу оцінювання корупційних ризиків; 3) оцінювання корупційних ризиків; 4) визначення заходів впливу на корупційні ризики; 5) підготовка та прийняття антикорупційної програми; 6) виконання антикорупційної програми; 7) моніторинг виконання антикорупційної програми; 8) оцінка виконання антикорупційної програми [2].

Наведення та дослідження міжнародними та державними інститутами методології виявлення корупційних ризиків вказують, що такі ризики мають суттєве значення у боротьбі із корупційними проявами.

Особливий характер корупційні ризики мають у діяльності судової влади в Україні, і як наслідок, впливають на стабільність трудових правовідносин.

Чим більша наявність корупційних ризиків у судовій владі, тим менше суб'єктів трудового права довіряє судовій владі і як наслідок є дестабілізуючим фактором таких правовідносин.

Отже, виявлення корупційних ризиків у судовій владі є актуальним питанням сьогодення, як фактору, який безумовно впливає на стабільність трудових правовідносин.

Застосування вищенаведеної Методології управління корупційними ризиками на усіх рівнях діяльності судової влади надасть змогу виявити корупційні ризики та проаналізувати їх.

За таких підстав, ефективне застосування методології управління корупційними ризиками надасть змогу виявляти корупційні ризики у судовій владі, а їх оцінка, та як наслідок їх подолання, зможе підвищити стабільність трудових відносин шляхом забезпечення права суб'єктів трудового права на справедливе судочинство.

Література

1. Про запобігання корупції : Закон України від 14.10.2014 р. № 1700-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18/conv#n2>.
2. Методологія управління ризиками, затверджена наказом Національного агентства з питань запобігання корупції від 28.12.2021 р. № 830/21. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0219-22#n499>
3. Вінборн С. Посібник з оцінки корупційних ризиків та розробки планів протидії корупції : посібник / С. Вінборн, В. Сисоєв, В. Ткаченко. Київ, 2015. URL: https://wiki.nazk.gov.ua/wp-content/uploads/2020/10/posibn_USAID.pdf.

Наукова керівниця – канд. юрид. наук, доцентка кафедри державно-правових дисциплін, кримінального права і процесу С. Л. Кошарновська.

Alexander H. Türk,

Professor of Law and Vice-Dean (International)

The Dickson Poon School of Law King's College London Strand London

Олександр Х. Тюрк,

професор права, заступник голови міжнародного факультету Школи Пун Діксона Королівського коледжу Лондона, Лондон, Сполучене Королівство

REVIEW OF SOFT LAW INSTRUMENTS IN THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION ОГЛЯД ІНСТРУМЕНТІВ М'ЯКОГО ПРАВА В СУДІ ПРАВА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

I. Introduction

Judicial review of Union acts is available directly mainly through actions of annulment under Article 263 TFEU. The availability of indirect review of a Union act depends on whether Union or Member State institutions are entrusted with the execution of Union acts. Where a Union institution applies a Union act, then the application of the act can be challenged directly in the Union courts under Article 263 TFEU with a possibility to challenge the underlying Union act indirectly on the basis of a plea of illegality under Article 277 TFEU. Conversely, where it is for the Member States to apply Union acts, then the national act of

application can be challenged in the national courts, which can refer the question of the validity of the underlying Union act under Article 267 TFEU to the Court of Justice. The Court has drawn from this the conclusion that the TFEU ‘has, by Articles 263 TFEU and 277 TFEU, on the one hand, and Article 267 TFEU, on the other, established a complete system of legal remedies and procedures designed to ensure judicial review of the legality of acts of the institutions, and has entrusted such review to the European Union judicature.’¹

The Court’s claim as to a comprehensive system of judicial review has faced criticism due to the ‘mismatches in jurisdiction’² between judicial review, which is based on the principle of separation and exclusivity, and the adoption of Union acts, which often takes place in composite procedures that involve considerable interaction between Union authorities and Member State authorities in vertically integrated administrative processes, but often also horizontal interactions between Member State authorities that lead to transnational acts, that is acts adopted in one Member State that have effects in other Member States.³

Gaps in judicial review can particularly arise in case of regulatory instruments whose normative force is ambiguous. Traditionally, Union authorities use certain legal acts in the performance of their competences whose capacity of producing legal effects is more or less settled. For instance, under Article 288 TFEU, certain acts clearly have legally binding effects (e.g. decisions, regulations), whilst others are non-legally binding in their substance (e.g. recommendations, opinions). Nevertheless, the EU regulatory toolbox is continuously enriched with a variety of informal or atypical instruments whose legal significance remains somewhat ambiguous. Frequently, executive power appears in the form of policy frameworks, press releases, letters, communications, guidelines, amongst other types of unilateral acts that lack traditional formal features; in some instances, these instruments do not merely complement other formal acts but are the only means through which executive power is communicated to the external world, such as in the field of monetary policy. To the extent that the EU legal order lacks clear indicators for assessing the function of those instruments, it is difficult to predict with sufficient certainty their normative impact on the rights and duties of other institutional actors or private individuals.

This report focuses on the main avenues and challenges for the review of such instruments in the Union courts. As will be discussed in more detail below, direct review of soft law instruments is highly restricted and in particular private parties will only be able to have such acts reviewed indirectly. It will be argued that the case-law could benefit from a clearer exposition of the legal effects of Union acts, which in turn may lead to a more

¹ C-456/13P *T & L Sugars and Sidul Açúcares v Commission* EU:C:2015:284, para. 45.

² See M. Simoncini, ‘Challenges of Justice in the European Banking Union: Administrative Integration and Mismatches in Jurisdiction’ 40(1) *Yearbook of European Law* (2021) 310-334.

³ See E. Chevalier and O. Dubos ‘The Notion of “Transnationality” in Administrative Law: Taxonomy and Judicial Review’ 22 *German Law Journal* (2021) 325-343; L. Arroyo Jiménez ‘Effective Judicial Protection and Mutual Recognition in the European Administrative Space’ 22 *German Law Journal* (2021), 344-370.

consistent treatment of soft law instruments, which incidentally can lead to a less restrictive approach to direct actions against such soft law instruments.

The report will first consider the main issues for the direct review of soft law instruments in actions for annulment under Article 263 TFEU, focusing on the reviewability of Union acts and, in case of private parties, the need to demonstrate direct concern. It will then discuss the possibilities for indirect review under Articles 277 and 267 TFEU. It proposes a legal effects framework that may provide greater clarity and consistency in the access for the review of Union soft law instruments before concluding.

II. Direct review: action for annulment

The action for annulment under Article 263 TFEU constitutes the main avenue for the direct review of Union acts in the Union courts. Difficulties for soft law instruments arise here, in *inter alia*, due to the need for the Union act to be reviewable and the requirement for private parties to be directly concerned in the meaning of Article 263(4) TFEU. Both obstacles are often insurmountable in case of soft law instruments.

1. Reviewability of Union soft law instruments

The definition of a reviewable act was developed in the *ERTA* case, where the Court held that an action for annulment is available against ‘all measures adopted by the institutions, whatever their nature or form, which are intended to have legal effects’.¹ In *IBM* the Court found that such legal effects occur, when the measure is ‘binding on, and capable of affecting the interests of, the applicant by bringing about a distinct change in his legal position’.² The *ERTA* definition places emphasis on the substance of an act and not its form.³ This would mean that soft law instruments that are often adopted in atypical forms could be considered reviewable acts. All the same the reviewability of such instruments is often rejected by the Union courts on the ground that such acts lack legally binding effect. The discussion below focuses on the reviewability of two particularly important types of soft law, the provision of information and administrative rules.

a) Provision of information

The request for and provision of information within the European Union occupies a particularly prominent role. In addition to the communication between the Union institutions and private parties, the exchange of information between Union and national authorities is a particularly important aspect of the management of a decentralised system of administration.⁴ Despite its practical relevance for decisions taken by private parties or

¹ Case 22/70 *Commission v Council* [1971] ECR 263 at para 42. This notion does, however, not include judicial decisions, see Case T-79/22 *Puma v Court of Justice of the European Union*, order of 15 June 2022, at para. 6.

² Case 60/81 *IBM v Commission* [1981] ECR 2639 at para 9.

³ *Ibid.*, at para 9. This also means that formal defects in the act, such as the absence of its proper identification by its author as decision, the lack of legal basis, the lack of notification, are irrelevant for the determination of the act as reviewable. See Case C-322/09P *NDSHT v Commission* [2010] ECR I-11911, at para. 47.

⁴ H. Hofmann, G. Rowe, A. Türk, *Administrative Law and Policy of the European Union* (OUP, 2011), chapter 12.

national authorities, the provision of information, as such, is not considered by the Union courts as reviewable as it is ‘a measure of a purely informative character’¹. Opinions, including those containing legal interpretations of Union law² or those forming part of a multi-level procedure³, which merely provide the applicant with information, have been held not to produce legal effects.⁴ In *Italy v Commission*⁵, the Commission had informed the Italian State Agency for Intervention in Agricultural Markets of its position on the application of the Community rules on aid for the production of soya beans. The Court considered the Commission’s message as mere opinion without legal effects, as ‘the application of Community provisions on aid for soya bean production is a matter for the national agencies appointed for that purpose and none of the provisions of the aforesaid regulations adopted in this field confers on the Commission power to adopt decisions on their interpretation; the Commission merely has the possibility, which is always open to it, of expressing an opinion which is not binding on the national authorities’⁶. Similarly, in *Sucrimex and Westzucker v Commission*⁷ the Court found that the application of Union provisions on export refunds was a matter for the national authorities. Consequently, when the Commission informed the national authority that there were no grounds for paying the refund in issue, this could not be considered as reviewable act.

And finally, in *Tillack*⁸, OLAF forwarded to the Belgian authorities information, which contained the results of its internal investigation

¹ Case T-490/18 *Neda Industrial Group v Council* EU:T:2020:318, para. 46. See also Case T-758/18 *ABLV Bank v SRB* EU:T:2021:28, at para. 28; Case T-585/21 *Zásilkovna v Commission* EU:T:2022:338, at para. 55.

² Case T-46/15 *Star Light v Council and Commission* EU:T:2015:266, at para. 23; Case T-568/19 *Micreos Food Safety v Commission* EU:T:2020:647, at para. 117.

³ See Case T-577/17 *thyssenkrupp Electrical Steel and thyssenkrupp Electrical Steel Ugo v Commission* EU:T:2018:411, at para. 69, in respect of Commission ‘conclusions’ that form an integral part of an authorisation decision for inward processing adopted by the national authorities under the Union Customs Code (upheld on appeal in Case C-572/18 P *thyssenkrupp Electrical Steel and thyssenkrupp Electrical Steel Ugo v Commission* EU:C:2021:317 by focusing at para. 64, however, more on the intermediary nature of the Commission conclusions).

⁴ See Joined Cases T-3/00 and T-337/04 *Pitsiorlas v Council and ECB* [2007] ECR II-4779, at para. 61; Case T-22/07 *US Steel Košice v Slovak Republic* [2009] ECR II-61, at para.47; Case T-31/12 *Région Poitou-Charentes v Commission* EU:T:2012:528, at paras. 54-56; Case T-583/13 *Shire Pharmaceutical Contracts v Commission* EU:T:2014:776, at para. 22; Case C-599/15 P *Romania v Commission* EU:C:2017:801, at para. 64; Case T-775/15 *Estampaciones Rubí v Commission* EU:T:2018:607, at para. 65. See also Case T-334/12 *Plantavis and NEM v Commission and EFSA* EU:T:2015:376, at para. 58, in respect of information provided by the Register for permitted health claims set up in accordance with Article 20 of Regulation 1924/2006.

⁵ Case 151/88 *Italy v Commission* [1989] ECR 1255.

⁶ *Ibid.*, para. 22. See also Case C-308/95 *Netherlands v Commission* [1999] ECR I-6513, at paras. 27-29; Case T-234/04 *Netherlands v Commission* [2007] ECR II-335, at para. 61; Case C-163/06 P *Finland v Commission* [2007] ECR I-5127, at paras. 40-41; Cases T-393/06 R I, T-393/06 R II and T-393/06 R III *Makhteshim-Agan Holding BV and Others v Commission* [2007] ECR II-32*, at para. 40; Case T-170/16 *Guardian Glass España, Central Vidriera v Commission* EU:T:2017:722, at para. 75.

⁷ Case 133/79 *Sucrimex and Westzucker v Commission* [1980] ECR 1299; Case T-210/07 *RSA Security Ireland v Commission* EU:T:2008:548, paras 49-58. See however Case C-46/03 *UK v Commission* [2005] ECR I-10167, at para. 24, in which the Court found a Commission instruction to a Member State legally binding and hence reviewable; and Case T-283/15 *Esso Raffinage v ECHA* EU:T:2018:263, at para. 67, where the General Court found that the contested act went beyond a mere communication of information to the Member State.

⁸ Case C-521/04 P(R) *Tillack v Commission* [2005] ECR I-3103.

concerning the leak of Commission and OLAF documents implicating the applicant, a reporter, in the payment of money to obtain those documents. As a result, the Belgian authorities opened an investigation for breach of professional secrecy, searched the applicant's home and seized numerous documents in his possession. The Court found that the transmission by OLAF was not a reviewable act, as it was not intended 'to have binding legal effects on those to whom it is addressed'.¹

And in respect of a statement issued by the Eurogroup the General Court came to the conclusion that it was not a legally binding act.² In the course of assessing its reviewability under Article 263(1) TFEU, the General Court considered the content, wording and context of the Eurogroup Statement. In the General Court's view, the Eurogroup Statement 'did not express any definitive position'³ and 'abstained from any confirmation'⁴. Overall, the statement in question was considered by the General Court as 'purely informative in nature'.⁵ Although the General Court acknowledged that certain parts of the Statement 'could be regarded as categorical' it held that 'those statements should not be read in isolation [...but] in their proper context'.⁶

Yet, some of the arguments put forward by the Union courts do not provide a convincing basis for the rejection of the reviewability in these cases. The lack of competence on the part of the Union institution⁷, or the fact that a Commission official rather than the Commission issued the measure⁸, or the fact that the prescribed procedure for the adoption of the act was not followed⁹, is inconsistent with other rulings of the Union courts¹⁰, which rightly seem to proceed from the assumption that such arguments are relevant for the substantive assessment of the legality of the act rather than for the admissibility of an action for annulment. The criteria for the assessment of the reviewability of the provision of information are therefore those that generally apply to the substantive assessment of the reviewability of Union acts.¹¹

b) Administrative Rules

¹ Ibid., para. 31. See also Case T-193/04 *Tillack v Commission* [2005] ECR II-3995 and Case T-309/03 *Grau v Commission* [2006] ECR II-1173. See also Case T-919/16 *Collins v Parliament* EU:T:2018:58, at para. 21; Case T-81/21 *Sistem ecologica v Commission* EU:T:2022:641 (on appeal in Case C-787/22 P), at para. 40.

² Case T-327/13 *Mallis and Malli v Commission and ECB* EU:T:2014:909, para 54.

³ Ibid, para 56.

⁴ Ibid, para 59.

⁵ Ibid, paras 60 and 61.

⁶ Ibid.

⁷ See Case 133/79 *Sucrimex and Westzucker v Commission* [1980] ECR 1299; Case 151/88 *Italy v Commission* [1989] ECR 1255, at para. 22; Case T-210/07 *RSA Security Ireland v Commission* EU:T:2008:548, at paras. 53-58.

⁸ See Case T-22/07 *US Steel Košice v Slovak Republic* [2009] ECR II-61, at para.43

⁹ Case T-583/13 *Shire Pharmaceutical Contracts v Commission* EU:T:2014:776, at para. 25.

¹⁰ See Case C-322/09 P *NDSHT v Commission* EU[2010] ECR I-11911; Case C-402/11P *Jager & Polacek v OHIM* EU:C:2012:649; Case T-496/11 *UK v ECB* EU:T:2015:133.

¹¹ See Case C-599/15 P *Romania v Commission* EU:C:2017:801, in which the Court on appeal, at para. 55, held that the General Court (in Case T-784/14 *Romania v Commission* EU:T:2015:659) committed an error in its assessment by merely considering the powers of the institution which adopted the measure without considering the content of the act. See also Case T-170/16 *Guardian Glass España, Central Vidriera v Commission* EU:T:2017:722, at para. 115; Case T-293/18 *Latvia v Commission* EU:T:2020:29, at para. 26; Case C-471/18 P *Esso Raffinage v ECHA* EU:C:2021:48, at para. 94.

The requirement that only legally binding acts are reviewable will exclude measures which have only internal effects. The notion of a legally binding act requires that the act brings about a change in someone's legal position. This will not be the case if the effects of a measure are limited to within an institution. An external element is therefore inherent in the notion of legally binding act. In line with this dichotomy of internal/external legal effects, the Court has held that a motion in the European Parliament to set up an inquiry was considered as having merely internal effects and was held not to be reviewable.¹ Likewise the decision of the European Parliament to hold an urgent debate², the exclusion of an MEP from observer missions³, the transmission of confidential information by the Commission to specific bodies in the European Parliament⁴, the ban on the use of national flags on the desks of MEPs in the EP's plenary⁵ was held to have only internal effects. On the other hand, the Court found in *Les Verts*⁶ that the allocation of appropriations entered in the budget of the EP to cover the cost of preparations for the 1984 elections 'govern the rights and obligations both of political groupings which were already represented in the European Parliament in 1979 and of those which were to take part in the 1984 elections'⁷. As they determine the proportion of the appropriations for each of these groupings, the measures in issue 'were designed to have legal effects vis-à-vis third parties'⁸. Similarly, a measure laid down in the European Parliament's Rules of Procedure that imposes obligations on MEPs concerning internal investigations by OLAF (European Anti-fraud Office) goes beyond the internal organisation of the work of the European Parliament and constitutes a reviewable act.⁹

In *France v Commission* the Court held that in principle internal instructions given by the Commission to its officials have 'effects only within the administration itself and give rise to no rights or obligations on the part of third parties'.¹⁰ The Commission's internal instructions were based on Article 9 of Council Regulation 729/70, which allowed the Commission to exercise supervisory powers with regard to an agricultural fund. The Court found that the Commission in its 'internal instructions' had, however, not merely concretised its powers given under Article 9 of the regulation, but had extended its supervisory powers beyond the scope of that provision. Where the Commission creates new rights and obligations in internal rules without

¹ Case 78/85 *Group of the European Right v Parliament* [1988] ECR 1753.

² Cases 358/85 and 51/86 *France v Parliament* [1988] ECR 4821 at para 17.

³ Case T-241/22 R *Juvin v Parliament*, order of 4 July 2022, at para. 41.

⁴ See Case T-236/00 *Stauner and Others v EP and Commission* [2002] ECR II-135.

⁵ See Case T-88/20 *Rivière and Others v Parliament* EU:T:2021:664 (upheld on appeal in Case C-767/21 P).

⁶ Case 294/83 *Les Verts v European Parliament* [1986] ECR 1339.

⁷ *Ibid.*, para. 27.

⁸ *Ibid.*, para. 27.

⁹ See Case T-17/00 *Rothley and Others v European Parliament*, [2002] ECR II-579. See also Case T-345/05 *R V v European Parliament* [2007] ECR II-25*, at paras. 45 to 49, in which the General Court held that the decision to waive the immunity of an MEP was a reviewable act. Similarly, in Case T-377/20 *KN v EESC* EU:T:2021:528 the General Court, at paras. 74-79, considered that relieving a member of the Economic and Social Committee of his personnel management functions was a reviewable act (on appeal in Case C-673/21 P, pending).

¹⁰ Case C-366/88 *France v Commission* [1990] ECR I-3571 at para 9. See also Case C-443/97 *Spain v Commission* [2000] ECR I-2415, at para 28.

authority, they are subject to review. Similarly, the General Court found that, based on a substantive assessment of the act, a decision of the ECB Executive Board of 20 May 2014 limiting to two years the maximum period during which the ECB may use the services of the same temporary agency worker for administrative and secretarial tasks differed ‘from a mere instruction or guideline for the ECB’s departments both in its content and in the circumstances in which it was adopted, as well as in the way it was drafted and brought to the attention of those concerned.’¹

Similarly, in *Planet AE v Commission*² the General Court ruled that a request by OLAF to register the applicant in the Commission’s Early Warning System, did not merely have internal effects and was therefore subject to judicial review. As a result of such a request the authorising officer, in the process of an application for awarding a contract or subsidy, had to impose on the applicant conditions and precautionary measures, which unfavourably affected ‘the applicant’s scope for negotiation, organisation within its consortium and, therefore, its ability actually to conclude the AEGIS project’³. On the other hand, in *Epsilon International v Commission*⁴, the General Court found that a Commission decision to register the applicant on the Early Detection and Exclusion System (EDES) database could not be considered as a reviewable act. The Court found that while registration on the EDES database under Article 108(4) of the Financial Regulation did not have purely internal effects, it did not impact on the applicant’s legal position.⁵

Some administrative rules⁶ therefore escape the simple dichotomy of purely internal and binding external acts.⁷ While such acts are not legally binding, they are not entirely devoid of legal effects in the external sphere in the wider sense of bringing about a change in a legal system. The difficulty for determining to what extent such acts can be regarded as reviewable in the meaning of Article 263(1) TFEU can be seen in the ambiguous case-law of the Court in relation to recommendations and administrative guidelines.

Recommendations are according to Article 288(5) TFEU acts that lack binding force. Whether this is actually the case will, however, depend on a substantive assessment.⁸ But even where such acts do not impose (substantive) obligations that result from the substantive terms of the act, the Union courts have made it clear that they nevertheless may impose obligations on other parties in the form of a duty to take them ‘into

¹ Case T-713/14 *IPSO v ECB* EU:T:2016:727, at para. 21.

² Case T-320/09 *Planet AE v Commission* EU:T:2015:223.

³ *Ibid.* para. 51.

⁴ Case T-477/16 *Epsilon International v Commission* EU:T:2018:714.

⁵ *Ibid.*, at paras. 158-164. See also Case T-654/21 *Eurecna v Commission* EU:T:2022:332, at para. 49.

⁶ On the notion, variety, and legal effects of administrative rules, see H. Hofmann, G. Rowe, A. Türk, *Administrative Law and Policy of the European Union* (OUP, 2011), chapter 16.

⁷ See F. Terpan, ‘Soft Law in the European Union: The Changing Nature of EU Law’ 21(1) *European Law Journal* (2015) 68-96, who argues that ‘soft law’ sits on a continuum from non-law to hard law based on the level of obligation and enforcement (none, soft or hard).

⁸ See Case C-322/88 *Grimaldi* [1989] ECR 4407, at para. 14; Case T-721/14 *Belgium v Commission* EU:T:2015:829, at para. 20 (upheld on appeal in Case C-16/16 *Belgium v Commission* EU:C:2018:79).

consideration'¹. The Union courts have drawn the conclusion that such acts can be reviewed only indirectly in proceedings under Article 267 TFEU but do not constitute reviewable acts in the meaning of Article 263 TFEU. The reasoning is, however, not entirely convincing. On the one hand, as the General Court stated in *Belgium v Commission* 'consideration of the legal effects [...] in assessing whether a recommendation is challengeable, would lead to the conclusion that any recommendation constitutes a challengeable act'² but, on the other hand, found that conclusion to be contrary to the nature of recommendations and the need to assess the substance of an act.³ While this approach has been criticised as limiting reviewable acts to binding legal acts⁴, it is also limits reviewable acts to a sub-category within binding legal acts, namely those that impose substantive obligations rather than a procedural obligation to provide reasons as to how the recommendation has been taken 'into consideration'.

Similar considerations apply also in case of administrative guidelines. In many areas the Commission, and other institutions and Union agencies, has laid down guidelines in which it sets out how it intends to exercise its discretion⁵ or expects market participants to behave. In particular in the field of antitrust and state aid⁶ the Commission has adopted numerous guidelines, which are of great importance for individuals and Member States.⁷ The Court⁸ has confirmed the Commission's competence to adopt such guidelines, as 'such measures reflect the Commission's desire to publish directions on the approach it intends to follow'⁹. The Court found that 'the adoption of such

¹ See Case C-322/88 *Grimaldi* [1989] ECR 4407, para. 18; Case C-207/01 *Altair Chimica* [2003] ECR I-8875, at para. 41; Joined Cases C-317/08 to C-320/08 *Alassini and Others* [2010] ECR I-2213, at para. 40; Case T-721/14 *Belgium v Commission* EU:T:2015:829, at para. 43 (upheld on appeal in Case C-16/16 P *Belgium v Commission* EU:C:2018:79); Case C-501/18 *BT* EU:C:2021:249, at para. 80. See also A. Arnall, 'EU Recommendations and Judicial Review' 14(3) *European Constitutional Law Review* (2018) 609-621, commenting critically on the Court's approach in Case C-16/16 P *Belgium v Commission* EU:C:2018:79.

² Case T-721/14 *Belgium v Commission* EU:T:2015:829, at para. 44 (upheld on appeal in Case C-16/16 P *Belgium v Commission* EU:C:2018:79).

³ *Ibid.*, at para. 45.

⁴ A. Arnall, 'EU Recommendations and Judicial Review' 14(3) *European Constitutional Law Review* (2018) 609-621, at 618. O. Stefan, 'Helping Loose Ends Meet? The Judicial Acknowledgement of Soft Law as a Tool of Multi-Level Governance' 21(2) *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2014) 359-379, at 372

⁵ H. Hofmann, G. Rowe, A. Türk, *Administrative Law and Policy of the European Union* (OUP, 2011), chapter 16.

⁶ See H. Hofmann, 'Administrative governance in state aid policy', in H. Hofmann and A. Türk (eds.) *EU Administrative Governance* (Elgar, 2006), at pp. 185-214.

⁷ For a discussion about the use of soft law by the ECB during the financial crisis, see J. Alberti, 'Challenging the Evolution of the EMU: The Justiciability of Soft Law Measures Enacted by the ECB against the Financial Crisis before the European Courts' 37 *Yearbook of European Law* (2018) 626-649. And for a discussion about the use of soft law instruments by ESMA during the Covid crisis, see N. Moloney and P.-H. Conac, 'EU Financial Market Governance and the Covid-19 Crisis: ESMA's Nimble, Responsive, and Speedy Response in Coordinating National Authorities through Soft-Law Instruments' 17(3) *European Company and Financial Law Review* (2020) 363-385.

⁸ Case C-382/99 *Netherlands v Commission* [2002] ECR I-5163, para. 24. See also Case T-214/95 *Het Vlaamse Gewest v Commission* [1998] ECR II-717, para. 79; Case T-35/99 *Keller and another v Commission* [2002] ECR II-261, para. 77; Case C-310/99 *Italy v Commission* [2002] ECR I-2289, para. 52; Case C-242/00 *Germany v Commission* [2002] ECR I-5603, para. 27.

⁹ Case T-187/99 *Agrana Zucker und Stärke v Commission* [2001] ECR II-1587, para. 56.

guidelines by the Commission is an instance of the exercise of its discretion and requires only a self-imposed limitation of that power when considering the aids to which the guidelines apply, in accordance with the principle of equal treatment¹. Such guidelines must respect the Treaty rules² and are not capable of affecting the scope of primary or secondary legislation³. The institution is bound by the guidelines it has adopted. The Court, which is not bound by such guidelines⁴, will ‘verify whether [...] the requirements which the Commission has itself laid down, as mentioned in those guidelines, have been observed’⁵. Where they do not determine rights and obligations of third parties, guidelines seem therefore only capable of internal effects, in that they are binding only on the institution which adopted them. However, the Court has in several judgments cast doubt on this assumption. The Court has allowed certain internal measures to be challenged under Article 277 TFEU.⁶ In *Libéros*⁷ the Court recalled this approach by stating that ‘although such measures may not be regarded as rules of law which the administration is always bound to observe, they nevertheless form rules of practice from which the administration may not depart without giving the reasons which led it to do so, which must be compatible with the principle of equal treatment.’⁸ Similarly, in *Dansk Rørindustri*⁹ the Court confirmed this line of reasoning also in relation to the Commission’s Guidelines on the calculation of fines under Regulation 17/62¹⁰, which the Court considered as ‘rules of conduct designed to produce external effects’¹¹. The Court argued that ‘in adopting such rules of conduct and announcing by publishing them that they will hence forth apply to the cases to which they relate, the institution in question imposes a limit on the exercise of its discretion and cannot depart from those rules under pain of being found, where appropriate, to be in breach of the general principles of law, such as equal treatment or the protection of legitimate expectations. It cannot therefore be excluded that, on certain conditions and depending on their conduct, such rules of conduct, which are of general application, may produce legal effects.’¹²

The Court further found in *CIRFS*¹³ that ‘the rules set out in the discipline and accepted by the Member States themselves have the effect, inter alia, of

¹ Case T-214/95 *Het Vlaamse Gewest v Commission* [1998] ECR II-717, para. 89

² *Ibid.*, para. 79; Case C-310/99 *Italy v Commission* [2002] ECR I-2289, para. 52; Case C-382/99 *Netherlands v Commission* [2002] ECR I-5163, para. 24.

³ Case T-187/99 *Agrana Zucker und Stärke v Commission* [2001] ECR II-1587, para. 56.

⁴ Case C-310/99 *Italy v Commission* [2002] ECR I-2289, para. 52

⁵ Case T-35/99 *Keller and another v Commission* [2002] ECR II-261, para. 77

⁶ See Case 148/73 *Louwage and another v Commission* [1974] ECR 81, at para. 12; Joined Cases 80 to 83/81 and 182 to 185/82 *Adam and others v Commission* [1984] ECR 3411, at para. 22; Joined Cases 181/86 to 184/86 *Del Plato and others v Commission* [1987] ECR 4991, at para. 10

⁷ Case C-171/00 P *Libéros v Commission* [2002] ECR I-451.

⁸ *Ibid.*, para. 35.

⁹ Joined Cases C-189/02 P etc. *Dansk Rørindustri and others v Commission* [2005] ECR I-5425.

¹⁰ Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15(2) of Regulation No 17 and Article 65 of the ECSC Treaty, [1998] OJ C 9/3.

¹¹ Joined Cases C-189/02 P etc. *Dansk Rørindustri and others v Commission* [2005] ECR I-5425, para. 210.

¹² *Ibid.*, para. 211. See also Opinion of AG Tizzano, at para. 59.

¹³ Case C-313/90 *CIRFS and others v Commission* [1993] ECR I-1125.

withdrawing from certain aid falling within its scope the authorization previously granted and hence of classifying it as new aid and subjecting it to the obligation of prior notification.¹ The Court concluded from this that the ‘discipline’ had binding legal effects.² The ‘discipline’ was contained in a letter sent by the Commission to the Member States in which it stated that the Member States should desist from granting regional aid to synthetic fibre industry.

In light of the above case law, to the extent guidelines must comply with primary EU law, applicants have a right to challenge their legality, where the Commission has relied on them in exercising its conferred powers leading to the adoption of a binding decision. Even where the guidelines are not the formal legal basis of the Commission’s decision (e.g. in state aid cases), it appears that they cannot escape scrutiny via indirect avenues of judicial review. So long as the Commission bases its assessment on the relevant guidelines which specify how that assessment is to be applied, it can be argued that they form a substantive basis for the contested decision. Consequently, irrespective of whether they are explicitly mentioned in the contested decision, such guidelines appear to have a ‘direct legal connection with the contested decision’ and can thus be reviewed as part of a plea of illegality under Article 277 TFEU in the context of an annulment action against the final decision.³ In *Kotnik*, the Court was asked to rule *inter alia* on the binding effects of a Banking Communication by the Commission which required a bail-in of shareholders and other bank creditors as a condition for the Commission to approve the provision of state aid to a bank. The main question in that case boiled down to whether the fact that these guidelines *must* be taken into account by the Commission in order to approve the compatibility of the national measures had the effect of those guidelines also producing binding legal effects for the Member States. The Court found that the Banking Communication ‘is not capable of imposing independent obligations on the Member State but does no more than establish conditions [...] which the Commission must take into account’⁴ in the review of national aid measures under Article 107(3)(b) TFEU. Indeed, given that, by default, the Banking Communication is to be taken into account by the Commission in assessing the national measures, it would indeed not be unreasonable if Member States took steps to comply with its provisions. Nevertheless, the Commission’s obligation to comply with the Banking Communication is restricted because it retains the discretion to depart from those rules if valid reasons are provided.⁵

¹ *Ibid.*, at para. 35.

² *Ibid.*, para. 36. See also Case C-242/00 *Germany v Commission* [2002] ECR I-5603, at para. 35.

³ A Bouchagiar, ‘The Binding Effects of Guidelines on the Compatibility of State Aid: How Hard is the Commission’s Soft Law?’ *Journal of European Competition Law & Practice*, 2017, Vol. 8, No. 3, pp. 157-166, 159. See Joined Cases T-394/08, T-408/08, T-453/08, and T-454/08 *Regione autonoma della Sardegna and Others v Commission* [2011] ECR II-6255, paras 209–210. See also Case T-52/12 *Greece v Commission* EU:T:2014:677, paras 146–155.

⁴ Case C-526/14 *Kotnik* EU:C:2016:570, at paras. 44 and 70-71.

⁵ *Ibid.*, at paras 40-41.

A more complex situation arises where guidelines adopted by Union institutions, bodies or agencies are addressed to national authorities¹ or private persons and, while not requiring compliance with its substantive terms, impose certain other obligations, as is the case for guidelines adopted under Article 16 of the ESA (European Supervisory Authorities) Regulations.² The essential feature of Article 16 guidelines is that they do not require their addressees, national competent authorities and financial institutions, to comply with them. Consequently, they are considered by the Court as not legally binding and therefore do not constitute reviewable acts under Article 263 but can be reviewed as part of a validity reference from a national court under Article 267 TFEU.³ It is submitted that this approach does not take sufficiently account of the legal effects that such guidelines and other soft law instruments produce.⁴ Crucially, while they do not impose an obligation to comply, they do impose other obligations. Article 16(3) requires both national competent authorities and financial institutions to ‘make every effort to comply’. This exhortation is then followed with concrete legal obligations, but it is important to note that they are only imposed on national competent authorities. Article 16(3) requires national competent authorities to confirm whether they comply or intend to comply with the guideline. Where they do not comply or do not intend to comply, they shall inform the relevant European Supervisory Authority, stating their reasons. These obligations are then followed by a ‘name and shame’ mechanism, which obliges the European Supervisory Authority to publish the fact that a national

¹ For a discussion of the practical and legal effects of Commission guidance documents, see C. van Dam, ‘Guidance Documents of the European Commission: A Typology to Trace the Effects in the National Legal Order’ 10(2) *Review of European Administrative Law* (2017) 75-94.

² Regulation 1093/2010, [2010] OJ L 331/12; Regulation 1094/2010, [2010] OJ L 331/48; Regulation 1094/2010, [2010] OJ L 331/84.

³ Case C-911/19 *FBF* EU:C:2021:599. For a detailed discussion of the case, see G. Gentile, ‘To Be or Not to Be (legally Binding)? Judicial Review of EU Soft Law after *BT* and *Fédération Bancaire Française*’ 70 *Revista de derecho comunitario europeo* (2021) 981–1005; H. Marjosola, M. van Rujsbergen and M. Scholten, ‘How to Exhort and to Persuade With(out Legal) Force: Challenging Soft Law after *FBF*’ 59(2) *Common Market Law Review* (2022) 1523-1542; M. Chamon and N. de Arriba-Sellier, ‘*FBF*: On the Justiciability of Soft Law and Broadening the Discretion of EU Agencies’ 18(2) *European Constitutional Law Review* (2022) 286–314.

⁴ See A. Türk, ‘The role of soft law in the context of the financial crisis’, in M. Eliantonio, E. Korkea-aho, U. Mörth (eds), *Research Handbook on Soft Law* (Elgar Publishing, 2023). See also O. Stefan, ‘Helping Loose Ends Meet? The Judicial Acknowledgement of Soft Law as a Tool of Multi-Level Governance’ 21(2) *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2014) 359-379, who, at 372, argues that the Court ‘fails to acknowledge important consequences that soft law can have on the rights and obligations of individuals’; J. Schemmel, ‘The ESA Guidelines: Soft Law and Subjectivity in the European Financial Market – Capturing the Administrative Influence’ 23(2) *Indiana Journal of Global Legal Studies* (2016) 455-504; G. Gentile, ‘Ensuring Effective Judicial Review of EU Soft Law via the Action for Annulment before the EU Courts: a Plea for a Liberal Constitutional Approach’ 16(3) *European Constitutional Law Review* (2020) 466-492; N. Moloney and P.-H. Conac, ‘EU Financial Market Governance and the Covid-19 Crisis: ESMA’s Nimble, Responsive, and Speedy Response in Coordinating National Authorities through Soft-Law Instruments’ 17(3) *European Company and Financial Law Review* (2020) 363–85; Opinion of AG Bobek in Case C-911/19 *FBF* EU:C:2021:294; G. Gentile, ‘To Be or Not to Be (legally Binding)? Judicial Review of EU Soft Law after *BT* and *Fédération Bancaire Française*’ 70 *Revista de derecho comunitario europeo* (2021) 981–1005, at 994-997; M. Chamon and N. de Arriba-Sellier, ‘*FBF*: On the Justiciability of Soft Law and Broadening the Discretion of EU Agencies’ 18(2) *European Constitutional Law Review* (2022) 286–314, argue, at 314, that ‘the current judicial architecture of the EU and reasons of procedural efficiency argue in favour of channelling these cases through Article 263 TFEU proceedings’.

competent authorities does not comply or intend to comply with the guidelines. A more limited reporting obligation is imposed on financial institutions, which have to report their compliance, 'in a clear and detailed way' only where the guideline imposes this duty.

2. Direct concern

In contrast to privileged and semi-privileged applicants, natural and legal persons are non-privileged applicants and can bring an action for annulment only under the restrictive conditions of Article 263(4) TFEU. This provision stipulates that «any natural or legal person may...institute proceedings against an act addressed to that person or which is of direct and individual concern to that person to them, and against a regulatory act which is of direct concern to them and does not entail implementing measures.” This provision constitutes, in some respects, a relaxation of the previous *locus standi* conditions under Article 230(4) EC, which presented a considerable obstacle for private litigants to challenge Union acts prior to the entry into force of the Lisbon Treaty. All the same, where they are not the addressee of an act, private parties can only challenge Union acts directly in the Union courts if they are directly concerned by them. In case a challenge against 'regulatory acts that do not entail implementing measures', Article 263(4) TFEU only removes the requirement of individual, but not direct concern. In the absence of direct concern, private parties will have to rely on indirect means of review by challenging any implementing act either in the national courts where such implementing acts are adopted by national authorities or in the Union courts where they are adopted by Union authorities. Direct concern thereby plays an important role in the allocation of jurisdiction in the Union's multi-jurisdictional governance structure for actions for judicial review by private parties.¹

The Union courts require for direct concern to be satisfied that 'the contested measure must directly affect the legal situation of that person and, secondly, it must leave no discretion to its addressees who are entrusted with the task of implementing it, such implementation being purely automatic and resulting from EU rules alone without the application of other intermediate rules'.² In this respect the test for direct concern overlaps with the notion of a reviewable act, discussed above. In both cases the act needs to be legally binding. But while the reviewability of a Union act is satisfied by the Union act being legally binding for any party, the test for direct concern requires that the act is legal binding on the applicant. Therefore, since the Union courts refuse to accept that soft law instruments are legally binding they are not considered as reviewable acts and as such also not of direct concern either.

III. Indirect review

The refusal to accept the legally binding nature of soft law instruments will exclude them from direct review under Article 263 TFEU. This turns the

¹ See H.C. Röhl, Die anfechtbare Entscheidung nach Art. 230 Abs. 4 EGV als Rechtsschutzform, in: E. Schmidt-Assmann and B. Schöndorf-Haubold (eds.), *Der Europäische Verwaltungsverbund* (Mohr Siebeck, 2005), at p. 343.

² Case C-466/16 P *Council v Marquis Energy* EU:C:2019:156, para. 44.

focus to the availability of indirect means of review. As will be shown below, the notion of reviewable act under the main avenues for indirect review, Articles 277 and 267 TFEU, are much wider than that for Article 263, thereby bringing soft law instruments within the purview of indirect review by the Union courts.

1. Acts Subject to Challenge under Article 277 TFEU

It is clear from its wording that Article 277 TFEU ‘does not constitute an independent right of action’¹, but can only be invoked incidentally ‘in proceedings brought before the Court of Justice itself under some other provisions of the Treaty’.² The Court emphasised that parties to proceedings in a national court could not invoke what is now Article 277 TFEU in the Union courts.³ This would undermine the powers of the national court to request a preliminary ruling from the Court under what is now Article 267 TFEU. Even though it provides a clear delimitation of jurisdiction between the Union courts and the national courts, this ruling limits, at least for private parties, the application of Article 277 TFEU to those, exceptional, cases where a Union institution has been entrusted with the application of Union legislation. Otherwise, applicants need to challenge acts adopted by the national authorities in the application of Union legislation, and this is the usual scenario under Union law, in the national court and persuade that court to request the Court of Justice to rule on the validity of the Union legislation in issue under Article 267 TFEU.

The wording of the provision under the E(E)C Treaty⁴, which has been replaced by Article 277 TFEU, limited the acts subject to a challenge to regulations and to a limited number of Community/Union institutions. The limitation to regulations posed no problems where the challenge was directed against acts which were regulations in form and substance⁵, but otherwise left a considerable gap for acts that were not formally adopted as regulations but were of general application. To mitigate this problem, the Court expanded the scope of the plea of illegality by giving the term regulation a wide

¹ Case C-239/99 *Nachi Europe v Hauptzollamt Krefeld* [2001] ECR I-1197, para. 33. See also; Case T-369/03 *Arizona Chemical and Others v Commission* [2005] ECR II-5839, para. 129; Case T-299/04 *Selmani v Council and Commission* [2005] ECR II-20*, para. 76; Case T-376/04 *Polyelectrolyte Producers Group v Council and Commission* [2005] ECR II-3007, para. 49; Case T-386/04 *Eridania and others v Commission* [2005] ECR II-2531, para. 51; Case T-392/13 *La Ferla v Commission and ECHA* EU:T:2016:478, at para. 40; Case T-527/16 *Tâpias v Council* EU:T:2019:856, at para. 50; Case T-653/21 *Callaway v Commission* EU:T:2022:670, at para. 34.

² *Ibid.*, at p 507. Despite the rule of correspondence in EU civil service cases between the application and the complaint, a plea of illegality can be raised in court proceedings for the first time and does not need to be raised at the stage of the complaint (see Case T-787/14 P *ECB v Cerafogli* EU:T: 2016:633, at para. 56; Case T-854/16 *Barata v Parliament* EU:T:2018:809, at para. 30).

³ *Ibid.*, p.507. See also Case C-239/99 *Nachi Europe v Hauptzollamt Krefeld* [2001] ECR I-1197, para. 34. See, however, the contrary view by J. Temple Lang, ‘Actions for declarations that Community Regulations are invalid; the duties of national courts under Article 10 EC’ (2003) *C.M.L.Rev.* 102.

⁴ These were respectively 184 EEC (from the entry into force of the EEC Treaty) and Article 241 EC (from the entry into force of the Amsterdam Treaty).

⁵ See Case 20/71 *Sabbatini v European Parliament* [1972] ECR 345; Case T-120/99 *Kik v OHIM* [2001] ECR II-2235. See also Case T-43/02 *Jungbunzlauer v Commission* [2006] ECR II-3435, paras. 69 *et seq.*, and Case T-279/02 *Degussa v Commission* [2006] ECR II-897, at paras. 66 *et seq.*, in which the CFI examined challenges under Article 241 against Article 15(2) of Regulation 17/62.

interpretation.¹ In *Simmenthal* the Court found that the provision ‘must include acts of the institutions which, although they are not in the form of a regulation, nevertheless produce similar effects and on those grounds may not be challenged under [the action for annulment] by natural or legal persons other than Community institutions and Member States.’² The form of the act was therefore no longer considered as relevant. Consequently, a plea of illegality could be raised against acts of general application³ in diverse forms, such as ‘notices of invitation to tender’⁴, ‘Staff Rules’⁵ or ‘evaluation guides’⁶ or Rules of Procedure ‘designed to ensure protection of individuals’⁷. In *Libéros v Commission*⁸ the Court found that ‘internal measures adopted by the administration [...] may not be regarded as rules of law which the administration is always bound to observe, they nevertheless form rules of practice from which the administration may not depart without giving the reasons which led it to do so, which must be compatible with the principle of equal treatment. Consequently, the officials and other staff concerned could invoke their illegality in support of an action against the individual decision taken on the basis of the measures’⁹. In *Dansk Rørindustri v Commission*¹⁰ the Court held that this ruling also applied to rules of conduct designed to produce external effects, such as the ‘Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15(2) of Regulation No 17 and Article 65 of the ECSC Treaty’¹¹. The Court argued that ‘[i]n adopting such rules of conduct and announcing by publishing them that they will henceforth apply to the cases to which they relate, the institution in question imposes a limit on the exercise of its discretion and cannot depart from those rules under pain of being found, where appropriate, to be in breach of the general principles of law, such as equal treatment or the protection of legitimate expectations’¹². It could therefore not be ruled out that such rules of general application might produce legal effects. Consequently, given their legal effects and their general application such guidelines could form the subject matter of a plea of illegality.¹³ On the other hand, in *Guggenheim v Cedefop*¹ the Court

¹ For the various legal instruments which can be the subject of an indirect challenge under Article 241 EC, see M. Vogt, *supra* note 4, pp. 370-377.

² Case 92/78 *Simmenthal v Commission* [1979] ECR 777 at para 40.

³ More precisely, the provision which forms the subject of a challenge under Article 241 EC had to be of general application, see Case T-251/02 *E v Commission* [2004] ECR II-1643, para. 122.

⁴ Case 92/78 *Simmenthal v Commission* [1979] ECR 777, at para 34 *et seq.*

⁵ See C-301/02 P *Tralli v ECB* [2005] ECR I-4071.

⁶ Case F-19/05 *Ferriz v Commission*, judgment 28 June 2006, para. 36.

⁷ Case T-57/01 *Solvay v Commission* EU:T:2009:519

⁸ Case C-171/00 *Libéros v Commission* [2002] ECR I-451.

⁹ *Ibid.*, para. 35. The case concerned a Commission decision which laid down the criteria applicable to grade and step classification on recruitment of officials.

¹⁰ Joined Cases C-189/02 P *etc. Dansk Rørindustri and Others v Commission* [2005] ECR I-5425, at paras. 214 and 237. See also Case T-329/01 *Archer Daniels Midland v Commission* [2006] ECR II-3255, at paras. 38-54 *et seq.* And in Case T-176/01 *Ferriere Nord v Commission* [2004] ECR II-3931, at para. 136, the then CFI considered guidelines on state aid in relation to environmental protection as challengeable under what was Article 241 EC (now Article 277 TFEU).

¹¹ [1998] OJ C 9/3.

¹² Joined Cases C-189/02 P *etc. Dansk Rørindustri and Others v Commission* [2005] ECR I-5425, para. 211.

¹³ *Ibid.*, at para. 237.

considered a challenge to a note written by the Director of the European Centre for the Development of Vocational Training (Cedefop)² as inadmissible on the ground that the note did not produce any legal effects binding for the administration.

The Court justified its approach in *Simmenthal* by arguing that the relevant Treaty provision expressed a general principle ‘conferring upon any party to proceedings the right to challenge, for the purpose of obtaining the annulment of a decision of direct and individual concern to that party, the validity of previous acts of the institutions which form the legal basis of the decision which is being attacked, if that party was not entitled under [an action for annulment] to bring a direct action challenging those acts by which it was thus affected without having been in a position to ask that they be declared void’.³

The rationale in *Simmenthal* was also invoked by the Court to allow challenges to acts producing legal effects which were not adopted by institutions listed in the relevant Treaty provision, such as the European Parliament acting alone or the Court of Auditors, or other bodies, such as agencies. In proceedings against a decision of the Board of Appeal of the Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) the Court held that ‘the fact that Regulation 40/94 on the Community trade mark⁴ does not expressly mention the plea of illegality as a collateral legal remedy which persons bringing actions may use before the Court of First Instance when seeking the annulment or alteration of a decision of a Board of Appeal of the Office does not mean that they cannot raise such a plea in those actions’.⁵ This meant that an applicant who sought review of a decision by a Board of Appeal of the Office could indirectly challenge the validity of Regulation 40/94.

The Lisbon Treaty has incorporated the Court’s approach by amending the existing wording in two important respects. First, Article 277 TFEU allows now an indirect challenge to ‘any act of general application’, and not merely regulations. Following its earlier rulings, the Court has, post Lisbon, emphasised that the provision ‘must be interpreted broadly’⁶ and accepts pleas of illegality against a wide range of acts, such as competition notices in the context of recruitment processes⁷, staff guidelines¹, international

¹ Case T-373/04 *Guggenheim v Cedefop*, judgment of 25 July 2006, at para. 35.

² [1975] OJ L 39/1.

³ Case 92/78 *Simmenthal v Commission* [1979] ECR 777, para 39. See also Joined Cases T-93/00 and T-46/01 *Alessandrini and Others v Commission* [2003] ECR II-1635, at para 76; Case T-77/18 *VE v ESMA* EU:T:2020:420, at para. 55; Case C-119/19 P *Commission v Carreras Sequeros and Others* EU:C:2020:676, at para. 67; Case C-601/19 P *BP v FRA* EU:C:2020:1048, at para. 26.

⁴ [1994] OJ L 11/1.

⁵ Case T-120/99 *Kik v OHIM* [2001] ECR II-2235, para 21, upheld on appeal in Case C-361/01P *Kik v OHIM* [2003] ECR I-8283, at para 76.

⁶ Case T-177/12 *Spraylat v ECHA* EU:T:2014:849, para. 25; Case T-737/17 *Wattiau v Parliament* EU:T:2019:273, at para. 57.

⁷ Case T-609/16 *PB v Commission* EU:T:2017:910, at para. 28; Case T-631/20 *MZ v Commission* EU:T:2022:426, at para. 37.

agreements², Commission notices in competition cases³. It is therefore apparent that acts that can be subject to a plea of illegality do not have to be legally binding but need to have legal effects.⁴ On the other hand, it is still not clear as to whether Directives can be subject to a plea of illegality.⁵ Second, Article 277 TFEU refers now to institutions, bodies, offices or agencies of the Union whose acts can be challenged under this provision.⁶ And while Article 275(1) TFEU generally precludes challenges to CFSP acts, the exception in Article 275(2) TFEU has been interpreted as allowing a plea of illegality to be raised against general acts adopted under Chapter 2 of Title V of the TEU that form the basis for individual restrictive measures.⁷

2. Reviewable Acts under Article 267 TFEU

The Court⁸ has jurisdiction under Article 267(1)(b) TFEU to give preliminary rulings on the validity⁹ of 'acts of the institutions, bodies, offices or agencies of the Union'.¹⁰ With the abolition of the special regimes in Articles 68 EC and Article 35 TEU, the scope of Article 267 TFEU now also extends to acts adopted in the 'Area of Freedom, Security and Justice' under Title V of the TFEU. On the other hand, the Court continues to lack jurisdiction under Article 267 TFEU to review acts adopted under the CFSP.¹¹

The jurisdiction of the Court under Article 267 TFEU clearly entails the review of legally binding acts, such as Regulations¹², Directives¹ and

¹ Case T-764/16 *Paulini v ECB* EU:T:2018:101, at para. 31; Case T-39/18 *VF v ECB* EU:T:2019:683, at para. 145; Case T-119/17 *Alba Aguilera and Others v EEAS* EU:T:2018:183, para. 75.

² Case T-737/17 *Wattiau v Parliament* EU:T:2019:273, at para. 59.

³ For the 2002 Leniency Notice by the Commission as act subject to the plea of illegality, see Case T-376/10 *Mamoli Robinetteria v Commission* EU:T:2013:442, at para. 50.

⁴ See, however, Case T-140/12 *Teva Pharma and Teva Pharmaceuticals Europe v EMA* EU:T:2015:41, para. 53, where the General Court found that an opinion of EMA's Committee of Medicinal Products was not a binding act and could therefore not be subject to a plea of illegality.

⁵ See Case T-351/02 *Deutsche Bahn v Commission* [2006] ECR II-1047, at para. 108, and Case C-86/03 *Greece v Commission* [2005] ECR I-10979, at para. 86. In both cases the Community Courts did not address the issue of the form of the act as Directive. See also M. Vogt, *supra* note 4, pp. 374-376. But see Case 11/17 *RK v Council* EU:T:2019:65, at para. 67, where the General Court held that, since the Directive in issue did not impose obligations on Union institutions, it could not justify a plea of illegality.

⁶ See Case T-177/12 *Spraylat v ECHA* EU:T:2014:849, at para. 27, where the General Court considered a Decision by the Management Board of ECHA as subject to a plea of illegality.

⁷ See Case T-15/11 *Sina Bank v Council* EU:T:2012:661, at para. 45; Case T-348/14 *Yanukovych v Council* EU:T:2016:508, at para. 58.

⁸ While Article 256(3) TFEU provides jurisdiction for the General Court to hear and determine questions referred for a preliminary ruling under Article 267 TFEU in specific areas laid down by the Statute, no such jurisdiction has yet been transferred.

⁹ Where the national court only raises a question of interpretation, the Court can, all the same, examine the validity of a Union act. See Case C-212/19 *Compagnie des pêches de Saint-Malo* EU:C:2020:726, at paras. 26-30, where the Court, at para. 28, found that it can take into account doubts expressed by the referring court concerning the validity of an act of the European Union, or even the fact that such a question has been raised in the main proceedings, as factors in the context of its assessment of whether it is appropriate to raise of its own motion the question of the validity of an act of which, formally, only an interpretation has been requested by the referring court.

¹⁰ Preliminary rulings of the Court itself are not subject to a review under Article 267 TFEU, see Case 69/85 *Wünsche* [1986] ECR 947, at para. 16.

¹¹ See Article 275(1) TFEU. In Case C-72/15 *Rosneft* EU:C:2017:236, at para. 81, the Court held, however, that Article 275(2) TFEU allows the Court to review the validity of an act adopted on the basis of provisions relating to the CFSP 'provided that the request for a preliminary ruling relates either to the monitoring of that decision's compliance with Article 40 TEU, or to reviewing the legality of restrictive measures against natural or legal persons.'

¹² See Case C-561/20 *United Airlines* EU:C:2022:266.

Decisions². While international agreements of the Union also fall within the ambit of Article 267 TFEU, the Court has made it clear that it is the act approving the conclusion of the agreement that will be subject to review.³ Given the extended range of Union actors subject to Article 267 TFEU acts adopted by the ECB can also be the subject of a validity review.⁴

Similar to Article 277 TFEU, the range of reviewable acts under Article 267 TFEU is, however, wider than that under Article 263 TFEU. The Court pointed out that ‘even though Article 263 TFEU excludes the review, by the Court, of acts which are in the form of recommendations, Article 267 TFEU confers on the Court jurisdiction to deliver a preliminary ruling on the validity and interpretation of all acts of the EU institutions without exception’.⁵ This can be relevant in case of Union measures which form part of proceedings leading to the adoption of a national and/or Union act, but do not constitute reviewable acts under Article 263 TFEU. In *Tillack*⁶ the applicant challenged the referral by OLAF of information concerning suspicions of breach of professional secrecy and bribery to the national judicial authorities, which led to the search of the applicant’s home and office and the seizure of professional documents and personal belongings. The then CFI found that the referral could not be considered as reviewable act for the purpose of an action for annulment. However, in response to the suggestion that this would deprive the applicant of an effective judicial protection, the then CFI responded that ‘the applicant also had the opportunity to request the national courts, which have no jurisdiction themselves to declare that the act by which OLAF forwarded information to the Belgian judicial authorities is invalid [...], to make a preliminary reference to the Court of Justice in that regard.’⁷ This is also relevant for what are often described as ‘soft law’ measures, which are not binding under Article 263 TFEU. In *Kotnik*, where the Court found that it could review the validity of a Commission communication which stipulated burden-sharing by shareholders and subordinated creditors as condition for the Commission to find state aid to banks compatible with the internal market.⁸ Similarly, in *Balgarska Narodna Banka* the Court found that it could

¹ See 5/77 *Tedeschi v Denkavit* [1977] ECR 1555; Case 240/83 *Association de Defense des Brulers d’Huiles Usagees* [1983] ECR 531; Case C-331/88 *ex parte Fedesa* [1990] ECR I-4023; Case C-212/91 *Angelopharm* [1994] ECR I-200; Case C-51/93 *Meyhui v Schott* [1993] ECR I-3879; Case C-160/20 *Stichting Rookpreventie Jeugd and Others* EU:C:2022:101; Joined Cases C-37/20 and C-601/20 *Luxembourg Business Registers* EU:C:2022:912.

² See Case 314/85 *Foto-Frost* [1987] ECR 4199; Case C-148/04 *Unicredito* [2005] ECR I-11137.

³ Case C-266/16 *Western Sahara Campaign UK* EU:C:2018:118, para. 50; Case C-673/20 *Préfet du Gers and Institut National de la Statistique and des Études Économiques* EU:C:2022:449, at para. 85.

⁴ See Case C-493/17 *Weiss and Others* EU:C:2018:1000, at paras 23 and 24.

⁵ See Case 16/16 P *Belgium v Commission* EU:C:2018:79, para. 44. See also Case C-322/88 *Grimaldi* [1989] ECR 4407, para. 8; Case C-258/14 *Florescu and Others* EU:C:2017:448, para. 30.

⁶ Case T-193/04 *Tillack v Commission* [2006] ECR II-3995.

⁷ *Ibid.*, para. 80. See also Case C-689/19 P *VodafoneZiggo Group v Commission* EU:C:2021:142, at para. 150, where the Court implied that a communication by the Commission of comments pursuant to Article 7(3) of Directive 2002/21, [2002] OJ 108/33, as amended, which could lead to a decision by the national regulatory authority could be reviewed in a validity reference under Article 267 TFEU.

⁸ See Case C-526/14 *Kotnik and Others* EU:C:2016:570, at para. 33. The request for review resulted from proceedings for review of the constitutionality of certain provisions of national banking law, which provided for exceptional measures designed to ensure the recovery of the banking system.

assess the validity of Recommendation EBA/REC/2014/02, by which the European Banking Authority requested the relevant national authorities to take the measures necessary to comply with Directive 94/19, even though the Recommendation is not reviewable under Article 263 TFEU.¹ And in *Fédération bancaire française* (FBF) the Court held that it had jurisdiction to review Guidelines adopted by the European Banking Authority in a preliminary reference under Article 267 TFEU, even though they could not be reviewed under Article 263 TFEU.²

IV. Review of soft law instruments: a different approach

The wide array of soft law that is used by Union institutions, agencies and bodies requires a renewed effort to understand the differentiated legal effects of soft law. Consequently, a more nuanced understanding of the legal effects of the various instruments that come together under the umbrella of ‘soft law’ will emerge that will obviate the need to refer to the notion of ‘soft law’ at all. In this final section a framework for the assessment of legal effects³ will be set out and then be applied to various ‘soft law’ instruments. A proper understanding of legal effects for the purposes of analyzing ‘soft law’ instruments is particularly important for the issue of judicial accountability. Given the general difficulties of other accountability mechanisms for ‘soft law’, the answer to what avenues for judicial review are available for ‘soft law’ is of particular pertinence.

1. A Legal Effects Framework for Judicial Review

Any assessment of the system of judicial review in the EU, and in particular the allocation of jurisdiction between the Union courts and the national courts, also depends on one’s understanding of the legal effects of Union acts. A Union act that is not considered as reviewable in the meaning of Article 263 TFEU cannot be challenged directly in the Union courts but is only open to indirect challenge, either on the basis of a plea of illegality under Article 277 TFEU in proceedings before the Union courts or through a reference from a national court under Article 267 TFEU. The same is true where an applicant is not deemed to be directly concerned in the meaning of Article 263(4) TFEU. And where an act is regarded as entailing implementing measures the applicant must, in addition to direct concern, also show individual concern, a high threshold that, if not met, leads to the inadmissibility of a direct action under Article 263 TFEU and means that the applicant has to pursue indirect means of review. As will be shown below, the resolution of such issues will depend on the determination of the legal effects of the Union acts in question. Conceptual

¹ Case C-501/18 *Balgarska Narodna Banka* EU:C:2021:249, at para. 83. The request arose in this from proceedings between BT and the BNB (the Bulgarian National Bank) concerning a claim for compensation for the loss which BT claimed to have suffered as a result of several actions and omissions of the BNB in the context of supervisory measures taken against Korporativna trgovska banka AD (‘KTB’).

² Case C-911/19 *FBF* EU:C:2021:599, at paras. 52-57. The request for review was made in proceedings between the Fédération bancaire française (French Banking Federation) (FBF) and the Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (Authority for Prudential Supervision and Resolution, France) (ACPR) concerning the adoption by the ACPR of a notice by which it declared that it complied with the contested guidelines.

³ See A. Türk, ‘The role of soft law in the context of the financial crisis’, in M. Eliantonio, E. Korkea-aho, U. Mörtz (eds), *Research Handbook on Soft Law* (Elgar Publishing, 2023).

clarity as to the meaning of legal effects in Union law is therefore central to any understanding of judicial review of Union acts.

a) The notion of legal position and primary legal effects

It is submitted that legal effects result from a change in a person's legal position, which is defined for this purpose as a person's rights and obligations within a legal system.¹ Any legally relevant alteration of a person's rights and obligations constitutes therefore a change in a person's legal position and therefore produces legal effects.² Legal obligations will in this context be defined as duties imposed by the legal system, usually through the adoption of legal acts, on a natural or legal person to do something or refrain from doing something. In this respect we can distinguish between direct legal obligations and indirect legal obligations. The former arise where an act itself imposes new or modifies existing legal obligations, while the latter are created where an act triggers obligations, which have their source in other rules or principles of the legal system. As regards the determination of rights, a similar distinction between direct and indirect determinations of rights can be made. Such determinations can take various forms, such as the grant of a right, or its modification, or its denial.³ Finally, it should be noted that an act can have more than one legal effect.⁴

b) Primary and Secondary Legal Effects

The classification above encapsulates binding legal effects that either directly or indirectly result from a legal act which either imposes an obligation on a person and/or determines a person's rights. Such legal effects can be considered as primary legal effects in a legal system, as they lead to a change in the legal position of a person without the intervention of another competent authority. Changes in the legal system can however also occur as a result of secondary legal effects of an initial act. A primary act can create secondary legal effects where it determines rights of or imposes obligations on another party which then adopts a subsequent (secondary) act that determines rights of or imposes obligations on a third party.

2. Application of the framework to 'soft law' instruments

The discussion below applies the legal effects framework, set out above, to particularly thorny 'soft law' instruments, which the Union courts currently do not consider to be reviewable acts and of direct concern in the meaning of Article 263 TFEU.

¹ See also N. Xanthoulis 'Administrative factual conduct: Legal effects and judicial control in EU law', *Review of European Administrative Law* (2019) 39-73, at 4.3.

² On the conception of rights and its correlation with obligations, see J. Tasioulas, 'the Moral Reality of Human Rights', in T. Pogge (ed.), *Freedom from Poverty as a Human Right* (OUP, 2007) 99; J. Tasioulas, 'On the Nature of Human Rights', in G. Ernst and J. Ch. Hellinger (eds.), *The Philosophy of Human Rights* (De Gruyter, 2012) 33; J. Raz, 'Human Rights in the Emerging World Order', in R. Cruft, S.M. Kiao and M. Renzo, *Philosophical Foundations of Human Rights* (OUP, 2015) 217-231. On a classification of rights, see W. Hohfeld, *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays* (Yale University Press, 1919).

³ On the notion of rights in EU law, see C. Hilson and T. Downes, 'Making Sense of Rights: Community Rights in E.C. Law' (1999) 24 *ELRev* 121-138; S. Beljin, 'Rights in EU Law' in S. Prechal and B. van Roermund (eds.), *The Coherence of EU Law: the Search for Unity in Divergent Concepts* (OUP 2008) 91-122; I. Bengoetea, 'Rights (and Obligations) in EU Law', in E. Jones, A. Menon, and S. Weatherill (eds.), *The Oxford Handbook of the European Union* (OUP, 2012); C. Warin, *Individual Rights under European Union Law* (Nomos, 2019);

⁴ Case T-393/06 *Makhteshim-Again and Others v Commission*, at para. 37.

a) Primary legal effects and judicial review

Union acts that produce primary legal effects should be considered as reviewable acts under Article 263 TFEU irrespective for whom they produce such effects. Consequently, while guidelines or recommendations adopted by Union institutions, bodies or agencies may not impose (substantive) obligations that result from the substantive terms of the act, they nevertheless may impose (procedural) obligations, as the case may be, on the author¹ or on other parties, often in the form of a duty to take them 'into consideration'² or to provide a response as to whether they have been complied with (comply or explain).³

An example are Article 16 Guidelines, which are considered by the Court as not legally binding and therefore do not constitute reviewable acts under Article 263 but can be reviewed as part of a validity reference from a national court under Article 267 TFEU.⁴ But given their essential features, discussed above, Article 16 Guidelines have primary legal effects for NCAs by imposing legal obligations. While not imposing an obligation to comply with the substantive provisions of the guideline, such guidelines trigger a general duty to confirm compliance and in case of non-compliance impose a duty to state reasons. Similarly, where guidelines impose such a duty, financial institutions also have a reporting obligation and therefore the guideline in this case will also have primary legal effects for them. As a consequence, where such a duty exists the guideline constitutes a reviewable act under Article 263 TFEU. Article 16 guidelines do, however, also have primary legal effects for NCAs as they constitute the basis for the adoption of national measures creating legal effects.⁵

In a similar way, recommendations produce primary legal effects by imposing a duty for national courts to take them 'into consideration'. And primary legal effects can also result from Commission guidelines and notices,⁶ in which the Commission, when adopting binding acts, imposes on itself the obligation to exercise its discretion in compliance with those rules.

Where Union acts have, exceptionally, primary legal effects in respect of private parties, those private parties also directly concerned in the meaning of Article 263(4) TFEU.⁷

¹ Case C-526/14 *Kotnik* EU:C:2016:570, paras. 44 and 70-71.

² See Case C-322/88 *Grimaldi* [1989] ECR 4407, para. 18. See also A. Arnulf, 'EU Recommendations and Judicial Review' 14(3) *European Constitutional Law Review* (2018) 609-621, commenting critically on the Court's approach in Case C-16/16 P *Belgium v Commission* EU:C:2018:79.

³ See Article 16(3) of Regulation 1093/2010, [2010] OJ L 331/12, as amended; Regulation 1094/2010, [2010] OJ L 331/48, as amended; Regulation 1094/2010, [2010] OJ L 331/84, as amended.

⁴ See Case C-911/19 *FBF* EU:C:2021:599. For a more differentiated view, see the Opinion of AG Bobek in this case.

⁵ In certain instances, national law imposes an obligation for the NCA to comply with an Article 16 Guideline (Schemmel 2016, p. 474). In this case it can be argued that the guideline indirectly imposes an obligation to comply. Indirectly, because the obligation does not result from the guideline or Article 16 but is triggered by national law.

⁶ See H.C.H. Hofmann, G. Rowe, A. Türk, *Administrative Law and Policy of the European Union* (OUP, 2011), chapter 16.

⁷ This is the case for Article 16 Guidelines that are addressed to private parties.

b) Secondary legal effects and judicial review

More difficult are cases where the Union act does not produce primary legal effects for a private party but produces secondary legal effects. In the case law of the Court, primary Union acts which produce secondary legal effects will be considered as being of direct concern to individuals provided the party adopting the secondary act does not have any discretion in the adoption of such acts or where the exercise of such discretion is purely theoretical. Conversely, where the party adopting the secondary act has discretion, the Union courts would deny direct concern. Consequently, where an act adopted by a Union institution (primary act) obliges another party to adopt *specific* measures (secondary act) that impose obligations and/or determine rights for private parties, the primary act produces secondary legal effects for private parties. Given the absence of meaningful discretion in these cases, the act will also be of direct concern for the private parties concerned. Secondary legal effects can also arise where a primary act enacted by a Union institution obliges another party to adopt in respect of private parties more *generally* specified measures (secondary act), which impose obligations or determine rights. In contrast to primary acts that impose specific measures, primary acts imposing measures defined in general terms involve a margin of discretion for the party adopting the secondary act and are therefore considered by the Union courts not to be of direct concern to private parties. In addition, Union acts can produce secondary legal effects by determining rights with binding effects for another party or itself. This is the case where a Union body determines the legal position of a third party and where such determination is binding on another party or itself (at Union or Member State level) that adopts the final decision in respect of the third party. As the determination is binding, one would assume that in this situation the primary act is of direct concern to the third party.

Article 16 guidelines produce secondary legal effects. This can be the case where the Guideline (as primary act) constitutes the basis for an NCA (constituting primary legal effects for the NCA) to adopt a measure (as secondary act) that binds individuals. The guideline can be said to determine the NCA's legal position in the sense that any national act that is adopted pursuant to the guideline has to comply with its terms. This means that the NCA has discretion (under EU law) as to whether to comply with the guideline but not, if it does, as to its content. In this situation, given the discretion of the NCA (to comply or not) the case-law would suggest that the guideline is not of direct concern. This would, however, be a restrictive view of direct concern, as the adopted national law is merely transposing the guideline into domestic law. The substantive provisions result from EU law and not national law. It is therefore suggested that such guidelines ought to be considered as being of direct concern.

Similarly, administrative rules, such as guidelines and notices,¹ in which the Commission, when adopting binding acts, imposes on itself the obligation to exercise its discretion in compliance with those rules, should also be directly reviewable in accordance with this framework. Also in this case, by adopted the guideline (the primary act) the Commission determines its legal position by restricting its discretion to comply with the terms of the guidelines, absent any specific circumstances. Where the secondary act imposes obligations or determines rights of private parties that result from the application of the guidelines, the guidelines should be considered to be of direct concern to those private parties.²

V. Conclusion

This report has considered the review of 'soft law' instruments adopted by Union institutions, bodies or agencies in the Union courts. It has argued that the Court's approach when considering the reviewability and the direct concern of such instruments under Article 263 TFEU does not adequately consider their legal effects. It has proposed a legal effects framework that hopefully will lead to greater consistency in the application of those concepts but also provide a less restrictive approach to the direct access of private parties to the Union courts when seeking to review these instruments.

The report has not touched on other obstacles that may arise in case of an action for annulment under Article 263(4) TFEU by private parties. Such obstacles mainly result from the restrictive interpretation of individual concern as standing requirement under Article 263(4) TFEU in case private parties are not the addressees of such instruments or cannot argue that the instrument in question is a regulatory act not entailing implementing measures. Given the wide interpretation by the Union courts for the requirement of implementing measures this is likely the case for self-binding Commission guidelines, recommendations and Article 16 guidelines that are addressed to Member States. Therefore, while the report's discussion would resolve certain issues, it would not resolve them all.

¹ See H.C.H. Hofmann, G. Rowe, A. Türk, *Administrative Law and Policy of the European Union* (OUP, 2011), chapter 16.

² This is, for example, the case where the Commission adopts decisions in competition cases addressed to private parties by applying, for example, its leniency notice or its *de minimis* notice. The picture is more complex in state aid cases. Where the Commission assesses state aid in compliance with its guidelines and considers the aid to be incompatible with the internal market (and, as the case may be, requires the Member State to recover aid), then the Member State on whom the obligation is imposed has to adopt a subsequent (tertiary) act that will then impact on the legal position of the beneficiary of the aid. In this scenario the guidelines have primary legal effects for the Commission, secondary legal effects for the Member State, and tertiary effects for the beneficiary of the aid.

Швецова Л.,
суддя Харківського апеляційного суду у відставці,
м. Харків, Україна

ВРЕГУЛЮВАННЯ ПИТАНЬ, ПОВ'ЯЗАНИХ ЗІ ЗНИЩЕННЯМ ТА ПОШКОДЖЕННЯМ МАЙНА У ЗВ'ЯЗКУ З ВОЄННИМИ ДІЯМИ. СУДОВА ПРАКТИКА

Відшкодування шкоди, пов'язаної із знищенням або пошкодженням майна у зв'язку з воєнними діями є актуальним питанням, вирішення якого забезпечить комплексний та справедливий підхід до захисту майнових прав фізичних та юридичних осіб.

Відповідно до ст. 79 Закону України «Про міжнародне приватне право» «пред'явлення позову до іноземної держави, можуть бути допущені лише за згодою компетентних органів відповідної держави, якщо інше не передбачено міжнародним договором України або законом України» [1]. У вказаному законі визначено поняття судового імунітету. Відповідно до ст. 12 Конвенції ООН про юрисдикційні імунітети держав та їх власності, визначено поняття імунітету, держава не може використовувати юрисдикційний імунітет перед судом іншої держави, якщо розглядається справа судом про відшкодування шкоди завданої майну, в результаті ймовірних дій даної держави [2]. Така ж норма міститься і у ст. 11 Європейської конвенції про імунітет держав, прийнятою Радою Європи 16 травня 1972 р. [3]. На даний час ні Україна, ні РФ не ратифікували вказані Конвенції.

Одним із способів відшкодування шкоди, пов'язаної зі знищенням та пошкодженням майна у зв'язку з воєнними діями є відшкодування матеріальної шкоди за рішеннями національних судів.

Під час розгляду справ щодо відшкодування шкоди, суди керуються нормами ч.ч. 9,10 ст. 5 Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» [4], а також іншими законами та нормативними актами, відповідно до яких, відшкодування матеріальної, заподіяної внаслідок тимчасової окупації державі Україна, юридичним особам та громадянам у повному обсязі покладається на РФ.

З цього питання Верховним Судом висловлена позиція, викладена у деяких постановках, в тому числі й у постанові від 14 квітня 2022 р. у справі № 308/9708/19, зазначено що, суд України має право ігнорувати імунітет Росії та розглядати справи про відшкодування шкоди, завданої фізичній особі в результаті збройної агресії РФ за позовом, поданим саме до цієї іноземної особи. Суд визнав, що судовий імунітет на РФ не поширюється. У разі засто-сування деліктного винятку будь-який спір, що виник на її території в грома-дянина України, навіть з іноземною країною, зокрема РФ, може бути розгля-нутий і вирішений судом України як належним та повноважним судом [6].

Відповідно до Практичної рекомендації голови Європейського суду з прав людини від 28 березня 2007 р. «Вимоги щодо справедливої сатисфакції» підп. 15 п. 3 встановлено, що заявники, які бажають отримати компенсацію за нематеріальну шкоду, мають право вказати суму, яка, на їхню думку, була б справедливою. Наразі немає ефективного механізму виконання рішення українського суду щодо відшкодування шкоди рф.

Порядок відшкодування шкоди, подання інформаційного повідомлення про пошкоджене або знищене майно, визначення порядку роботи Комісії з розгляду питань щодо надання компенсації та створення Державного реєстру майна, пошкодженого та знищеного внаслідок бойових дій, спричинених військовою агресією рф, передбачені Законом України «Про компенсацію за пошкодження та знищення окремих категорій об'єктів нерухомого майна внаслідок бойових дій, терористичних актів, диверсій, спричинених збройною агресією Російської Федерації проти України, та Державний реєстр майна, пошкодженого та знищеного внаслідок бойових дій, терористичних актів, диверсій, спричинених збройною агресією Російської Федерації проти України», Постановою Кабінету Міністрів України від 26 березня 2022 р. № 380 та Постановою Кабінету Міністрів України від 19 квітня 2022 р. № 473. Вказані нормативні акти визначають перелік майна, за яке передбачена виплата компенсації; коло осіб, які мають право на отримання компенсації; визначена черговість здійснення виплати компенсації; перелік документів, необхідних для отримання компенсації; повноваження органу, який здійснюватиме розгляд питань щодо надання компенсації та інші питання.

З урахуванням положень вищевказаних законів та нормативних актів, судами ухвалюються рішення про встановлення факту, що має юридичне значення, а саме вимушеного переселення з окупованої території. Метою встановлення зазначеного факту вимушеного переселення є відшкодування шкоди. Встановлення юридичного факту безпосередньо породжує юридичні наслідки від встановлення факту яких залежить виникнення особистих прав громадянина. Тобто, виникнення деліктних правовідносин пов'язується із встановленням конкретної причини внутрішнього переміщення особи.

Підсудність спорів щодо відшкодування матеріальної шкоди, завданої пошкодженням або знищенням майна визначається за місцем знаходження майна або за зміненою підсудністю.

Відповідно до ст. 22 ЦК України особа, якій завдано збитків у результаті порушення її цивільного права (пошкодження або знищення майна), має право на їх відшкодування. Велика Палата Верховного Суду у постанові від 22.09.2020 р. у справі № 910/378/19, зазначила «для застосування такої міри відповідальності, як стягнення шкоди необхідно є наявність усіх елементів складу цивільного правопорушення» [7].

Отже, отримання відшкодування за пошкоджене або знищене майно є важливим аспектом для відновлення порушених прав фізичних та юридичних осіб.

Література

1. Про міжнародне приватне право : Закон України від 23.06.2005 р. № 2709-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15#Text>.
2. Про юрисдикційні імунітети держав та їх власності: Конвенція ООН від 02.12.2004 р. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/>.
3. Європейська конвенція про імунітет держав : Протокол, Конвенція від 16.05.1972 р. № ETS 074 URL: <https://ips.ligazakon.net/document/MU72014>.
4. Рішення ЄСПЛ по справі «Олейніков проти Росії» (скарга № 36703/04). <https://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-117124>.
5. Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1207-18#Text>.
6. Постанова Верховного Суду від 14.04.2020 по справі № 308/9708/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104086064>.
7. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 22.09.2020 р. по справ № 910/378/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92270718>.

Шеховцов В.,

д-р юрид. наук, проф.,

доцент кафедри екологічного права

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
м. Харків, Україна*

Статівка О.,

канд. юрид. наук,

асистентка кафедри екологічного права

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
м. Харків, Україна*

Кондратенко Д.,

канд. юрид. наук,

асистентує кафедри земельного та аграрного права

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
м. Харків, Україна*

АГРОЕКОЦИД ЯК ГЛОБАЛЬНИЙ ВИКЛИК У ПРАВОЗАХИСНІЙ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ

Збереження природних ресурсів, забезпечення продовольчої безпеки, боротьба із забрудненням агросфери та захист біорізноманіття є важливими завданнями в сфері захисту прав в Україні, спрямованими на забезпечення сталого розвитку та збереження життя і здоров'я населення. Україна, як потужна аграрна країна-експортер, стикається з

численними викликами, пов'язаними з агроекоцидом. Цей термін, хоча не закріплений законодавчо, однак використовується для характеристики умисно спричиненої шкоди агроекосистемам через широкомасштабне забруднення ґрунтів, водойм, повітря та втрату біорізноманіття внаслідок інтенсивних військових дій на території держави.

Наслідками та проявами військової агресії Росії проти України, масштаби та збитки від яких досі встановлюються, стали мінування полів, знищення ґрунтового покриву, в тому числі зниження якості земель та врожайності, вбиті сільськогосподарські, домашні та дикі тварини, знищення сільськогосподарської техніки, викрадення та вивезення за межі України техніки та врожаїв зерна тощо, підрив Каховської ГЕС, блокування роботи морських портів, знищення елеваторів, порушення прав військовополонених та цивільного населення та тимчасово окупованих територіях на їжу та ін.

Окрім земель сільськогосподарського призначення та аграрної інфраструктури об'єктами екозлочинів стали й лісові та водні ресурси країни. Так, лісогосподарським підприємствам України внаслідок російської військової агресії завдана значна матеріальна шкода, яка оцінюється у 13,2 млрд грн. Лісова екосистема зазнала серйозних пошкоджень, і на більшості об'єктів тривають роботи з розмінування та очищення від військової техніки [1].

З погляду П. В. Куфтирева, один із найбільш ефективних методів відшкодування збитків внаслідок екологічних правопорушень – це впровадження групових позовів. Цей підхід успішно застосовується у багатьох країнах світу і вже показав свою позитивну результативність. Це свідчить про важливість внесення інституту групових позовів до української судової системи. Навіть за відсутності окремого нормативного акту, що регулює порядок подання групових позовів та їх розгляд, існують окремі положення спеціальних законів, які стосуються подання групових позовів, зокрема екологічних. Це, зокрема, Закон України «Про охорону навколишнього природного середовища» та Конвенція про доступ до інформації, участь громадськості у процесі прийняття рішень та доступ до правосуддя з питань, що стосуються довкілля. На думку науковця, ці правові акти створюють юридичну можливість для будь-якої постраждалих осіб, а їхня кількість в Україні нараховується мільйонами, об'єднатися та звернутися до суду із груповим позовом для відшкодування завданої шкоди [2, с. 248, 250].

В Україні вже було розпочато розслідування справи, що стосується «екоциду» – масового знищення рослинного або тваринного світу, забруднення атмосфери та водних ресурсів, а також вчинення інших дій, які можуть призвести до екологічної катастрофи. На даний момент, відповідно до Римського статуту, відсутня конкретна стаття, присвячена екоциду, і тривають обговорення щодо її включення. Проте, це не створює перешкоди для притягнення Росії до відповідальності в

міжнародних судових органах. У Римському статуті вже існує пункт IV ст. 8(2)(b), який стосується воєнних злочинів. Зазначено, що воєнний напад, вчинений з усвідомленням можливих наслідків, таких як випадкове вбивство чи поранення мирних громадян, завдання шкоди цивільним об'єктам або масштабна, тривала та серйозна шкода довкіллю, яка перевищує очікувані військові вигоди, може бути розглянута як воєнний злочин. Службою безпеки України було відкрите кримінальне провадження за фактом підриву дамби Каховської ГЕС. Розслідування було розпочате за ст. 438 (порушення законів та звичаїв війни) та ст. 441 (екоцид) Кримінального кодексу України. Чинне законодавство визнає екоцид одним із злочинів проти миру, безпеки людства і міжнародного правопорядку. Визначення екоциду включає масове знищення рослинного або тваринного світу, отруєння атмосфери або водних ресурсів, а також інші дії, які можуть спричинити екологічну катастрофу. Санкція за цей злочин передбачає від восьми до п'ятнадцяти років позбавлення волі. Таким чином, прокуратура оголосила про першу в історії передану до суду справу щодо екоциду.

У зв'язку з піднятою проблематикою та специфікою суспільних відносин як об'єктів агроекоциду, слід наголосити на необхідності підвищення ефективності правозахисної діяльності у цій сфері шляхом, по-перше, організації тренінгів та семінарів з підвищення кваліфікації для адвокатів, спрямовані на поглиблення розуміння специфіки екологічного та агропродовольчого права; по-друге, встановлення партнерських відносин адвокатських об'єднань із закладами вищої освіти для створення спеціалізованих програм та практик для студентів-юристів щодо розслідування екоцидів, злочинів проти продовольчої безпеки держави тощо; по-третьє, міжнародної співпраці українських адвокатів та інституцій, а саме Міжнародної асоціації адвокатів (IBA), Національної асоціації адвокатів України (UNBA) та Вищої школи адвокатури НААУ (HSA) задля забезпечення неупередженого та ефективного правосуддя за злочини, скоєні під час війни в Україні; по-четверте, розширення в державі освітніх сертифікатних програм «Агроюрист», «Екоадвокат» та ін. й за межами ЗВО.

Література

1. Голос України. 25 трав. 2022 р.
2. Куфтирєв П. В. Забезпечення екологічної безпеки шляхом подання групових екологічних позовів. *Продовольча та екологічна безпека у воєнний і післявоєнний часи: правові виклики для України та світу* : тези доп. учасн. Міжнар. наук.-практ. онлайн/офлайн конф. (м. Київ, 16 верес. 2022 р.). Київ : ФОРМ Ямчинський О.В., 2022. С. 248–250.

Яцина В.,
доктор філософії у галузі права,
суддя Харківського апеляційного суду,
м. Харків, Україна

ОСОБЛИВОСТІ СУДОВОГО КЕРІВНИЦТВА У ЦИВІЛЬНИХ СПРАВАХ ЩОДО ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ВНАСЛІДОК РОСІЙСЬКОЇ ВІЙСЬКОВОЇ АГРЕСІЇ

Україна має позитивні міжнародні конвенційні зобов'язання¹ у створенні ефективного правового захисту основоположних прав людини в умовах російської військової агресії та з цією метою зобов'язана гарантувати право кожному на справедливий суд. У цьому контексті на рівні прецедентів касаційного суду наразі реалізована правова можливість для жертв російської військової агресії отримати відшкодування шкоди за рахунок країни-агресора, що є певним проявом судового активізму, внаслідок чого українські суди мають предметну юрисдикцію для розгляду позовів потерпілих до країни-агресора з подоланням суверенного імунітету, який дотепер зберігається у нормі ст. 79 Закону України «Про міжнародне приватне право»²

Для вирішення основного завдання цивільного судочинства, визначеного у ст.ст. 2, 5 ЦПК України щодо справедливого, неупередженого та своєчасного розгляду і вирішення цивільних справ з метою ефективного захисту прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, за рахунок реалізації дискреційних повноважень, які передбачені у ч. 5 ст. 12, ч. 2 ст. 214 ЦПК України суд має бути процесуально активним для організації та проведення змагального процесу, з урахуванням процесуальних особливостей таких справ, пов'язаних з фактичною відсутністю відповідача у процесі, відсутністю дипломатичних відносин з державою-агресором та денонсацією міжнародних договорів про правову допомогу та визнання рішень суду; істотні перешкоди з наданням доказів; нестача активів держави-агресора в Україні для відшкодування завданої шкоди, що вимагає забезпечення виконання рішення національних судів в іноземних юрисдикціях тощо.

На стадії відкриття провадження на підставі доводів позову та доданих до заяви доказів суд з'ясовує наявність підстав для подолання державного імунітету відповідно до найнижчого стандарту доказування «на перший погляд» («prima facie»), у подальшому ці підстави мають бути перевірені судом в межах предмету спору за результатами змагального розгляду справи відповідно до правової

¹ Ст. 13 Конвенції «Про захист прав людини і основоположних свобод», Рим 4.XI.1950 (далі – ЄКПЛ. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004/print).

² Див., наприклад: Постанова Верховного Суду від 14.04.2020 по справі № 308/9708/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104086064>.

концепції «суд знає закони» («*jura novit curia*»)¹. При відкритті провадження у справі суд сприяє сторонами у обміні процесуальними документами. З цією метою, діючи відповідно до принципу верховенства права для ефективного захисту порушеного права, ст.ст. 2, 5, 10 ЦПК України, суд у формі окремої ухвали може зобов'язувати МЮ України використовувати дипломатичний регламент зносин між державами, який визначений п. с (i), ч. 1 ст. 22 Конвенції Організації Об'єднаних Націй про юрисдикційні імунітети держав та їх власності 2004р. Суд також приймає надані стороною докази повідомлення відповідача за допомогою міжнародних поштових сервісів, що передбачено ч. 6 ст. 128 ЦПК України.

Суд керує розглядом справи та у обов'язковому для таких спорів підготовчому провадженні, ст. 189 ЦПК, остаточно визначає зі сторонами підстави позову, які підлягають доказуванню відповідно до презумпцій та розподілу тягаря доказування, який застосовується для генерального делікту. Суд формуючи предмет доказування визначає загально відомі обставини, ч. 3 ст. 82 ЦПК, п. 5 ч. 2 ст. 197 ЦПК України, спираючись на відповідні рішення міжнародних організацій (ГА ООН, РЄ тощо), міжнародних судів щодо російської агресії відносно України, обставин здійснення ефективного контролю над окупованими територіями.² У відповідності до характеру спору, якщо за обставинами справи потерпілі особи перебували поза межами ефективного територіального контролю держави-агресора, суд має визначати сторонам предмет доказування персональної юрисдикції (владного контролю над агентами) держави-агресора стосовно завданої шкоди.³ Концепція негативного доказу (коли певна обставина не може вважатися доведеною, доки інша сторона її не спростує) за відсутності відповідача у процесі не є застосованою, оскільки за такого підходу принцип змагальності втрачає сенс.⁴

З метою з'ясування змісту норм права іноземної держави, вирішення колізій при застосуванні норм міжнародного права, відповідної практики міжнародних судів, суд у визначених ст. 103 ЦПК України випадках має дискреційні процесуальні повноваження для отримання висновків експерта з питань права, «*amicus curiae brief*», ст. 73, 114-115 ЦПК, ст. 8 Закону України «Про міжнародне приватне право».

¹ Див. п. 6.56 постанови ВП ВС від 15 червня 2021 року справа № 904/5726/19). URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98524308>.

² Див. наприклад у рішеннях ВП ЄСПЛ щодо прийнятності у справі Україна проти Росії (Крим) від 16 грудня 2020 р (заяви № 20958/14 та 38334/18), від 25 січня 2023 року у справі Україна та Нідерланди проти Росії (заяви №№ 8019/16, 43804/14 та 28525/20).

³ Див. з цього приводу п. 126 рішення ЄСПЛ від 21 січня 2021 року у справі Грузія проти Росії (II). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-207757%22%7D>.

⁴ Див. п. 81 постанови ВП ВС від 18.03.2020 у справі №129/1033/13-ц щодо стандарту доказування за відсутності відповідача, <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88952196>; з цього приводу також є застосований підхід до предмету доказування у справі за позовом до держави Україна про стягнення шкоди завданої під час АТО, який був висловлений у п.п. 48, 107, 108 постанови ВП ВС від 12.05.2022 у справі № 635/6172/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104728593>.

Обумовлена згаданими чинниками процесуальна активність суду є легітимним проявом функціонального принципу судового керівництва, який імпліцитно присутній у нормах цивільного процесуального права, забезпечує виконання Україною міжнародних конвенційних гарантій права кожному на справедливий суд, сприяє встановленню справедливого балансу між публічними та приватними інтересами та ефективному правовому захисту у цивільному судочинстві, що є особливо актуальним при судовому розгляді такої категорії цивільних справ.

СЕКЦІЯ III ПЕРШІ КРОКИ В НАУЦІ

Бондар О.,
*студент 2-го курсу магістратури
Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
м. Київ, Україна*

ФУНКЦІОНУВАННЯ АДВОКАТУРИ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ: ГАРАНТІЇ ПРАВОЗАХИСТУ

Адвокатська професія відіграє найважливішу роль у забезпеченні права на юридичну допомогу, оскільки згідно ст. 59 Конституції України кожен має право на професійну правничу допомогу. Також в ст. 131-2 Конституції України зазначено, що для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура, незалежність якої гарантується [1].

У зв'язку із введенням в Україні воєнного стану Указом Президента України № 64/2022 від 24.02.2022 року, на період його дії існує обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина, передбачених статтями 30–34, 38, 39, 41–44, 53 Конституції України [2]. Тобто, відсутнє тимчасове обмеження конституційних прав і свобод людини і громадянина, передбачених статтями 59 та 131–2 Конституції України. Таким чином, конституційні гарантії права кожного на професійну правничу допомогу не були звужені, однак аби їх забезпечити інститут адвокатури зобов'язаний працювати в нових умовах.

Наразі є проблема в ефективному забезпеченні права громадянина на захист, оскільки його реалізація тісно пов'язана з правом на професійну правничу допомогу, для надання якої діє адвокатура. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав. В рамках кримінального процесу, з урахуванням звільнення від мобілізації суддів та прокурорів, вбачається ризик порушення принципу змагальності сторін, так як може бути представлена лише сторона обвинувачення і відсутня сторона захисту. За таких умов може мати місце звуження та порушення процесуального права особи на захист. Зазначена проблема стосується не лише здійснення кримінального процесуального судочинства, а й у тому числі – адміністративного, цивільного, господарського.

Зважаючи на це, варто забезпечити право на захист в умовах воєнного стану, дотримання балансу між сторонами обвинувачення та захисту під час судових процесів, а також дотримання принципу змагальності сторін.

У цьому контексті слід зауважити, що в проекті Закону про внесення змін до Закону України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію»

щодо забезпечення кожному права на захист в умовах воєнного стану № 9631 від 21.08.2023 р. пропонується внести зміни до Закону України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію» [3] шляхом доповнення частини першої ст. 23 цього Закону новим абзацом, який передбачає звільнення від призову на військову службу адвокатів, що мають стаж адвокатської діяльності не менше десяти років, або включені до Реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правничу допомогу [4].

На нашу думку, цей законопроект не забезпечить в повній мірі право вільно обирати захисника своїх прав, як це гарантовано статтею 59 Конституції України. Проект Закону фактично зменшить кількість адвокатів до числа тих, стаж роботи яких більше десяти років та/або які включені до Реєстру адвокатів, що надають безоплатну вторинну правничу допомогу, так як інші адвокати можуть бути мобілізовані або піддані тиску під час здійснення ними адвокатської діяльності, шляхом погрози мобілізацією і відповідно виключенням їх з правозахисного процесу. У цьому контексті вважаємо, що задля забезпечення належної реалізації цього конституційного права усі адвокати, право на зайняття адвокатською діяльністю щодо яких не зупинено, повинні мати право на звільнення від призову на військову службу.

Таким чином, забезпечення дотримання законності та гарантій правозахисту є надзвичайно важливим під час дії правового режиму воєнного стану. Конституція України закріплює вільний вибір захисника своїх прав та гарантує громадянам право на захист, який забезпечує адвокатура. Звільнення від мобілізації суддів, прокурорів та працівників інших правоохоронних органів, без надання такої можливості для практикуючих адвокатів ставить під сумнів дотримання одного з принципів правосуддя – змагальності сторін в судовому процесі. Тому, доопрацювання та прийняття проекту Закону № 9631 від 21.08.2023 р. сприятиме реалізації та забезпеченню права на захист в умовах воєнного стану, дотриманню балансу між сторонами обвинувачення та захисту під час судових процесів та принципу змагальності сторін.

Література

1. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254/к–96-ВР.

2. Про введення воєнного стану в Україні : Указ Президента України від 24.02.2022 р. № 64/2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/64/2022#Text> (дата звернення: 16.11.2023).

3. Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію : Закон України від 21.10.1993 р. № 3543-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3543-12#Text> (дата звернення: 16.11.2023).

4. Проект Закону про внесення змін до Закону України «Про мобілізаційну підготовку та мобілізацію» щодо забезпечення кожному права на захист в умовах воєнного стану № 9631 від 21.08.2023 року.

URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/42559> (дата звернення: 16.11.2023).

*Наукова керівниця – д-р юрид. наук, проф., професорка кафедри нотаріального, виконавчого процесу та адвокатури, прокуратури, судоустрою Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка **М. М. Стефанчук**.*

Беляєва К.,
студентка групи 18-23м-07
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
м. Харків, Україна

МОДЕЛІ СИСТЕМ БЕЗОПЛАТНОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ У КРАЇНАХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

У сучасному світі, де правові питання є невід'ємною частиною повсякденного життя, важливою складовою справедливості стає доступ до безоплатної правової допомоги. У країнах Європейського Союзу (далі – ЄС) система безоплатної правової допомоги визнається як ключовий елемент забезпечення рівності перед законом та гарантує, що кожен громадянин має можливість користуватися захистом своїх прав та інтересів, незалежно від соціального статусу чи фінансових можливостей. Тому вважаю цікавим дослідити питання, стосовно того, які моделі систем безоплатної правової допомоги (далі – БПД) функціонують в країнах ЄС і яка з них є найбільш дієвою.

Питання стосовно використання систем БПД у країнах ЄС досліджували: Т. Б. Вільчик [2], Г. М. Колесник [1], І. В. Светлічний [1], Л. І. Бурчак [1] та ін.

Вивчення систем БПД в зарубіжних країнах передбачає визначення критеріїв для правильної їхньої класифікації. В різних країнах світу дуже різняться відповідні критерії, оскільки кожна держава самостійно встановлює критерії, за якими визначається наявність права на БПД. Але загалом, можна визначити два основні критерії: фінансовий, що вказує на відсутність необхідних коштів та предметний, який пов'язаний з категорією справи [1].

Враховуючи особливості реалізації БПД у різних країнах ЄС, залежно від кола суб'єктів, що залучаються, а також за тими функціями, які бере на себе держава, Вільчик Т.Б. [2] виділяє такі моделі, як:

1. Модель «*pro bono*» (дослівно — для суспільного блага), вона є однією з найвідоміших і найбільш застосованих моделей надання БПД. Її суть заключається в наданні послуги на добровільній засаді і абсолютно безкоштовно, для користі громади, а особливо для тих осіб, які не мають коштів для оплати цих послуг [3]. Найчастіше «*pro bono*»

використовується великими юридичними фірмами, оскільки вони вважають дану систему частиною своїх зобов'язань перед суспільством і можливістю для фірми і адвокатів займатися благодійністю, а молодим адвокатам – отримати досвід роботи. Багато юристів з різних країн Європейського Союзу присвячують частину свого вільного часу веденню справ, за які вони не отримують оплати. Це вважається престижністю і є справжнім *pro bono*. Наприклад, дана практика надання юридичної допомоги на громадських засадах найбільш розвинена в Англії та Уельсі, в яких існує безліч некомерційних організацій, робота яких спрямована на виконання такої допомоги і це підпадає під дію норм професійної етики, які діють щодо надання оплатної юридичної допомоги. Також дана система застосовується і у Франції, і у Німеччині, Угорщині та інших країнах.

2. Наступною моделлю і не менш відомою є *контрактна модель (модель *judicare*)* – це система, при якій спеціальний державний орган укладає договір (контракт) з адвокатом, юридичною фірмою про надання БПД по певній кількості справ або за певними категоріями справ, оплата за яку здійснюється за рахунок державного бюджету. Дана модель найчастіше використовується у Німеччині, Данії, Франції, Англії та Уельсі, Шотландії, Швеції та інших країнах. Також варто зазначити, що дана модель в свою чергу залежно від методів виплати гонорарів приватним адвокатам поділяється на:

- *judicare у чистому вигляді (pure *judicare*)*, яка полягає в тому, що адвокати отримують оплату за надану юридичну допомогу від держави через місцеві адміністрації, колеги адвокатів або інші організації. Дана модель, є дорожчою, а ніж виплата фіксованої заробітньої плати, оскільки в даному випадку оплачується конкретний вид юридичної допомоги або здійснюється погодинна оплата за рахунок бюджетних коштів.

- «*черговий адвокат*» (*duty counsel*), суть даної моделі полягає в тому, що адвокати працюють на неповну ставку та оплата наданої ними БПД здійснюється за кожний день їх участі в якості захисника або представника у випадках, коли необхідно забезпечити надання безоплатної юридичної допомоги. Дана модель застосовується у Франції та деяких інших країнах.

3. *Модель публічного (державного, громадського) захисника.* Характерним для цієї моделі є те, що держава чи орган, керуючий системою БПД, створює постачальника юридичної допомоги – систему офісів (бюро, ради, служби, центри, комісії тощо) за територіальним принципом, що забезпечує малозабезпеченим категоріям населення доступність до юридичної допомоги. Дана модель використовується у Великій Британії, Литві та в деяких інших країнах.

4. *Модель «ex officio»* передбачає, що держава, через органи, які займаються кримінальним судочинством (прокурора, слідчого, поліцію, суд), призначає адвокатів через професійні організації у ролі захисників

чи представників для надання юридичної допомоги, а також фінансує їхню роботу з коштів державного бюджету.

5. *Змішана модель*, яка включає в себе елементи pro bono і контрактну модель, а також інших моделей. Вона використовується в багатьох країнах, оскільки застосування лише однієї моделі, може призводити до того, що система юридичної допомоги буде стикатись з великою кількістю проблем тому, що буде виникати купа недоліків і прогалин.

Отже, дослідивши аспекти систем безоплатної правової допомоги в країнах ЄС та розглянувши основні моделі, що лежать в їхній основі, варто відзначити, що кожна з цих моделей є унікальною і призначена для вирішення конкретних ситуацій. Проте, при аналізі прикладів таких країн, як Англія та Уельс, Німеччина, Франція та інші, виявляється, що вони використовують не одну єдину систему БПД. Застосування різних моделей стає важливим, оскільки воно уникає прогалин і можливих проблем. Тому на мою думку, найбільш дієвим підходом є використання змішаної моделі. Застосування кількох різновидів моделей дозволяє уникнути виникнення недоліків та забезпечити більш ефективно здійснення безоплатної правової допомоги.

Наукова керівниця – д-р юрид. наук, професорка кафедри цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого Т. Б. Вільчик.

Література

1. Колесник Г. М., Светлічний І. В., Бурчак Л. І. Огляд систем безоплатної правової допомоги у країнах Європейського Союзу. / Вища школа адвокатури НААУ. URL: <https://www.hsa.org.ua/blog/oglyad-system-bezoplatnoyi-pravovoyi-dopomogy-u-krajinah-yevropejskogo-soyuzu> (дата звернення: 21.11.2023).

2. Вільчик Т. Б. Системи безоплатної правової допомоги у країнах Європейського Союзу. *Порівняльно-аналітичне право*. 2015. № 4. С. 414–417. URL: <https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/18770/1/414-417.pdf> (дата звернення: 21.11.2023).

3. Етичні аспекти надання адвокатом правової допомоги Pro Bono та стандартів якості надання безоплатної вторинної правової допомоги. / Безоплатна правнича допомога. URL: <https://legalaid.gov.ua/novyny/etychni-aspekty-nadannya-advokatom-pravovoyi-dopomogy-pro-bono-ta-standartiv-yakosti-nadannya-bezoplatnoyi-vtorynnoyi-pravovoyi-dopomogy/> (дата звернення: 21.11.2023).

Галета М.,

студент 2-го курсу магістратури

Навчально-наукового інституту права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка,

м. Київ, Україна

ГАРАНТІЯ АДВОКАТСЬКОЇ ТАЄМНИЦІ

Гарантія адвокатської таємниці є фундаментальною складовою правової системи України, метою цієї гарантії є забезпечення максимального ступеню довіри у відносинах між адвокатом та його клієнтом. Завдяки чому, адвокати можуть отримати детальну інформацію про всі обставини справи і як результат ефективніше захищати інтереси своїх клієнтів. Зазначена гарантія зобов'язує адвоката дотримуватися строгих правил конфіденційності, забезпечуючи недоторканність особистої та конфіденційної інформації клієнта на законодавчому рівні відповідно до ст. 22 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» [1]. Як результат особа, яка потребує правової допомоги, має впевненість, що її конфіденційна інформація не буде розголошена, чи використана проти неї.

Розуміння сутності адвокатської таємниці, традиційно є дискусійним, а дослідженню поняття «Адвокатська таємниця» присвячено велику кількість наукових праць. Так, зокрема О. С. Насадюк зазначає, що адвокат повинен зберігати всю інформацію, яка стала йому відома – це може бути інформація про обставини і факти, які були повідомлені клієнтом або нововиявлені обставини, що стали відомі адвокату у зв'язку із виконанням доручення. Окрім того, адвокат не повинен розголошувати сам факт звернення клієнта до нього, а інформація яка була отримана під час звернення клієнта може бути розголошена виключно за згодою клієнта, а також, якщо це буде потрібно на підставі закону [2, с. 36]. Адвокатська таємниця є важливою правовою гарантією, що забезпечує конфіденційність та ефективний захист прав людини.

На думку В. А. Мисливого, існують колізійні випадки, коли адвокат отримавши інформацію про готування клієнта до особливо тяжкого злочину або інформацію відповідно до якої існує загроза національній безпеці, вступає в суперечність між професійним обов'язком зберігати адвокатську таємницю та конституційним обов'язком громадянина України запобігти скоєнню таких злочинів. В. А. Мисливий зазначає, що обов'язок адвоката як громадянина у такому випадку – повідомити правоохоронним органам про злочин, що готується; Обов'язок адвоката як професіонала – зберегти адвокатську таємницю. Він наголошує, що розголошення відомостей клієнта у такому випадку буде набагато меншою шкодою, аніж шкода, яка буде заподіяна внаслідок учинення діяння, що готується [3, с. 156]. С. Л. Арія та І. Л. Петрухін дотримуються схожої думки та зазначають, що адвокат, який одержав інформацію від свого клієнта про можливий тяжкий злочин, вступає в суперечність зі своїм статусом громадянина, а розголошення адвокатської таємниці допустиме тільки тоді, коли захисник повідомив про можливий небезпечний злочин, здійснення якого можна попередити [5, с. 34; 4, с. 25].

На важливості збереження адвокатом конфіденційної інформації клієнта наголошують І. В. Бондар і Д. В. Кухнюк. Так, на думку

І. В. Бондар, досить часто трапляються випадки, коли адвокати розголошують відомості, що становлять предмет адвокатської таємниці, за відсутності будь-яких підстав для такого розголошення. Непоодинокими є випадки, коли таке розголошення відбувається навіть несвідомо. Найбільш поширеним є розголошення адвокатом предмету адвокатської таємниці під час спілкування із родиною, друзями, близькими, колегами. Таке розголошення, на перший погляд, не має негативних наслідків та взагалі ніяк не проявляється. Проте, такі дії адвоката можуть призвести до спричинення шкоди авторитетові адвокатури загалом та окремого адвоката зокрема [7, с. 11]. Д. В. Кухнюк вважає неприпустимим розголошення адвокатської таємниці за будь-яких обставин та зазначає, що під час отримання свідоцтва про право на зайняття адвокатською діяльністю адвокат приймає присягу, в якій він зобов'язується суворо зберігати адвокатську таємницю. Розголошення адвокатської таємниці, на думку Д. В. Кухнюка, є порушенням Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» та Присяги адвоката України, тому адвокатську діяльність такого адвоката може бути припинено, а видане йому свідоцтво буде анульовано [6, с. 32].

Адвокатська таємниця, яка здебільшого визначається як обов'язок адвоката зберігати конфіденційну інформацію, є засобом забезпечення довіри між клієнтом та адвокатом. Ця гарантія має великий вплив у забезпеченні свободи та відкритості відносин між адвокатом і клієнтом, дозволяючи останньому вільно обговорювати всі аспекти своєї справи без страху викриття. Адвокати, як захисники прав і свобод громадян, виконують важливу роль у забезпеченні справедливості та взаєморозуміння в суспільстві. Зберігання адвокатської таємниці відзначається не тільки як етичний обов'язок, але й як важливий гарант недоторканості правової професії, забезпечуючи надійний механізм для довіри та справедливості в рамках судових процесів. Отже, адвокатська таємниця – це не лише право, а й обов'язок, що забезпечує роботу адвоката та є визначальним у його взаємовідносинах з клієнтом, оскільки створює основу для довіри, безпеки та ефективного захисту прав громадян.

Література

1. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 03.08.2023 р. № 5076-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 27. Ст. 282.
2. Насадюк О. С. Неабсолютна таємниця. *Український адвокат*. 2013. № 10 (38). С. 113.
3. Мисливий В. А. Адвокатська таємниця. *Вісник Ужгородського національного університету. Серія Право*. 2014. № 24. Т. 4. С. 156.
4. Петрухін І. Л. Адвокат і клієнт: відносини довіри. *Адвокат*. 2013. № 1. С. 112.
5. Арія С. І. Про адвокатську таємницю. *Українська юстиція*, 2012. № 2. С. 121.

6. Кухнюк Д. В. Секрети не врятують. *Право України*. 2012. № 6. С. 103.

7. Бондар І. В. Адвокатська таємниця як гарантія конфіденційного спілкування адвоката з клієнтом. *Правова держава*. 2023. № 49. С. 11-19.

Наукова керівниця – д-р юрид. наук, доцентка кафедри нотаріального, виконавчого процесу та адвокатури, прокуратури, судоустрою Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка І. В. Бондар.

Дулюк Р.,
студент 2-го курсу магістратури
Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
м. Київ, Україна

АДВОКАТУРА В ПЕРІОД ДІЇ ПРАВОВОГО РЕЖИМУ ВОЄННОГО СТАНУ

Адвокатура в період дії правового режиму воєнного стану [1] відіграє важливу роль у забезпеченні прав і свобод громадян, збереженні законності та впровадженні принципів правової держави. В таких умовах роль адвокатів набуває особливого значення, так само як і в умовах повоєнного відновлення України адвокатура буде однією з важливих гарантій дотримання забезпечення прав громадян, потерпілих від наслідків збройної агресії [2].

Водночас, попри обставини, держава повинна гарантувати захист основоположних прав та свобод громадян. У період дії правового режиму воєнного стану можуть виникати ситуації, коли права і свободи громадян піддаються обмеженням з метою забезпечення національної безпеки. Адвокатура відіграє важливу роль у забезпеченні того, щоб ці обмеження були законними, та не перевищували необхідних меж.

В Україні існує так звана «монополія» адвокатури на представництво іншої особи в суді. Відповідно адвокатура продовжує працювати в умовах воєнного стану, вирішуючи не тільки національні питання, а й активно розвиває міжнародну взаємодію для встановлення фактів, що мають юридичне значення з метою забезпечення юрисдикційних процесів у майбутньому. Нині відомі випадки, коли адвокати колективно сприяють у фіксації фактів та зборі доказів воєнних злочинів, геноциду, порушення міжнародних гуманітарних норм у зоні проведення бойових дій та місцях проживання цивільного населення, а також представляють інтереси постраждалих від військової агресії російської федерації в міжнародних установах, готують відповідні міжнародні документи [3].

Адвокати можуть брати на себе захист прав самих військовослужбовців, які можуть опинитися під певним тиском або загрозою у воєнних умовах. Представництво та захист таких осіб на практиці має багато труднощів і перепон, порівняно з цивільними особами. Доволі поширеними є випадки, коли для надання адвокатом повної та все сторонньої допомоги клієнту військовослужбовцю потрібно для початку отримати та опрацювати відомості щодо проходження останнім служби від військової частини, оперативного командування, медичних сил. У свою чергу частина даних про проходження громадянами військової служби в період дії воєнного стану пов'язані з державною таємницею, яка є інформацією з обмеженим доступом, а отже є складності із доступом до такої інформації [4]. Оже, реалізація права на належний захист військовослужбовця адвокатом є вкрай ускладненою. Для подачі адвокатського запиту [5] на витребування інформації стосовно клієнта у визначеному законом порядку потрібно володіти інформацією про юридичну адресу суб'єкта – розпорядника даних [6]. Проте, через постійні переміщення пунктів дислокацій військових частин, медичних служб, командування, відсутності офіційних електронних засобів зв'язку, неналежного інформування самих військовослужбовців про точну нову адресу знаходження суб'єкта або засекречення таких даних, ця процедура є надзвичайно складною для реалізації.

Крім того, трапляються випадки коли для отримання матеріально відшкодування за поранення чи доведення підстав для отриманням військовим статусу учасника бойових дій [7] потрібно прямо надати витяги з документів, інформація щодо яких охороняється законом, такі як: військові накази командира, бойові розпорядження, тощо. Тобто виникає проблема, коли такі документи має право отримати лише сам військовослужбовець, а законних підстав для витребування даної інформації у адвоката немає.

Ще однією складністю є надання послуг з представництва та захисту інтересів військовослужбовців за місцем охоронюваної або закритої на час воєнного стану території [8]. Водночас право на представництво та захист повинно зберігатись, згідно Конституції України [9] на усій території України, воно не належить до категорії прав, що можуть бути обмеженими на період дії воєнного стану. До прикладу, наразі виникають ситуації коли для представництва інтересів адвокату потрібно потрапити до військової частини, тобто на територію з обмеженим доступом, однак це не завжди вдається, що свідчить про відсутність реальної можливості надати правову допомогу клієнту чи провести належну фіксацію доказів у конкретній справі.

Вважаємо, що висвітлені вище обставини потребують належного законодавчого врегулювання, зокрема через розширення у таких випадках можливостей адвоката для роботи з інформацією з обмеженим доступом, впровадження процесуального порядку доступу адвоката до

місць з обмеженим доступом шляхом зрозумілого та оперативного порядку видачі спеціальних дозвільних документів уповноваженим суб'єктом для вчинення дій на такій території, у разі виникнення потреби з надання правничої допомоги клієнту, або вчинення інших передбачених законом процесуальних дій. Звісно, що таке розширення можливостей повинно супроводжуватися відповідними обов'язками щодо збереження таємниці та охорони секретних даних спеціальних об'єктів.

Підсумовуючи, зауважимо, що у період воєнного стану адвокати є невід'ємною частиною правової системи, що відіграє ключову роль у захисті прав та свобод громадян. Саме тому якісне здійснення адвокатурою покладених на неї функцій потребує швидкого законодавчого реагування на нові виклики, що виникають під час дії правового режиму воєнного стану.

Література

1. Про правовий режим воєнного стану : Закон України від 02.06.2016 р. № 389-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 28. Ст. 250.

2. Проект Плану відновлення України. URL: https://uploads-ssl.webflow.com/625d81ec8313622a52e2f031/62c4582cc5c60da902dc9ea7_Юстиція.pdf (дата звернення: 16.11.2023 р.).

3. Українці відсуджують у Росії мільйони. Як вони їх отримують? URL: <https://glavcom.ua/publications/ukrajintsi-vidsudzhujut-u-rosiji-miljoni-jak-voni-jikh-otrimajut-909203.html> (дата звернення 16.11.2023).

4. Про державну таємницю : Закон України від 21.01.1994 р. № 3855-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 16. Ст.93.

5. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2013 р. № 5076-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 27. Ст. 282.

6. Про доступ до публічної інформації : Закон України від 13.11.2011 р. № 2939-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 32. Ст. 314.

7. Про статус ветеранів війни, гарантії їх соціального захисту : Закон України від 22.10.1993 р. № 3551-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 45. Ст. 425.

8. Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні : Закон України від 11.12.2003 р. № 1382-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 15. Ст. 232.

9. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

Наукова керівниця – д-р юрид. наук, проф., професорка кафедри нотаріального, виконавчого процесу та адвокатури, прокуратури, судоустрою Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка М. М. Стефанчук.

Конченко Н.,
студентка 6-го курсу
Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
м. Київ, Україна

ЗЛОВЖИВАННЯ АДВОКАТОМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМИ ПРАВАМИ

Постановка проблеми. Адвокати, як учасники провадження є носіями певних прав і обов'язків залежно від процесуального статусу особи. У ході своєї роботи адвокат сам обирає різноманітні тактичні засоби та способи захисту свого клієнта. Зловживанням адвокатом правом є особливим видом юридичної поведінки, яка полягає у соціально шкідливих вчинках адвоката у використанні недозволених конкретних форм у межах дозволеного законом загального тилу поведінки, що суперечить цільовому призначенню права.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до законодавства України зловживання правом застосовується ч. 3 ст. 13 ЦК України, як недопущення дії особи, що вчиняються з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах. Ці дії порушують суб'єктивні права та охоронювані законом інтереси інших осіб і можуть стати підставою для настання передбачених законом негативних наслідків. За ч. 6 ст. 13 ЦК в разі недодержання особою при здійсненні своїх прав визначених законом вимог, суд може зобов'язати її припинити зловживання своїми правами та застосувати встановлені законом наслідки [1].

Також, про зловживання процесуальними правами йдеться в нормах міжнародних актів, і в рішеннях Європейського суду з прав людини. У ст. 17 Закону України від 23.02.2006 р. № 3477-IV «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» регламентується, що суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права [2].

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. є живим інструментом, який комплексно застосовується під час захисту прав свобод та інтересів людини. Конвенційне положення ст. 17 окреслює заборону зловживання правами. Відповідно до ст. 46 Конвенції суди при розгляді адміністративних справ зобов'язані враховувати практику ЄСПЛ [3].

У правовій позиції Верховного Суду під зловживанням процесуальними правами розуміється форма умисних, несумлінних дій учасників процесу, що знаходить своє вираження, зокрема, у вчиненні дій, неспівмірних із наслідками, до яких вони можуть призвести, використанні наданих прав всупереч їх призначенню з метою обмеження можливості реалізації чи обмеження прав інших учасників провадження, перешкоджання діяльності суду з правильного

та своєчасного розгляду і вирішення справ, необґрунтованого перевантаження роботи суду [3].

Таким чином, зловживанням процесуальними правами є недобросовісна реалізація суб'єктивних прав у цивільному судочинстві з метою перешкоджання справедливому, неупередженому та своєчасному розгляду та вирішенню цивільних справ, наслідком якого є неефективність судового захисту.

Зловживаючи процесуальними правами, адвокат може досягнути результату, протилежного тому, що він очікував. Наслідки такої поведінки можуть бути несприятливими для його довірителя.

Висновки. Отже, проаналізувавши вищевикладене можна зробити висновок, що зловживанням процесуальними правами є недобросовісна поведінка адвоката, яка виходить за межі процесуального закону, форма умисних, несумісних дій, які можуть привести до негативних наслідків.

Література

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>.

2. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23.02.2006 № 3477-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15#Text>.

3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text.

4. Постанова Верховного суду від 10 вересня 2021 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99521550>.

Рецензент – канд. юрид. наук, доцент кафедри нотаріального, виконавчого процесу та адвокатури, прокуратури, судоустрою *Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка Д. Кухнюк.*

Король С.,

курсант 3-го курсу 2 групи

Інституту підготовки юридичних кадрів

для Служби безпеки України

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,

м. Харків, Україна

ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ АДВОКАТУРИ

Актуальність обраної тематики дослідження полягає у необхідності удосконалення інституту адвокатури на основі запозичення позитивного досвіду іноземних держав. Зокрема, вартими уваги є досвід правового регулювання інституту адвокатури в Німеччині та Швейцарії. Досвід цих

країн може вплинути на майбутнє адвокатури в Україні. На даний момент Україна потребує досвіду іноземних країн для покращення законодавства в усіх сферах життя людини. Адвокатура в Україні не є виключенням.

Відповідно до ч. 1 ст. 6 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокатом може бути фізична особа, яка має повну вищу юридичну освіту, володіє державною мовою відповідно до рівня, визначеного згідно із Законом України «Про забезпечення функціонування української мови як державної», має стаж роботи в галузі права не менше двох років, склала кваліфікаційний іспит, пройшла стажування (крім випадків, встановлених цим Законом), склала присягу адвоката України та отримала свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю. Згідно з параграфом 4 Федерального положення про адвокатуру до адвокатури може бути допущена тільки та особа, яка отримала кваліфікацію, що дозволяє займати посаду судді згідно Німецького закону про суддів або відповідає умовам зарахування до адвокатури згідно Закону про діяльність європейських адвокатів у Німеччині від 9 березня 2000 р. або пройшла перевірку на придатність відповідно до даного Закону. Федеральне положення про адвокатуру надає 3 альтернативних способів для того, щоб працювати в адвокатурі. Якщо кандидат бажає стати адвокатом, то він повинен пройти додаткове навчання за рахунок спеціальних фондів земельних органів влади під опікою міністерства юстиції відповідної адміністративної території. Тоді як в Україні майбутній адвокат повинен за свій рахунок оплатити навчання. Що стосується видів дисциплінарних стягнень, то в українському законодавстві передбачені 3 види стягнення, а саме попередження, зупинення права на заняття адвокатською діяльністю на строк від одного місяця до одного р. та для адвокатів України – позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю з наступним виключенням з Єдиного реєстру адвокатів України. Одночасно в законодавстві Німеччині є більш обширний перелік зокрема: попередження, догана, грошовий штраф у розмірі до двадцяти п'яти тисяч євро, заборона здійснювати представництво у певних галузях права на термін від одного до п'яти років та виключення із адвокатури. Як бачимо, в Положенні закріплено 5 видів дисциплінарних стягнень, з яких лише 3 збігаються з Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

Здійснення професійної діяльності адвокатами в Швейцарії регулюється як на рівні федерального законодавства, так і на рівні суб'єктів федерації – кантонів. З цієї причини в Швейцарії правове регулювання організації та діяльності адвокатури в кожному кантоні індивідуальне. Діяльність адвокатури в Швейцарії регламентується Федеральним законом від 23 червня 2000 «Про свободу пересування адвокатів» та певним кантональним законодавством. Здійснення адвокатської діяльності в Швейцарії пов'язане з виконанням низки умов.

Перш за все, необхідно отримати патент на заняття адвокатською діяльністю. Після отримання патенту прізвище адвоката вноситься в кантональний реєстру адвокатів. Кандидат в адвокати повинен бути дієздатний, не мати судимостей, закінчити вищий навчальний заклад за юридичною спеціальністю зі ступенем магістра, пройти річну практику в адвокатському освіту або суді. Претендент на присвоєння статусу адвоката повинен здати кваліфікаційний іспит в екзаменаційній комісії кантонального органу з нагляду за адвокатурою. Для цього необхідно мати закінчену вищу юридичну освіту, має бути щонайменше річна практика у Швейцарії і здача теоретико-практичного фахового іспиту. Дисциплінарне провадження щодо адвоката здійснюють кантональні наглядові органи. Відповідно до Закону про адвокатів відносно адвокатів застосовуються такі види дисциплінарної відповідальності, як: попередження, догана, штраф, призупинення статусу адвоката до двох років, позбавлення статусу. Унікальність Швейцарії полягає в тому, що вона є федеративною державою. Кожен кантон має свою конституцію, законодавчу владу, уряд та суд. Тому діяльність адвокатури буде різною за своєю юридичною природою.

У підсумках хочу зазначити, що Німеччина та Швейцарія – країни Європи з демократичними засадами суспільства. Для України такий практичний досвід піде на користь не лише для адвокатської діяльності, а й взагалі для судової влади. Україна має набувати досвід європейських держав, брати собі на озброєння позитивні моменти зарубіжного досвіду та удосконалювати своє законодавство, щоб підвищити імідж та індекс демократії з метою підняття авторитету на світовій арені, що й робить Україна на практиці.

Література

1. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 03.08.2023 р. № 5076 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text> (дата звернення 22.11.2023).
2. Bundesrechtliche Regelungen zur Interessenvertretung vom 1. October 2013 / Bundestag der Bundesrepublik Deutschland. Bundesrepublik Deutschland. URL: <https://unba.org.ua/assets/uploads/legislations/pologennya/bundesrechtsanwaltsordnung-ukr.pdf> (datum der Bewerbung 22.11.2023).
3. Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23.01.2023 / Die Bundesversammlung der Schweizerischen Eidgenossenschaft URL: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2002/153/de> (datum der Bewerbung 22.11.2023).

Наукова керівниця – канд. юрид. наук, старша наукова співробітниця, асистентка кафедри цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
О. В. Колісник.

Крикніцький Я.,
студент 2-го курсу магістратури
Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
м. Київ, Україна

ПОДАННЯ АДВОКАТОМ ЗАЯВИ ДО ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

Повномасштабне вторгнення в Україну значно загостило питання захисту прав людини. Важливим інструментом у даному випадку є звернення до Європейського суду з прав людини. Проте, особі досить важко самій скласти заяву та пройти доволі прискіпливу перевірку її судом. Уникнути відхилення заяви через невідповідність вимогам форми та змісту допоможе адвокат, який обізнаний щодо порядку звернення та процедури розгляду.

Так, обов'язковими умовами подання скарги до ЄСПЛ є такі: заявником вичерпано всі національні засоби юридичного захисту; заяву подано впродовж чотирьох місяців від дати постановлення остаточного рішення на національному рівні; порушено права та свободи, передбачені Конвенцією або протоколами до неї; заявник безпосередньо є «жертвою» державної або адміністративної влади; порушення прав відбулося на території держави, яка ратифікувала Конвенцію, причому порушення відбулося після ратифікації; в результаті порушення заявнику заподіяно значний збиток [1]. Зазначені вимоги визначено досить загально, проте ЄСПЛ деталізує ці положення у своїй практиці.

Чітке розуміння критеріїв прийнятності заяви є важливою складовою захисту порушеного права, адже так адвокат зможе попередити неприйняття такої заяви. Тому особі варто з самого початку звернутися за професійною допомогою. Якщо заявники вирішують не подавати самостійно заяву, а діяти за допомогою представника, як це передбачено пунктом 1 Правила 36 Регламенту Суду, тоді, відповідно до пункту 3 Правила 45 Регламенту Суду, вони зобов'язані подати письмове уповноваження, підписане за всіма правилами. Заявник повинен надати Суду підписаний ним оригінал доручення або уповноваження (пункт 3.1d Правила 47 Регламенту). Дуже важливо, щоб представники довели, що вони отримали точні і ясні інструкції від особи, що вважає себе постраждалою за статтею 34, від імені якої вони збираються виступати в Суді [2]. Дана позиція ЄСПЛ в основному спрямована на забезпечення представником у повній мірі інтересів заявників. Адвокати повинні попередньо ознайомитися із матеріалами справи, вислухати позицію клієнта та дотриматися процедури, визначеної Регламентом.

Заявник зобов'язаний вичерпати ефективні засоби правового захисту, що існують у внутрішньому правовому просторі його держави (цей критерій визначається багатьма чинниками, з яких автором пропонується виділяти

юридичний (передбачена законодавством держави судова система та кількість її рівнів) і фактичний (звернення заявника до всіх судових інстанцій, у деяких країнах це можуть бути і мировий суд, і навіть конституційний, наділений повноваженнями здійснювати перегляд рішень судів нижчих інстанцій) [3]. Адвокат повинен слідкувати за дотриманням цієї умови. При цьому, варто брати до уваги, що існують винятки з даного положення і представник повинен аналізувати ситуацію щодо достатності та ефективності національних засобів захисту.

Загалом встановлений чотиримісячний строк є суворою вимогою, дотримання якої підтверджується відповідними фактами та документами у разі подання заяви до Суду відповідно до Правила 47(f) Регламенту. Проте, враховуючи особливість і складність обставин справи, Суд компетентний зробити винятки щодо конкретної справи [3]. Адвокату варто взяти до уваги те, що строк відраховується з дати постановлення остаточного рішення у рамках вичерпання національних засобів захисту. Окрім того, ЄСПЛ у своїй практиці виокремив низку винятків із даного правила. Так, строк становить автономне правило, яке слід тлумачити і застосовувати у кожній справі для забезпечення ефективного здійснення права на індивідуальне подання заяв.

У випадку, коли немає можливості дотриматися всіх вимог прийнятності заяви, представник також може захистити права свого клієнта та забезпечити розгляд заяви у ЄСПЛ, якщо надасть переконливу аргументацію про причини невиконання цих вимог або подасть запит про вжиття термінових попередніх заходів [4]. У даному аспекті представнику варто викласти інформацію у логічному порядку та надати суду докази на підтвердження своєї позиції.

Отже, адвокат відіграє важливу роль у захисті порушеного права в ЄСПЛ. Насамперед, адвокат повинен знати та дотримуватися процедурних вимог, визначених Регламентом. Як представник особи, він повинен мати чітке розуміння критеріїв прийнятності заяви та володіти додатковою інформацією щодо них, викладеною у практиці ЄСПЛ. Адвокат повинен слідкувати за дотриманням вичерпання усіх національних засобів захисту, чотиримісячного стр. з дати постановлення остаточного рішення. Супровід адвоката при зверненні до ЄСПЛ є запорукою розгляду справи ЄСПЛ та забезпечення захисту порушеного права особи.

Література

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : Міжнародний документ від 04.11.1950 р. № 995_004. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 07.11.2023).

2. Практичний посібник щодо прийнятності заяв. URL: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Admissibility_guide_UKR (дата звернення: 07.11.2023).

3. Шевелюк Л. С. Підготовка адвокатом скарги до європейського суду з прав людини. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. С. 205–208.

4. Трушкіна А. Д. Діяльність адвоката в європейському суді з прав людини як запобіжник порушенням прав людини. 2019. URL: http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/14985/%D0%94%D0%B0%D1%80%D0%B2%D1%96%D0%BD_%D0%B6%D0%B8%D0%B2%D0%B8%D0%B9_%D1%80%D0%BE%D0%B1%D0%BE%D1%82%D0%B0.pdf? (дата звернення: 07.11.2023)

Наукова керівниця – д-р юрид. наук, доцентка кафедри нотаріального, виконавчого процесу та адвокатури, прокуратури, судоустрою Навчально-наукового інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка І. В. Бондар.

Леонович М.,
*курсант Інституту підготовки юридичних кадрів
для Служби безпеки України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
м. Харків, Україна*

ЦИФРОВІ РЕЧІ ЯК ОБ'ЄКТИ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

Інформаційні технології перетворюють звичні аспекти життя, від економіки до соціальної сфери, роблячи цифрові речі ключовими елементами сучасного суспільства. Зокрема, цифрові речі, як новий об'єкт цивільних прав, вимагає нових правових підходів до їх збереження, обробки та передачі. Проблеми приватності, кібербезпеки та власності стають злостивими викликами для національної правової системи, яка повинна забезпечити ефективний захист індивідуальних прав та свобод в умовах цифрової революції.

Верховна Рада України внесла зміни до Цивільного кодексу України [1] шляхом ухвалення Закону України від 10.08.2023 р. № 3320-ІХ «Про внесення змін до Цивільного кодексу України щодо розширення кола об'єктів цивільних прав». Оновлена редакція ст. 177 Цивільного кодексу України передбачає розширення кола об'єктів цивільних прав. Тепер вона включає різноманітні елементи, такі як речі, гроші, цінні папери, цифрові речі, майнові права, роботи та послуги, результати інтелектуальної та творчої діяльності, інформацію, а також інші матеріальні та нематеріальні блага. Порівняно із попередньою редакцією, гроші та цінні папери відтепер визначені як самостійні об'єкти, тоді до прийняття закону вони існували у складі речей.

З урахуванням внесених змін, об'єкти цивільних прав тепер можуть існувати як у матеріальному, так і у цифровому середовищі, що визначає

форму їх обігу та використання, а також особливості набуття, реалізації та припинення цивільних прав і обов'язків щодо цих об'єктів..

Нова редакція ст. 178 Цивільного кодексу визначає види об'єктів цивільних прав, які можуть бути обмежено оборотоздатні чи вилучені з цивільного обороту, а також ті, які можуть належати лише певним учасникам обороту, згідно із законом.

Окрім цього, до ЦК включена нова ст. 179-1 Цивільного кодексу, яка визначає цифрову річ як благо, що існує виключно у цифровому середовищі та має майнову цінність. Цифровою річчю вважаються віртуальні активи, цифровий контент та інші блага, які підлягають визначеному режиму відповідно до закону. Правовий статус цифрових речей визначається законом, і при відсутності конкретних положень застосовуються загальні норми Цивільного кодексу про речі.

Паралельно із цим, Верховна Рада прийняла законопроект № 6576 «Про цифровий контент та цифрові послуги», який регулює відносини між виконавцем та споживачем у сфері цифрового контенту та цифрових послуг.

Цифрові речі, як об'єкти цивільних прав, представляють унікальний аспект у сучасному цивільному обороті, визначаючи новий порядок взаємодії та правового регулювання. Їх особливість полягає в тому, що вони існують виключно у цифровому середовищі, відокремленому від матеріальної реальності. Вони підпадають під особливе законодавство, яке визначає умови їх обігу. [2, с. 90].

У цивільному праві введення поняття «цифрові речі» є важливим етапом в контексті сучасного розвитку інформаційних технологій. Однак, на мою думку, вживання поняття «цифрові речі» не є досить коректним. Така думка пояснюється тим фактом, що відповідно до цивільного права, речі є предметом матеріального світу, в той час як віртуальні активи, цифровий контент та інші блага, які тепер мають назву «цифрові речі», існують виключно у цифровому середовищі. На мій погляд, більш доречним було б використання терміну «цифровий актив».

Згідно з внесеними змінами до Цивільного кодексу України, цифрові речі визнаються об'єктами цивільних прав і підпадають певному правовому режиму. Це означає, що їх можна продавати та купувати.

Важливим аспектом є інтелектуальна власність у цифровому середовищі. З правової точки зору, програмне забезпечення, алгоритми та інноваційні технології потребують чіткого регулювання в межах цивільного законодавства. Ліцензійні та авторські права стають ключовими інструментами, які визначають відносини вланості щодо даних видів об'єктів цивільних прав. [3, с. 41-42]

Отже, узгодження правових норм та створення ефективного механізму врегулювання цифрових речей стають критичними завданнями для забезпечення сталого розвитку цивільного суспільства у цифрову еру. Правові рамки повинні бути гнучкими та адаптованими до стрімкого розвитку технологій, забезпечуючи баланс між інноваціями та

захистом основних прав та свобод людини. Цифрові речі стають не лише об'єктами технічного використання, але і об'єктами взаємодії в правовому просторі. Сучасна правова система має відповідати цим викликам, забезпечуючи ефективний захист прав та інтересів громадян у цифровому суспільстві.

Науковий керівник – канд. юрид. наук, доц., доцент кафедри цивільного права Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого О. П. Печений.

Література

1. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. №435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>.

2. Некіт К. Г. Особливості змісту та здійснення права віртуальної власності. *Часопис цивілістики*. 2019. No 32. С. 86–92.

3. Некіт К. Г. Цифрові дані та інформація як об'єкти права власності. К. Г. Некіт. *Часопис цивілістики*. 2021. Вип. 42. С. 38–43.

Лупашко К.,

*студентка 3-го курсу факультету юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
м. Харків, Україна*

БЕЗОПЛАТНА ПРАВНИЧА ДОПОМОГА В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

Розділ II Конституції України закріплює комплекс прав та свобод людини й громадянина, зокрема право на професійну правничу допомогу. До того ж така допомога, у визначених законодавцем випадках, може здійснюватися на безоплатній основі.

Порядок надання безоплатної правничої допомоги врегульовано законом України «Про безоплатну правничу допомогу» від 02.06.2011 р. № 3460-VI (далі – Закон). Закон закріплює, що безоплатна правнича допомога це допомога правничого характеру, яка забезпечується державою, а також повністю або частково надається за кошти державного бюджету, місцевих бюджетів або ж інших джерел фінансування. Тобто мова йде про надання правничих послуг, які відповідно гарантує та забезпечує держава. В Законі виділено два види безоплатної правничої допомоги: первинна правнича допомога та вторинна.

Безоплатну первинну правничу допомогу законодавець визначає як тип державної гарантії, який насамперед виявляється в повідомленні індивіда про його права, свободи та обов'язки, їх використання та виконання, поновлення прав, якщо вони зазнали порушень. Серед

правничих послуг, які реалізуються при наданні такої допомоги зазначені наступні: 1) надання правової інформації; 2) надання консультацій і роз'яснень з правових питань; 3) складення заяв, скарг та інших документів правового характеру (виняток становлять документи процесуального характеру); 4) надання допомоги в забезпеченні доступу особи до вторинної правничої допомоги та медіації [2]. Проаналізувавши зазначені види послуг можна зробити висновок, що, за загальним правилом, безоплатна правнича допомога не простежується в цивільному судочинстві. Проте, як вид первинної допомоги може надаватися інформація та/або консультація, наприклад, щодо порядку звернення до цивільного суду, структури позовної заяви, роз'яснення питань визначення розміру та сплати судового збору, визначення підсудності суду, до якого потрібно звертатись та інше.

Наступним видом безоплатної правничої допомоги є вторинна. Це також тип гарантії, що забезпечується державою. Суть даної допомоги проявляється у формуванні рівних можливостей реалізації права на доступ до суду. Розглядаючи даний вид, слід враховувати правничі послуги, які можуть отримати суб'єкти звернення. Закон визначає наступні види правничих послуг, які надаються в межах вторинної допомоги: 1) захист; 2) здійснення представництва інтересів осіб, що мають право на безоплатну вторинну правничу допомогу, в судах, інших державних органах, органах місцевого самоврядування, перед іншими особами; 3) складення документів процесуального характеру [2]. Проте не всі вищезазначені послуги надаються в цивільному процесі. Так, захист прав здійснюється в кримінальній юстиції, представництво в державних органах, органах місцевого самоврядування не тотожне представництву в цивільному процесі. Таким чином можна зробити висновок, що цивільному процесі в межах вторинної правничої допомоги надаються послуги щодо здійснення представництва інтересів осіб (зокрема, представництво осіб, що звернулися по допомогу) в судах та складання документів процесуального характеру (наприклад, заяви про скасування судового наказу, заяви про виклик свідків, клопотання про витребування, забезпечення доказів тощо).

Слід додати, що громадяни України можуть реалізувати право на безоплатну правничу допомогу в цивільному процесі не тільки під час розгляду справи в суді першої інстанції, але й в апеляційній та касаційній інстанціях. До того ж представник може вступити на будь-якій стадії в процес, а також складати процесуальні документи, тобто виокремлюють дві окремі дії: представництво та підготовка документів процесуального характеру.

Можна зробити висновок, що безоплатна правнича допомога у цивільному процесі – це діяльність професійного характеру, що забезпечується державою та полягає в наданні правничих послуг громадянам, які можуть в майбутньому стати учасником цивільного процесу (у випадку надання консультації щодо питань звернення до

суду) або вже є учасником процесу в цивільному за рахунок коштів державного, місцевого бюджету чи інших джерел фінансування.

Відповідно до Наказу Міністерства юстиції України «Про затвердження Стандартів якості надання безоплатної вторинної правової допомоги у цивільному, адміністративному процесі та представництва у кримінальному процесі» від 21.12.2017 р. № 4125/5 суб'єктами, що здійснюють контроль за реалізацією безоплатної правової допомоги в цивільному процесі є комісії, що створені радами адвокатів регіонів. за поданням відповідних центрів для здійснення цієї цілі. А також передбачено здійснення моніторингу якості надання адвокатами безоплатної вторинної правової допомоги, що забезпечується Координаційним центром з надання правової допомоги та регіональними центрами [3].

Отже, проаналізувавши вищенаведені положення законодавства, можна підсумувати, що наданню безоплатної правничої допомоги у цивільному процесі характерні певні особливості, що встановлені на рівні законодавства. Зокрема, в цивільному судочинстві яскраво проявляється саме безоплатна вторинна правнича допомога, яка втілюється в життя через такі види правничих послуг як представництво інтересів осіб, що звернулися по допомогу в цивільному суді та підготовка, складання процесуальних документів; безоплатна первинна допомога в цивільному процесі, за загальним правилом, не простежується, може проявлятися лише у вигляді надання інформації та консультацій щодо особливостей і порядку звернення до цивільного судочинства. Контроль по здійсненню безоплатної правничої допомоги в цивільному судочинстві покладений на комісії, які створені радами адвокатів регіонів.

Література

1. Конституція України від 28.06.1996. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 25 листопада 2023 р.).
2. Про безоплатну правничу допомогу : Закон України від 02.06.2011 р. № 3460-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17#Text> (дата звернення: 25 листопада 2023 р.).
3. Про затвердження Стандартів якості надання безоплатної вторинної правової допомоги у цивільному, адміністративному процесі та представництва у кримінальному процесі : наказ Міністерства юстиції України від 21.12.2017 р. № 4125/5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1554-17#Text> (дата звернення: 25 листопада 2023 р.).

Наукова керівниця – канд. юрид. наук, асистентка кафедри цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого Я. Л. Коломієць.

Марценюк І.,
студентка 3-го курсу 5-го факультету
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
м. Харків, Україна

ОСОБЛИВОСТІ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В ПЕРІОД ВОЄННОГО СТАНУ

З початком повномасштабного вторгнення країни-агресора 24 лютого 2022 р. в Україну, майже усі сфери життєдіяльності українців зазнали змін, зокрема не є винятком діяльність вітчизняної адвокатури, яка відповідно до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» є недержавним самоврядним інститутом, який покликаний забезпечувати здійснення захисту, представництва та надання інших видів правничої допомоги на професійній основі, а також самостійно вирішувати питання організації і діяльності адвокатури в порядку, встановленому цим законом [1].

Під час дії воєнного стану до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» застосовуються положення Закону України «Про правовий режим воєнного стану». Цей Закон визначає правові основи діяльності органів державної влади, інших державних органів, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ і організацій, а також прав і обов'язків громадян і юридичних осіб у період воєнного стану [2]. Війна поставила перед державою та адвокатами серйозне завдання – захистити права та інтереси громадян. Адже внаслідок бойових дій люди були змушені покидати свої домівки, втрачали роботу та майно. Це призвело до виникнення багатьох правових проблем, таких як отримання соціальних виплат, відновлення документів, компенсація за збитки, отримані внаслідок бойових дій, трудові гарантії тощо. Після початку вторгнення країни-агресора, чимало адвокатів долучилося до лав Збройних сил України та інших воєнізованих формувань, тим самим роблять вагомий внесок в майбутню перемогу, тому варто зазначити, що 03.03.2022 р. Радою адвокатів було прийнято рішення про те, що протягом дії воєнного стану, не буде підставою для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності порушення вимоги щодо несумісності проходження військової або альтернативної (невійськової) служби адвокатами, передбачена у п.2 ч.1 ст. 7 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», але це рішення не звільняє адвокатів від дотримання положень ст.7 цього закону [3].

Необхідно вказати, що воєнні дії значно спростили порядок отримання адвокатського ордеру, а саме адвокатські бюро та об'єднання тепер можуть видавати ордери без печатки юридичної особи та підпису керівника цього бюро чи об'єднання. Також на час війни, свідоцтва про право займатися адвокатською діяльністю видаються Радою адвокатів, а по закінченню воєнних дій свідоцтва такого зразка повинні бути замінені

[4]. Крім цього, спростили порядок складання кваліфікаційного іспиту, надано допуск до нього без довідки про несудимість і документів, що засвідчують володіння українською мовою. Однак, якщо особа надаватиме неправдиву інформацію про відсутність судимості або володіння українською мовою, її свідоцтво про складання іспиту та право на адвокатську діяльність буде скасоване. Причиною таких змін став факт неможливості отримати певні документи в окремих регіонах України, у зв'язку з активним веденням бойових дій. Для того, щоб надалі в межах правового поля, якісно захищати права громадян, адвокатські організації були змушені налагоджувати роботу в дистанційному форматі, зокрема за сприяння Національної асоціації адвокатів активно створювалися представництва за кордоном, це було вкрай необхідним для громадян, які вимушено покинули територію України, та потребували правничої допомоги, завдяки цьому в низці країн можна було отримати абсолютно безкоштовну допомогу та проконсультуватися з необхідних питань з адвокатом. Наразі більшість адвокатських організацій успішно відновили роботу оф-лайн та активно ведуть прийом громадян, проте залишились такі, що продовжують консультивати як фізичних так і юридичних осіб в дистанційному форматі. Також, варто пам'ятати і про адвокатів, які особисто зіткнулися з проблемами, спричиненими воєнними діями, над врегулюванням таких питань працювала опікунська рада, створена Національною асоціацією адвокатів України, саме вона відіграє важливу роль у допомозі адвокатам, які постраждали від війни. Рада була утворена 3 березня 2022 року, одразу після початку російської агресії. Вона розподіляє благодійну допомогу адвокатам та членам їхніх сімей, які втратили житло, майно, роботу або отримали поранення внаслідок бойових дій [5].

Отже, у підсумку необхідно зазначити, що на всю адвокатську систему України, як до, так і під час війни покладається величезна кількість роботи у сфері захисту громадян, їх прав та законних інтересів, незалежно від їхніх політичних поглядів, релігійних переконань чи соціального статусу. Оскільки адвокатська діяльність є основою правової системи сучасної держави, то потрібно розуміти, що усі адвокатські компанії та об'єднання наразі опрацьовують колосальну кількість справ з приводу втрати громадянами житла та роботи, юридичного оформлення допомоги на потреби армії та територіальній обороні, допомоги волонтерським організаціям тощо. Тобто адвокатська діяльність є важливою частиною громадянського суспільства, в цілому адвокати виконують функції, які є важливими як для держави, так і для приватних осіб. Під час війни адвокатська діяльність здійснюється відповідно до чинного законодавства, із урахуванням особливостей, передбачених Законом України «Про правовий режим воєнного стану». Конституція України гарантує право на професійну правничу допомогу, і це право не обмежується під час війни.

Література

1. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text> (дата звернення: 21.11.2023).
2. Про правовий режим воєнного стану : Закон України 12.05.2015 р. № 389-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text> (дата звернення: 21.11.2023).
3. Рішення щодо виконання адвокатами вимог, передбачених пунктом 2 частини 1 ст. 7 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0060871-22> (дата звернення: 21.11.2023)
4. Гільтай А. В. Діяльність адвокатури в умовах воєнного часу. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handlepdf?sequence=1&isAllowed=y> (дата звернення: 21.11.2023).
5. Оніщик Ю. В. Організаційно-правові засади діяльності адвокатури України в умовах воєнного стану. URL: <http://www.baltijapublishing.lv/omp/index.php/bp/catalog/> (дата звернення: 21.11.2023).

Наукова керівниця – канд. юрид. наук, старша наукова співробітниця, асистентка кафедри цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
О. В. Колісник.

Мізюн Р.,
студент групи 18-23м-07
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
м. Харків, Україна

ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ УЧАСТІ АДВОКАТА У ЄСПЛ

Сьогодні участь адвокатів у процедурах Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ) набуває особливого значення в контексті глобалізації та посилення міжнародного правосуддя. Цей аспект є важливим для поглиблення розуміння міжнародно-правових норм та їх впливу на національну юридичну практику. З огляду на це, розгляд практичних аспектів участі адвоката у ЄСПЛ стає ключовим для аналізу ефективності захисту прав і свобод людини. Процедурна роль адвоката в ЄСПЛ, яка охоплює підготовку та подання скарг, представлення інтересів клієнтів, а також взаємодію з судовою системою, вимагає глибокого знання не тільки міжнародного права, але й практик ЄСПЛ.

Сутність принципу захисту прав людини в праві Європейського Союзу (ЄС) відображається через юридичні засади, які гарантують невід'ємні права та основні свободи кожної особи, що перебуває на території держав-членів ЄС. Цей принцип, закріплений у статтях 2 і 6 Договору про Європейський Союз, відіграє фундаментальну роль у формуванні загальноєвропейського правового простору. Він передбачає, що всі особи, незалежно від їхнього громадянства, раси, статі, релігійних чи інших переконань, мають право на повагу своїх прав та основних свобод, що є ключовим для забезпечення універсальності прав людини [1].

Порядок звернення до Європейського Суду з прав людини (ЄСПЛ) визначений статтями 34 і 35 Європейської конвенції про захист прав людини і основних свобод. Цей процес передбачає певні ключові етапи, які необхідно виконати особі, яка бажає звернутися до суду. По-перше, особа повинна вважати себе потерпілою від порушення прав, здійсненого державою-учасницею Конвенції [2]. Далі, перед зверненням до ЄСПЛ, особа зобов'язана вичерпати всі можливі внутрішні засоби юридичного захисту. Це означає, що вона повинна скористатися всіма наявними механізмами захисту своїх прав на національному рівні, включаючи судові процеси, до того моменту, коли більше не залишається жодних ефективних засобів для вирішення її ситуації.

Крім того, звернення до ЄСПЛ має бути здійснене протягом шести місяців з моменту винесення остаточного рішення національним судом. Цей термін є критичним і вимагає точного дотримання, оскільки заяви, подані пізніше вказаного періоду, зазвичай відхиляються судом як такі, що не відповідають процедурним вимогам. У випадку, якщо ЄСПЛ констатує порушення прав людини, він має право винести рішення, яке зобов'язує державу-учасницю Конвенції вжити відповідних заходів для відновлення порушених прав потерпілого. Це може включати компенсацію, зміни в національному законодавстві або інші заходи, спрямовані на виправлення ситуації та недопущення подібних порушень у майбутньому.

На етапі подання заяви до ЄСПЛ представник здійснює не тільки організаційну діяльність, яка полягає у перевірці дотримання критеріїв прийнятності, оформленні формуляра та необхідної документації, а й слугує превентивному захисту прав свого клієнта шляхом таких дій: стежить за тим, щоб справа була визнана ЄСПЛ такою, що підлягає розгляду; запобігає подальшому порушенню державою-відповідачем прав клієнта шляхом подання заяви про анонімність; заявляє клопотання про призначення проти держави-відповідача попередніх заходів, які мають бути спрямовані на недопущення подальшого порушення державою-відповідачем прав підзахисного та інших осіб.

Адвокат відіграє ключову роль на різних стадіях судового провадження у Європейському Суді з прав людини (ЄСПЛ). Його право брати участь в усіх стадіях судового процесу, від подання заяви до

виконання рішення Суду є фундаментальним для забезпечення ефективного захисту прав людини. Розгляд справи в ЄСПЛ є складним процесом, що вимагає достатніх знань в міжнародному законодавстві.

В ході розгляду справи в ЄСПЛ адвокат має ті ж повноваження, що і заявник. Саме адвокат–представник має забезпечити належний захист прав та законних інтересів особи, яка звертається до ЄСПЛ. Важливою складовою є саме підготовка доказів для захисту прав заявника, що включає збір, аналіз та представлення доказів, які підтверджують порушення прав людини. Адвокат також має право представляти заявника в судовому засіданні, що включає подання клопотань та заперечень, а також активну участь у судових дебатах. Також адвокат може надавати консультації та допомогу заявнику у зв'язку з процесом виконання рішення, допомагаючи зрозуміти всі аспекти рішення та його наслідки. Крім того, адвокат може представляти інтереси особи що вважає себе потерпілою в переговорах з державою-учасницею Конвенції, прагнучи до ефективного виконання рішення на користь клієнта [3].

У цілому, якщо порівнювати обсяг прав і обов'язків адвоката в загальних судах України та ЄСПЛ, вони є схожими за обсягом прав і обов'язків представника під час розгляду справ. Разом з тим в ЄСПЛ обсяг прав адвоката щодо збору та подання доказів є дещо ширшим, ніж у таких судах. Зокрема, адвокат має право надавати ЄСПЛ в якості доказів письмові свідчення свідків, яких він опитав самостійно, навіть якщо їх не опитували національні слідчі, судові чи інші органи. На відміну від національних судів, під час розгляду справи в ЄСПЛ обов'язок доказувати й підтверджувати факти, які вказують на наявність порушеного права, належить заявнику, й саме представник грає найбільшу роль в процесі збирання й презентації цих доказів [4].

Проблеми застосування практики Європейського Суду з прав людини (ЄСПЛ) у практичній діяльності адвокатів мають значний вплив на ефективність захисту прав людини. Однією з основних проблем є недостатнє знання адвокатів такої практики. Це створює перешкоди для правильного та своєчасного застосування відповідних рішень і прецедентів у національній практиці. Іншою значною проблемою є відсутність єдиного підходу до застосування практики ЄСПЛ у національних судах, що призводить до неоднорідності у правовій практиці та може створювати юридичну невизначеність. Також існує відсутність ефективних механізмів виконання рішень ЄСПЛ, що ускладнює реалізацію прав людини, визнаних на міжнародному рівні.

Для вирішення цих проблем необхідно вжити ряд заходів. По-перше, важливо підвищити рівень правової освіти адвокатів у сфері захисту прав людини, забезпечуючи їм доступ до відповідних ресурсів та навчальних програм, які б проводили адвокати, що мають досвід роботи в міжнародних судах. По-друге, потрібно забезпечити єдине застосування практики ЄСПЛ у національних судах, що може бути

досягнуто через розробку чітких настанов та методичних рекомендацій. Також, важливо створити ефективні механізми виконання рішень ЄСПЛ, що забезпечать реальне впровадження рішень Суду у національне законодавство та практику.

Література

1. Договір про заснування Європейської Спільноти (Договір про заснування Європейського економічного співтовариства). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_017#Text (дата звернення: 01.12.2023).

2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (з протоколами) (Європейська конвенція з прав людини). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 01.12.2023).

3. Гончаренко С. Професійні права адвоката і гарантії адвокатської діяльності у контексті прецедентного права Європейського суду з прав людини. *Адвокат*. 2005. № 7.

4. Діяльність адвоката в Європейському суді з прав людини як запобіжник порушенням прав людини. URL: http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/14985/Дарвін_живий_робота.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Наукова керівниця – д-р юрид. наук, професорка кафедри цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого імені Ярослава Мудрого Т. Б. Вільчик.

Радковський М.,
курсант 3-го курсу
Інституту підготовки юридичних кадрів
для Служби безпеки України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
м. Харків, Україна

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ОРГАНІЗАЦІЇ ТА ДІЯЛЬНОСТІ СУДОВОЇ ВЛАДИ В УКРАЇНІ

Указом Президента України від 24.02.2022 р. №2102-ІХ було введено режим воєнного стану, у зв'язку з чим усі сфери життєдіяльності зазнали суттєвих змін.

Особливу увагу хочемо звернути на ті зміни, які відбулися у сфері судочинства. Так, відповідно до ч.1 ст. 10 ЗУ «Про режим воєнного стану» у період дії воєнного стану не можуть бути припинені повноваження суду. А згідно ч. 2 ст. 26 цього Закону, скорочення чи прискорення будь-яких форм судочинства забороняється.

Проаналізувавши зазначене, можна проглянути наміри законодавця зберегти нормальну діяльність суду навіть в таких важких умовах як збройна агресія РФ, але, як ми бачимо, на практиці виникли певні проблеми. Перша проблема, з якою стикнулася судова система, це зміна підсудності. Частина судів України станом на сьогодні призупинили свою діяльність через активні бойові дії та тимчасову окупацію частини території України. Відповідно до ст. 55 Конституції України, права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Тому постало питання, як захистити свої права, якщо суди через агресію припинили свою діяльність. Крім того, ст. 64 Конституції України вказує, що в умовах воєнного стану можуть встановлюватися окремі обмеження із зазначенням стр. дії, одночасно із регламентацією імперативного правила про виключну неможливість обмеження прав та свобод, передбачених статтями 24, 25, 27, 28, 29, 40, 47, 51, 52, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63. Внаслідок чого відповідними розпорядженнями Голови Верховного Суду «Про зміну територіальної підсудності судових справ в умовах воєнного стану», враховуючи неможливість судами здійснювати правосуддя під час воєнного стану, територіальну підсудність судових справ, що розглядались в цих судах, було змінено. До того ж, відповідними змінами до частини 7 ст. 147 ЗУ «Про судоустрій і статус суддів» від 07.03.2022 р. розширено повноваження Голови Верховного Суду. Таким чином, частина повноважень Вищої ради правосуддя передано Голові Верховного Суду. Відтепер у разі неможливості здійснення правосуддя судом з об'єктивних причин під час воєнного або надзвичайного стану, у зв'язку зі стихійним лихом, військовими діями, заходами щодо боротьби з тероризмом або іншими надзвичайними обставинами може бути змінено територіальну підсудність судових справ, що розглядаються в такому суді, за рішенням Вищої ради правосуддя, що ухвалюється за поданням Голови Верховного Суду, шляхом її передачі до суду, який найбільш територіально наближений до суду, який не може здійснювати правосуддя, або іншого визначеного суду. У разі неможливості здійснення Вищою радою правосуддя такого повноваження воно здійснюється за розпорядженням Голови Верховного Суду. Відповідне рішення є також підставою для передачі усіх справ, які перебували на розгляді суду, територіальна підсудність якого змінюється [3]. Проте не все так просто з початком відновлення роботи в цих судах на деокупованих територіях, оскільки залишається чимало проблем, адже значна кількість приміщень судів зазнали пошкоджень, а деякі з них – повністю зруйновані. Деякі суди розграбовані – зникла комп'ютерна техніка та інші матеріальні цінності.

По-друге, на мою думку, проблемними є випадки, пов'язані із впливом строків та терміном прибуття осіб до суду, тому варто за можливості відкладати розгляд справ та враховувати при цьому об'єктивну неможливість прибуття учасників до судового засідання, через збройну агресію, а також виважено підходити до встановлення

різного роду строків та продовжувати їх, щонайменше, до закінчення воєнного стану.

По-третє, дуже важливою є можливість здійснювати дистанційне проведення судових засідань у форматі відеоконференції. Таким чином відкритим залишається питання стосовно покращення вже наявного та розробленого, за часів Covid-19, механізму використання судом спеціальних засобів, що забезпечують проведення судових засідань в режимі відеоконференцзв'язку. Такий механізм проведення судових засідань в дистанційному форматі повинен був значно допомогти нормалізувати здійснення правосуддя в умовах війни, проте практика показує, що умови воєнного стану перешкоджають реалізувати права осіб на розгляд їх справи судом навіть у такий спосіб. Так, наразі в Україні відсутнє повністю безпечне місце, і щодня у кожній місцевості нашої держави лунають сирени, що в свою чергу передбачає необхідність учасників судового процесу перебувати у безпечному місці. Надалі покращення онлайн судочинства потребує нормативного, матеріального та технічного забезпечення.

Література

1. Про правовий режим воєнного стану : Закон України від 12.05.2015 р. № 389-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/389-19#Text>.
2. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#n4253>.
3. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02.06.2016 р. № 1402-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19/ed20231019#Text>.

Наукова керівниця – канд. юрид. наук, старша наукова співробітниця, асистентка кафедри цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
О. В. Колісник.

Суховецький О.,
*студент 4-го курсу, 2-ї групи факультету прокуратури
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
м. Харків, Україна*

ПРО ДЕЯКІ ПИТАННЯ ЩОДО ВРЕГУЛЮВАННЯ СПОРУ ЗА УЧАСТЮ СУДДІ

Як одним з результатів проведення судово-правової реформи в Україні та приведення національного законодавства України до міжнародних стандартів, стало ухвалення Верховною Радою України 03

жовтня 2017 р. Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів», який набрав чинності 15 грудня 2017 р. та відповідно до якого ЦПК України, ГПК України та КАС України набули нової редакції. В результаті цієї процесуальної реформації в цивільному судочинстві з'явився новий інститут – врегулювання спору за участю судді.

Звертаємо увагу на те, що в ч. 1 ст. 202 ЦПК України зазначено: «Про проведення процедури врегулювання спору за участю судді суд постановляє ухвалу, якою одночасно *зупиняє провадження у справі*» [1].

В. Ю. Мамницький надав наступне визначення зупиненню провадження у справі: «Зупинення провадження у справі — це перерва в судовому розгляді на невизначений строк у випадках, прямо вказаних у законі. Зупинення провадження у справі викликається обставинами, які перешкоджають розгляду справи по суті, але не можуть бути усунуті ні судом, ні сторонами, тобто вони не залежать від їх волі» [2, с. 609]. Верховний Суд в постанові від 29 вересня 2022 р. у справі №331/3041/15-ц надав наступне визначення: «Зупинення провадження у справі – це тимчасове припинення судом учинення *процесуальних дій під час судового розгляду* з визначених у законі об'єктивних підстав, які перешкоджають подальшому розгляду справи і передбачити усунення яких неможливо». Варто визнати, що визначення, надані в науковій доктрині та судовій практиці не суперечать одне одному, а змістовно відображають правовий характер зупинення провадження у справі. Наслідками зупинення провадження у справі є зупинення перебігу процесуальних строків, а також неможливість вчинення процесуальних дій судом до відновлення провадження у справі. Такий висновок витікає з аналізу судової практики.

Водночас у ст. 203 ЦПК України передбачений порядок проведення врегулювання спору за участю судді, який покладає на суд обов'язок здійснювати певні обумовлені законом дії, зокрема проводити відкриті та закриті наради.

Виникає питання: який характер мають дії суду під час врегулювання спору за участі судді зважаючи на те, що одночасно з початком проведення цієї примиренської процедури, провадження у справі зупиняється, а процесуальні дії здійснити неможливо? На наш погляд, видається очевидним, що такі дії мають процесуальний характер з огляду на те, що вони передбачені в ЦПК України і регулюються його нормами, а також мають бути вчинені судом, проте з вже згаданих причин проведення процедури врегулювання спору за участю судді тягне за собою порушення наслідків зупинення провадження у справі, так як вони суперечать завданням правосуддя в межах цивільного судочинства. Так, у ст. 2 ЦПК України зазначено, що завданням цивільного судочинства є справедливий, *неупереджений* та своєчасний

розгляд і вирішення цивільних справ з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави [1]. Таким чином, законодавець визначив завдання та мету цивільного судочинства, окресливши напрямок судової діяльності. При цьому реалізація завдань цивільного судочинства можлива винятково за умови застосування принципів, передбачених у ст. 2 ч. 3 ЦПК України, зокрема змагальності, диспозитивності, гласності і відкритості судового процесу тощо.

У випадку застосування процедури врегулювання спору за участю судді, суд виконує не притаманну судовій владі функцію, яка пов'язана не зі здійсненням правосуддя, а полягає в «медіативному» способі подолання юридичного конфлікту. Таким чином, ми погоджуємось з позицією професора В. В. Комарова, який влучно зауважив, що зміст правосуддя у цивільних справах повинен зводитися тільки до вирішення справ, інші функції на суди покладатися не повинні [2, с. 26].

З огляду на наявність третейського судочинства, а також процедури медіації, яка здійснюється відповідно до Закону України «Про медіацію», вважаємо інститут врегулювання спору за участю судді передчасно імплементованим в національне законодавство, а зважаючи на низький рівень довіри пересічних громадян до судової влади через який закриті наради можуть викликати сумніви щодо прозорості проведення примиренської процедури та конче непоширену практику застосування цієї процедури, переконані, що інститут врегулювання спору за участю судді є *мертвонародженим*.

В. Ю. Мамницький зазначав, що «законодавство таких країн, як Австрія, Бельгія, Казахстан, США, визначає, що здійснення процедури примирення на професійній основі можливе лише за умови, коли особа пройшла спеціальну професійну підготовку, отримала певну освіту та сертифікат щодо підтвердження навчання за відповідною програмою підготовки. У більшості європейських країн процедура, за якої роль медіатора відведено судді, у провадженні якого знаходиться справа, зазнала критики, також через те, що проведення таких процедур поряд із виконанням основних обов'язків судді може негативно впливати на якість здійснення правосуддя» [3]. Вважаємо, що дана позиція продовжує зберігати свою актуальність, тим більше з огляду на наявність вже згаданого третейського судочинства та медіації, а з огляду на те, що суддя який здійснює процедуру врегулювання спору за участю судді в подальшому може розглядати справу по суті вважаємо проведення цієї примиренської процедури шкідливим для правосуддя. Очевидним є той факт, що цей інститут гіпотетично може бути застосований виключно у справах позовного провадження.

Зважаючи на досвід держав англо-саксонської та романо-германської правової сім'ї, на законодавчу незрілість норм ЦПК України, які регулюють даний інститут, а також на низький рівень довіри до

судової влади вважаємо за доцільне виключити інститут врегулювання спору за участю судді з ЦПК України. Таким чином, розгляд цивільних справ в порядку позовного провадження набуде цілком правосудного змісту, а суд виконуватиме лише ті функції, які притаманні судовій владі.

Література

1. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18.03.2004 р. № 1618-15. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата звернення: 29.11.2023).

2. Комаров В. В., Бігун В. А., Баранкова В. В. та ін. Курс цивільного процесу : підручник / за ред. В. В. Комарова. Харків : Право, 2011. 1352 с.

3. Мамницький В. Ю., Кахнова М. Г. Врегулювання спору за участю судді: проблемні аспекти правозастосовчої практики. *Журнал східноєвропейського права*. № 64. 2019. С. 112–123.

Науковий керівник – канд. юрид. наук, доцент, доцент кафедри цивільної юстиції та адвокатури Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого В. Ю. Мамницький.

Тоток Д.,

студентка 2-го курсу, 4-ї групи

міжнародно-правового факультету

*Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
м. Харків, Україна*

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРОВЕДЕННЯ СУДОВОЇ РЕФОРМИ В УКРАЇНІ

Україна знаходиться на сучасному етапі розбудови країни, тому у державі та суспільстві в цілому постає питання щодо практичного оновлення судової системи. Це питання має велике значення як для держави, так і для суспільства в цілому. Актуальність цього завдання полягає в аналізі як практичних, так і теоретичних аспектів, пов'язаних з вдосконаленням та розвитком судової системи України. Впровадження ефективної судової реформи сприятиме демократизації судового управління, удосконаленню його організації, розширенню прав на судовий захист і забезпечить більший доступ до правосуддя.

Дослідженням цього питання займалися вчені, судді, практичні фахівці: М. Оніщук, Р. Крусян, В. Тertiшник, Н. Слободяник, Ю. Шемчушенко та інші. Наприклад, Н. Слободяник вважає, що одним із найважливіших завдань є відновлення довіри населення до судової влади, а це можливо завдяки поліпшенню якості кадрового складу судової гілки влади. Також на його думку потрібно шукати нові підходи у формуванні суддівського корпусу задля модернізації судової влади,

розширенню гарантій реалізації прав та законних інтересів людини та громадянина в суді. На думку Р. Крусян, вдосконалення суддівського корпусу повинно відбуватися в декілька етапів: очищення та оновлення суддівського корпусу, збільшення ефективності нормативно-правового механізму формування корпусу суддів, модернізація їх статусу та забезпечення стабільності [1].

Впровадження та реалізація судової реформи залежать від різноманітних факторів. У першу чергу це стосується змісту реформи, який повинен включати заходи для підвищення якості правосуддя та удосконалення управлінської діяльності. Важливими елементами є також визначення цілей реформи, аналіз політичної та соціально-економічної обстановки в країні, а також рівень правової культури населення. Проте найважливішою є управлінська діяльність, оскільки вона включає комплекс заходів, спрямованих на регулювання процесу реформування. [3]

10 жовтня 2023 р. було зареєстровано Проект Закону про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законодавчих актів України щодо удосконалення процедур судоустрійної кар'єри, що є досить суперечливим [5].

Проект закону №10140-д, який стосується внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та інших законодавчих актів України для поліпшення процедур формування кар'єри суддів, спрощує та прискорює процес відбору суддів та проведення конкурсів на посади у судах першої інстанції. Цей законопроект усуває додаткові етапи та повторні екзамени для відібраних кандидатів, значно скорочує строк навчання кандидатів з одного р. до двох місяців і передбачає, що навчання обов'язкове лише для майбутніх суддів, а не для всіх кандидатів. Втілення цих пропозицій забезпечуватиме швидке заповнення значної кількості вакантних посад і дозволить заощадити значні ресурси, які держава раніше витратила на навчання численних кандидатів, які врешті-решт не обиралися на посади суддів. При цьому варто відзначити, що цей проект не враховує ряд критичних зауважень, а деякі його положення можуть мати шкідливий вплив і становити загрозу для реалізації судової реформи у майбутньому.

Законопроект пропонує замінити ст. 87 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», яка регулює роботу Громадської ради доброчесності, десятьма новими статтями (105-1 до 105-10). Однак ці зміни, замість підсилити роль та функції ГРД у кваліфікаційному оцінюванні суддів, фактично обмежують її самостійність, узалежнюють від Вищої кваліфікаційної комісії суддів (ВККС) і скоріш за все призведуть до зменшення впливу громадськості на процеси відбору та оцінювання суддів.

Законопроект висуває пропозицію розширити частину 1 ст. 76 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», додавши другий абзац, який надає Вищій кваліфікаційній комісії суддів (ВККС) право затверджувати

порядок та методи проведення тестувань для кандидатів на посаду судді. Це дає ВККС можливість визначати, але не зобов'язує її встановлювати конкретні критерії оцінки морально-психологічних якостей, загальних здібностей, соціально-психологічних навичок та їхніх компонентів. Відсутність конкретизації може створити проблеми з тлумаченням та визначенням оцінок. Оскільки це може призвести до спекуляцій та неоднозначного розуміння результатів тестувань кандидатів, доцільно ретельно прописати деталі процесу у законі та забезпечити прозорість рішень ВККС щодо цих питань.

Згідно з частиною 9 ст. 56 закону, суддям заборонено отримувати будь-які нагороди. Проте, запропонована нова редакція цієї ст. обмежує заборону лише у випадках, коли нагорода пов'язана з виконанням суддівських обов'язків. Такий підхід у практичному використанні може легко обійтися, достатньо буде стверджувати, що нагорода не пов'язана зі суддівською діяльністю. Це може стати засобом для недобросовісних чиновників, політиків, громадських діячів та інших осіб для впливу на суддів.

Пропозиція щодо зміни частини 19 ст. 79 передбачає, що якщо під час конкурсу виявлять факти, які можуть стати основою для дисциплінарної відповідальності переможця конкурсу – судді, Вища кваліфікаційна комісія суддів України одночасно з рекомендацією про переведення цього судді буде звертатися до дисциплінарного органу. Однак такий підхід може викликати запитання, оскільки, навіть за наявності певних підстав для відкриття дисциплінарної справи, Комісія все одно робить позитивне рішення про переможця конкурсу [5].

Таким чином можна зробити висновок, що проєкт цього закону є більш ніж суперечливим і в деяких випадках може погіршити ситуацію.

Реформування було б доречно провести з урахуванням внесення змін до Основного Закону. Щодо розвитку чинних положень ч. 2 ст. 6 Конституції України, доцільно було б визначити систему органів судової влади: суди, органи суддівського самоврядування, Державна судова адміністрація України, Вища рада правосуддя, Вища кваліфікаційна комісія суддів, Національна школа суддів України [2].

Потрібно посилити гарантії незалежності КСУ, а також чітко визначити правовий статус суддів КСУ. Поліпшення організації діяльності та формування Конституційного Суду України, сприятиме забезпеченню професійності, підвищенню ефективності охорони Основного Закону, а також забезпечить захист основних прав та свобод людини.

Серед завдань судової реформи важливим є забезпечення концентрації кадрових, фінансових та матеріально-технічних ресурсів держави. Також важливим аспектом є впровадження системного та планомірного підходу до визначення стратегії діяльності судової системи в Державній програмі. Ця програма повинна включати послідовні заходи для реалізації нового закону про судоустрій, забезпечення

функціонування нових судів та реформування діяльності існуючих. Після прийняття нових законів і кодексів важливо адаптувати нормативно-правову базу відповідно до їхніх вимог [4].

Отже, вдосконалення ефективності судової системи в Україні є актуальним завданням, оскільки якісна діяльність судів визначає рівень довіри громадян до судової влади та держави в цілому. Це вказує на здатність системи захищати інтереси населення та забезпечувати справедливе застосування правосуддя. Судова реформа спрямована на подолання проблем, таких як висока завантаженість суддів, довгий час розгляду справ, корупція та неузгодженість законодавства. Мета реформи – усунення корупційних ризиків, які підривають довіру суспільства до судової системи.

Література

1. Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні. URL: <https://lexinform.com.ua/dumka-eksperta/suchasni-vyklyky-ta-aktualni-problemy-sudovoyi-reformy-v-ukrayini/>.
2. Конституція України від 28.06.1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. С. 141.
3. Ставнійчук М. Судова реформа «навиворіт». *Дзеркало тижня. Україна*. 2015. № 14.
4. Костенко О. Актуальні проблеми реформування судової системи України. *Юридичний журнал*. 2007. № 6 (60). С. 77–79.
5. Проєкт Закону про внесення змін до Закону України «Про судоустрій і статус суддів» та деяких законодавчих актів України щодо удосконалення процедур суддівської кар'єри (проєкт н.д. Д. Маслова надано 20.11.2023).

Наукова керівниця – канд. юрид. наук, доцентка кафедри кримінального процесу Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого О. О. Овсяннікова.

Хумарян А.,

студент 2-го курсу магістратури

Навчально-наукового інституту права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка,

м. Київ, Україна

ОРГАНІЗАЦІЯ ТА ДІЯЛЬНІСТЬ АДВОКАТУРИ В ІСПАНІЇ

Організація та діяльність адвокатури на території ЄС мають чіткі правила та порядок, які прописані в спеціальних законах та Конституціях країн-членів.

Позитивні досвід та положення організації та діяльності адвокатури в Іспанії можуть бути використані в Україні.

Регулювання адвокатури Іспанії регламентується Конституцією, а саме ч. 2 ст. 24, де зазначено, що «Так само кожен має право на справедливий суд, визначений законом, на захист і допомогу захисника, бути поінформованим про висунуті проти нього обвинувачення, на публічний розгляд справи без невинуватості затримки і з дотриманням усіх гарантій, на використання засобів доказування, що стосуються його захисту, не свідчити проти себе, не визнавати себе винним і на презумпцію невинуватості» [1].

Особливо слід звернути увагу на Королівський декрет №135/2021 від 2 березня 2021 р., що затверджує Загальний статут іспанської адвокатської професії, яким передбачено колегіальні організації адвокатури в Іспанії у ст. 2: «Колегіальна організація адвокатури складається з Генеральної ради адвокатури Іспанії, автономних рад та асоціацій адвокатів. Усі ці корпорації публічного права у своїй діяльності та функціонуванні підпорядковуються демократичним принципам, а також державним та автономним нормативним актам, що регулюють діяльність професійних об'єднань» [2].

Набути статус адвоката в Іспанії може особа, яка має рівень освіти не нижче ніж бакалавр, підтвердити знання іспанської мови, має бути громадянином Королівства Іспанії або громадянином держав-членів ЄС, Європейської економічної зони або третіх країн, без шкоди для положень міжнародних договорів або конвенцій і дотримання вимог, викладених у правилах імміграції, не бути засудженим за втручання в адвокатську практику протягом попередніх трьох років остаточною постановою, якщо тільки покарання, отримане на підставі цієї судимості, не була закрито, не підлягав дисциплінарному покаранню у вигляді виключення з колегії адвокатів або, у разі застосування такої санкції, не був реабілітованим, що буде підтверджено сертифікатом, виданим генеральною радою іспанської колегії адвокатів, сплатив вступний внесок.

Іспанський адвокат може здійснювати свою діяльність на всій території Королівства Іспанії та за її межами в інших державах-членах Європейського Союзу. Діяльність після прийняття присяги адвоката Іспанії має також свої жорсткі правила, особливо щодо адвокатської таємниці, реклами та надання юридичних послуг через мережу інтернет.

Особливої уваги заслуговує новела, яка пов'язана з наданням послуг через інтернет. Надання професійним юристом юридичних консультацій у режимі онлайн або через інтернет є формою професійної практики, що підпадає під дію загального статуту та правової системи.

Ідентифікацію про адвоката, який надає послугу, а також асоціацію, до якої він належить, необхідно повідомити клієнту або користувачеві до надання послуг і, в будь-якому разі, до запиту оплати будь-якої винагороди. Коли від адвоката вимагають надавати свої професійні послуги в такий спосіб, він повинен вжити необхідних заходів для

забезпечення професійної таємниці та отримати від клієнта достатню акредитацію своєї особи та решти інформації, що дасть йому змогу уникнути конфлікту інтересів і надати заявнику відповідну консультацію.

Конфіденційні повідомлення необхідно надіслати в зашифрованому вигляді та з електронним підписом, якщо це дозволяють обставини клієнта. Послуги вважатимуться наданими за місцем територіальності суду у разі вчинення судової дії, а у випадку надання консультації – за місцем реєстрації адвоката.

Адвокати є незалежними, щодо них не допускається зовнішній контроль, вплив, тиск, заінтересована підтримка під час виконання професійних обов'язків. Для забезпечення незалежності адвокати повинні, зокрема, утримуватися від участі в справах, у яких їхні подружжя або родичі є членами судового органу [3].

Рекламу діяльності адвоката на території Іспанії дозволено, проте є певні обмеження. Реклама, здійснювана юристами, в усіх випадках поважатиме незалежність, свободу, гідність і чесність як основні принципи та найвищі цінності професії, а також професійну таємницю.

Література

1. Constitución Española : Constitución of 27.12.1978 : as of 27 October 2017. *Boletín Oficial del Estado*. 1978. 29 December. URL: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>.

2. Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española : Real Decreto of 02.03.2021 no. 135/2021. *Boletín Oficial del Estado*. 2021. 24 March. URL: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2021-4568>.

3. Руденко М. В. Організаційні форми адвокатської діяльності у країнах Європи (Німеччина, Швеція, Австрія). *Форум права*. 2016. № 2. С. 168–174. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2016_2_27.

Науковий керівник – канд. юрид. наук, доцент кафедри нотаріального, виконавчого процесу та адвокатури, прокуратури, судоустрою Київського національного університету імені Тараса Шевченка О. С. Снідевич.

Яковлєва А.,

студентка 6-го курсу

Юридичного інституту

Київського національного економічного університету,

м. Київ, Україна

ПРОБЛЕМАТИКА НОРМАТИВНО-ПРАВОВИХ АСПЕКТІВ В ПИТАННІ РОЗГЛЯДУ ДИСЦИПЛІНАРНИХ СКРАГ НА ДІЇ АВОКАТІВ

В розрізі інтеграції України до Європейського Союзу та подолання корупції українське законодавство піддається різким змінам. Судова реформа набуває нових обертів, проводяться постійні перевірки в прокуратурах, органах по боротьбі з корупцією, народних депутатів притягують до кримінальної відповідальності, а суспільство прагне змін в системі. Однак, у випадку, якщо суддівство та сторона обвинувачення цікава суспільству, адже це, безпосередньо, торкається їх, то адвокатура, здебільшого, цікава лише практикуючим юристам та самим адвокатам. Тому й гостре питання реформи адвокатури в цілому лишається на задньому плані.

В цій статті звернено увагу на, здавалося б, неприбутковий інститут адвокатури, який вимагає сплат за розгляд дисциплінарних скарг відносно адвокатів.

Статтею 58 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» врегульовано фінансове забезпечення органів адвокатського самоврядування.

Згідно з ч. 1 вказаної статті, утримання органів адвокатського самоврядування може здійснюватися за рахунок:

- 1) плати за складання кваліфікаційного іспиту;
- 2) щорічних внесків адвокатів на забезпечення реалізації адвокатського самоврядування;
- 3) відрахувань кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури на забезпечення діяльності Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури;
- 4) добровільних внесків адвокатів, адвокатських бюро, адвокатських об'єднань;
- 5) добровільних внесків фізичних і юридичних осіб;
- 6) інших не заборонених законом джерел.

Приписами ст. 36 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначено процедуру ініціювання питання про дисциплінарну відповідальність адвоката.

Так, ст. 36 вказаного Закону передбачено, що право на звернення до кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури із заявою (скаргою) щодо поведінки адвоката, яка може бути підставою для дисциплінарної відповідальності, має кожен, кому відомі факти такої поведінки.

Однак, за подачу скарги на неправомірні дії адвокатів Кваліфікаційно-дисциплінарні палати вимагають сплати за організаційно-технічне забезпечення з розгляду скарги. Окрім цього, як на мене, сума сплати є досить завищеною, адже плата за внесення кваліфікаційно-дисциплінарними комісіями адвокатури регіонів відомостей до Реєстру дисциплінарних проваджень складає один прожитковий мінімум для працездатних осіб, встановлений законом на день подання заяви (скарги) щодо поведінки адвоката, яка може мати наслідком його дисциплінарну відповідальність. Станом на 2023 р. така сума складає 2

684 грн, що, як на мене, для багатьох є досить великою сумою, особливо для незахищених верств населення.

Хочу навести змодельовану ситуацію, яка, нажаль, буває досить частою в практиці недоброчесних адвокатів.

До адвокатів часто звертаються особи з досить незахищеної групи населення, такі як пенсіонери або сироти(в період військового часу, нажаль, таких випадків стало більше), які стали потерпілими внаслідок незаконної діяльності, до прикладу, банків, де вони колись оформлювали кредит, який вже сотні раз перепродавався, та зараз їх зобов'язують покинути їхню квартиру, хоча договори є чинним, або ж коли виникає питання переоформлення майна чи вступу у спадщину. Зокрема, такі випадки є поширеними серед звичайного населення, і, найчастіше, з такими проблемами йдуть до адвокатів. Адвокат в свою чергу обіцяє вирішення проблеми, розповідає яка була на його досвіді практика, та озвучує суму грошей. Ні для кого не являється секретом, що робота адвоката є досить високооплачуваною, та, для більшості людей, гонорар за роботу адвоката не являється тою сумою, яку вони можуть спокійно віддати за вирішення тої чи іншої проблеми. Однак, страх та невідомість змушує людей звернутись до адвокатів, які не завжди добросовісно виконують свої зобов'язання за договором про надання правової допомоги.

Чому я навела саме таку ситуацію? Ситуації з банками, кредитами та виконавчими службами є досить поширеними, і адвокати цим користуються. Вони прекрасно знають, що, здебільшого, такі справи не вирішуються протягом декількох місяців, а це означає, що типові справи, які не потребують особливих навичок, а чисто копіювання позовної заяви зі зміненими даними, та затягування розгляду справи на роки, це збільшення гонорару та не завжди позитивний результат, хоча на першій консультації адвокат обіцяє зовсім інакше вирішення питання.

Саме такі ситуації спонукають людей звертатись до різних органів, в тому числі і до Кваліфікаційно-дисциплінарних комісії адвокатури зі скаргами на неправомірну роботу адвоката. І тут виникає наступна ситуація: людина, яка віддала всі свої гроші на адвоката, повинна платити за те, щоб відновити справедливість.

Звичайно, є категорії осіб, які звільнені від плати за організаційно-технічне забезпечення з розгляду скарги, однак не завжди довідка про неотримання доходів являється достатнім аргументом задля звільнення від сплати, та не завжди члени КДКА того чи іншого регіону приймають документи, що підтверджують звільнення від сплати.

Питання щодо рішення РАУ про сплату за організаційно-технічне забезпечення з розгляду скарг є досить спірним, адже кожне таке рішення було скасовано судом з відповідною аргументацією.

Рада адвокатів України, приймаючи рішення, яким встановила для фізичних і юридичних осіб (які не є адвокатами чи адвокатським об'єднаннями) обов'язок платити за організаційно-технічне забезпечення

розгляду заяв (скарг) до кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури регіону та ВКДКА, вийшла за межі повноважень, установлених Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

На цьому наголосив Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду у постанові від 15 травня 2023 р. у справі № 640/17743/20.

Слід зазначити, що це не перше рішення РАУ про встановлення такої плати, яке скасовує суд.

Попередньо постановою від 21 грудня 2020 р. у справі № 816/2353/17 КАС ВС вже визнавав нечинним аналогічне рішення РАУ від 23 вересня 2017 р.

Таким чином, громадянин звернувся в суд з позовом до НААУ, в якому просив визнати протиправним і нечинним з моменту прийняття рішення Ради адвокатів України № 37 від 18 червня 2020 р.

Також він просив зобов'язати РАУ України утриматися від вчинення певних дій, а саме встановлення плати у будь-якому вигляді за подання заяв (скарг) щодо адвоката до кваліфікаційно-дисциплінарних комісії та до Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури.

Окружний адміністративний суду м. Києва частково задовільнив позов та визнав протиправним і нечинним оспорюване рішення РАУ.

Вказане рішення скасував Шостий апеляційний адміністративний суд та відмовив у задоволенні позову повністю. Водночас суд зважав на те, що позивач не був суб'єктом правовідносин, у яких буде застосовано цей акт, тобто він безпосередньо не звертався зі скаргою на адвоката, а його доводи ґрунтуються на припущеннях такого звернення в майбутньому¹.

КАС ВС частково задовільнив касаційну скаргу громадянина та скасував постанову апеляційного суду, а рішення окружного адміністративного суду залишив у силі.

КАС ВС вважає, що, встановлюючи плату за організаційно-технічне забезпечення розгляду заяв (скарг) щодо поведінки адвоката, Рада адвокатів України обмежила передбачене ч. 1 ст. 36 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» право громадян та юридичних осіб на звернення до кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури із заявою (скаргою) у разі невиконання або неналежного виконання адвокатом своїх професійних обов'язків, розголошення адвокатської таємниці тощо, що безпосередньо пов'язано з правом осіб на професійну правничу допомогу, гарантовану Конституцією України.

В контексті реалізації законодавчих гарантій, запроваджених Законом України «Про звернення громадян», який поширюється на спірні правовідносини в частині права кожного на безоплатне звернення до суб'єктів владних повноважень (суб'єктів публічних відносин) із відповідною заявою, установлення такого процедурного обмеження, як плата за організаційно-технічне забезпечення розгляду (заяв) скарг щодо поведінки адвоката, нівелює саму суть права особи на звернення.

«З огляду на викладене Верховний Суд доходить висновку про те, що рішення Ради адвокатів України № 37 від 18.06.2020 р. «Про встановлення плати за організаційне забезпечення розгляду заяв (скарг) до кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури та до Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури» є нечинним з моменту його прийняття», – констатував КАС ВС².

РАУ не запиняється на скасуванні їх рішень, кожного разу вони приймають нове – аналогічне попередньому. І нові відмови у прийнятті скарг до розгляду не змінюються – відсутність сплати за організаційно-технічне забезпечення з розгляду скарги, навіть попри аргументацію у вигляді рішення судів про скасування Рішення РАУ.

Найцікавіше те, що зазначена сплата не повертається у випадку відмови відкриття дисциплінарної справи відносно адвоката, що, як на мене, є порушенням права особи з огляду на наступне.

В п. 3.1 Рішенні РАУ № 37 Про встановлення плати за організаційне забезпечення розгляду заяв (скарг) до кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури та до Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури вказано, що особи, які мають відповідні пільги щодо сплати судового збору та визначені Законом України «Про судовий збір». Тобто, РАУ не заперечує проти того факту, що Рішення РАУ №37 було створено на основі Закону України «Про судовий збір».

Пунктом 6 зазначеного Рішення РАУ вказано, що у разі відмови або відкликання своєї заяви (скарги) заявником (скаржником) після внесення плати за організаційне забезпечення розгляду заяви/скарги, така плата не повертається.

В той же час, відповідно до ст. 7 Закону України «Про судовий збір», сплачена сума судового збору повертається за клопотанням особи, яка його сплатила за ухвалою суду в разі:

- зменшення розміру позовних вимог або внесення судового збору в більшому розмірі, ніж встановлено законом
- повернення заяви або скарги;
- відмови у відкритті провадження у справі в суді першої інстанції, апеляційного та касаційного провадження у справі;
- залишення заяви або скарги без розгляду (крім випадків, якщо такі заяви або скарги залишені без розгляду в зв'язку з повторним неприбуттям або залишенням позивачем судового засідання без поважних причин та неподання заяви про розгляд справи за його відсутності, або неподання позивачем витребуваних судом матеріалів, або за його заявою/клопотанням;
- закриття (припинення) провадження у справі (крім випадків, якщо провадження у справі закрито у зв'язку з відмовою позивача від позову, і така відмова визнана судом), у тому числі в апеляційній та касаційній інстанціях.

Тобто, проводячи аналогію між Законом України «Про судовий збір» та Рішенням РАУ № 37 вбачається, як на мене, порушення Рішенням

РАУ права особи на повернення грошових коштів у випадку відмови у розгляді дисциплінарної скарги, що за аналогією з судовим процесом – не є забороненим.

Внутрішній бюджет органів адвокатського самоврядування складається із внесків самих адвокатів, які є частиною інституту адвокатури. Обов'язок сплати за розгляд скарги на дії адвоката є порушенням права на звернення з такою скаргою, адже це обмежує право на звернення всіх громадян.

З урахуванням наведеного, вважаю, що нормативно-правові акти, що регулюють порядок звернення до КДКА зі скаргою на дії адвоката, є такими, що не відповідають принципам верховенства права та загальним правовим засадам. Вони обмежують право на звернення за захистом своїх прав всіх громадян, що є недопустимим елементом в розрізі інтеграції України до Європейського союзу та подолання корупції.

Література

1. КАС ВС вчергове визнав нечинним рішення РАУ про встановлення плати за організаційне забезпечення розгляду заяв (скарг) на адвокатів, 08.06.2023 16:04. URL: <https://pravo.ua/kas-vs-vcherhove-vuznav-nechynnym-rishennia-rau-pro-vstanovlennia-platy-za-orhanizatsiine-zabezpechennia-rozhljadu-zaiav-skarh-na-advokativ/>.

2. Рішення РАУ № 37 «Про встановлення плати за організаційне забезпечення розгляду заяв (скарг) до кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури та до Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури». URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/rishennya/2020-06-18-r-shennya-rau-37_5ef4903adf787.pdf.

3. Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 15 травня 2023 р. у справі № 640/17743/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110861200>.

4. Про судовий збір : Закон України від 08.07.2011 р. № 3674-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3674-17#Text>.

Наукова керівниця – канд. юрид. наук, доцентка кафедри приватного права Київського національного економічного університету О. К. Нямсенко.

Електронне наукове видання

**АДВОКАТУРА УКРАЇНИ:
СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ**

**Збірник матеріалів
V Міжнародної науково-практичної конференції
м. Харків, 14 грудня 2023 р.**

**ADVOCACY OF UKRAINE:
CURRENT STATE AND DEVELOPMENT PROSPECTS**

**Proceedings
of the 5th International Scientific and Practical Conference
Kharkiv, 14 December 2023**

Сайт: <https://nauka.nlu.edu.ua/nauka/vnd/zbirnyky-naukovyh-konferenczij/>

Видається в авторській редакції

Мови видання: українська, англійська, німецька

Відповідальна за випуск д-р юрид. наук *Т. Б. Вільчик*

Комп'ютерне макетування *А. Г. Якиної*

Оприлюднено через мережу Інтернет 09.02.2024 р.
Формат 60x84¹/₈. Обл.-вид. арк. 18,25 (3,52 МБ).

Національний юридичний університет
імені Ярослава Мудрого
Редакційно-видавничий відділ наукових видань
Україна, 61024, м. Харків, вул. Пушкінська, 77, к. 518
тел. (057) 704-89-16
e-mail: epdsp@nlu.edu.ua, niksor@ukr.net

Свідоцтво
про внесення суб'єкта видавничої справи до державного реєстру видавців,
виготовлювачів і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 7560 від 28.12.2021 р.