



Мінас Аракелян

доктор юридичних наук, професор,
заслужений юрист України,
перший проректор Національного університету
“Одеська юридична академія”
(Одеса, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-3797-5405>
Researcher ID: <http://www.researcherid.com/rid/AAD-5289-2019>
pro-rector@onua.edu.ua

DOI: 10.33498/lopu-2019-12-113

УДК 347.965.43(477)

АДВОКАТУРА У МЕХАНІЗМІ НАДАННЯ ПРОФЕСІЙНОЇ ПРАВНИЧОЇ ДОПОМОГИ (ДО ПИТАННЯ ПРО СКАСУВАННЯ АДВОКАТСЬКОЇ МОНОПОЛІЇ)

АНОТАЦІЯ. Найважливішим чинником оптимізації адвокатської діяльності є формування нормативної бази, яка визначає стратегію розвитку правової системи і спрямована на зміцнення правозахисної діяльності сучасної української держави. Сучасний етап право- та державотворення в Україні потребує нового правового обґрунтування діяльності адвокатури.

Метою статті є розгляд права людини на правничу допомогу та визначення місця адвокатури у механізмі його реалізації у контексті дискусії щодо скасування адвокатської монополії.

Право на правничу допомогу є фундаментальним правом, яке забезпечує право на правосуддя і, відповідно, на справедливий судовий розгляд. Джерела закріплення міжнародно-правових стандартів доступу до правосуддя можна класифікувати за двома критеріями: а) ступенем обов'язковості – імперативні (норми міжнародних договорів, рішення Європейського суду з прав людини) і диспозитивні, тобто рекомендаційні (акти органів міжнародних організацій – резолюції Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй, рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи); б) ступенем поширеності – універсальні, прийняті на рівні міжнародного співтовариства, і регіональні. У цих джерелах передбачається обов'язкова участь захисника (адвоката) як представника лише у межах кримінального судочинства, щодо представництва адвокатів в інших юрисдикціях такої імперативної норми не міститься.

Внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) у 2016 р. запровадило в Україні адвокатську монополію, що спричинило неоднозначну оцінку доцільності цього кроку. Найбільш важливими аргументами на користь її скасування є: звуження реалізації права доступу до суду; відсутність необхідної кількості адвокатів; бюрократизація процесу набуття статусу адвоката, що призвело до збільшення вартості їхніх послуг; суперечність нормам міжнародного права, які передбачають право особисто або через вільно обраного на власний розсуд захисника з числа юрис-

© Мінас Аракелян, 2019

Мінас Аракелян

тів, які можуть надати ефективний правовий захист, реалізувати право доступу до правосуддя.

З метою оптимізації механізму отримання професійної правничої допомоги нещодавно запропоновано зміни до законодавства України щодо скасування адвокатської монополії, що є позитивним кроком, спрямованим на розширення доступу до правосуддя широких верств населення для захисту своїх прав і свобод. Виключне право адвоката здійснювати захист залишено лише у кримінальному судочинстві, що є виправданим, оскільки адвокатська діяльність у цій сфері є вельми специфічною, відмінною від захисту прав особи у некримінальних сферах судочинства. Як правило, адвокати у кримінальних справах спеціалізуються лише на цьому напрямі, що сприяє формуванню професійних практичних навичок, а це, зі свого боку, забезпечує більш ефективний правовий захист свого клієнта. При цьому слід наголосити, що у разі участі у кримінальному провадженні кількох захисників, один із них має бути адвокатом обов'язково, а інші – лише юристами.

Ключові слова: правнича допомога; професійна правнича допомога; адвокатура; адвокатська діяльність; захист прав людини; адвокатська монополія.

У період зміни акцентів політичного і правового розвитку, заснованого на людиноцентристському підході щодо модернізації інститутів держави та правової системи, базовим орієнтиром правової політики української держави є визнання людини головною цінністю права, пріоритету її прав і свобод у сукупності з державними гарантіями їх захисту, а також закріплення відповідних обов'язків держави щодо їх забезпечення. Ефективна правова політика держави в цьому напрямі забезпечується створенням правозахисного механізму, спрямованого на їх реалізацію, в якому визначальною ланкою є адвокатура.

Найважливішим чинником оптимізації адвокатської діяльності є формування нормативної бази, яка визначає стратегію розвитку правової системи і спрямована на зміцнення правозахисної діяльності сучасної української держави. Сучасний етап право- та державотворення в Україні потребує нового правового обґрунтування діяльності адвокатури. Реформування інституту адвокатури за допомогою прийнятих останніми роками нормативно-правових актів (законів “Про адвокатуру та адвокатську діяльність” (далі – Закон про адвокатуру)¹, “Про безоплатну правову допомогу”², Кримінального процесуального кодексу України) – важливий етап на шляху демократизації української держави і суспільства та створення ефективної системи правничої допомоги. Гарантувавши на конституційному рівні право будь-кому на професійну правничу допомогу (ст. 59), прийнявши відповідні нормативно-правові

www.pravoua.com.ua

¹ Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 5 липня 2012 р. № 5076-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 27. Ст. 282.

² Про безоплатну правову допомогу: Закон України від 2 червня 2011 р. № 3460-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 51. Ст. 577.

акти, держава офіційно визначила і поширила сферу функціонування адвокатури, підвищила її соціальний статус у суспільстві. Однак потреба в удосконаленні механізму надання професійної правничої допомоги та визначенні місця адвокатури у ньому не втратила актуальності. Так, тривають дискусії з приводу визначення ролі та місця адвокатури у суспільстві, залишається дискусійним питання допустимості втручання держави в діяльність адвокатури, зміцнення гарантій її незалежності³. До основних проблем регулювання адвокатської діяльності в Україні також відносять

невідповідність українського законодавства міжнародним стандартам у галузі надання кваліфікованої юридичної допомоги, відсутність механізму реалізації принципу рівності сторін у суді, відсутність правового регулювання діяльності адвокатів на території інших держав, наявність певної залежності адвокатських утворень від діяльності органів державної влади, брак самостійного, корпоративного регулювання адвокатських утворень⁴.

Мабуть, однією з найбільш резонансних законодавчих новел у цій сфері є законопроект “Про внесення змін до Конституції України (щодо скасування адвокатської монополії)” (далі – Законопроект)⁵, внесений Президентом України на розгляд Верховної Ради України з метою скасування адвокатської монополії. Отже, нині залишилися невирішеними чи суперечливими деякі важливі питання функціонування адвокатури, що актуалізує їх подальші наукові дослідження.

Метою дослідження є розгляд права людини на правничу допомогу та визначення місця адвокатури в механізмі його реалізації у контексті дискусії щодо скасування адвокатської монополії.

Правнича правова допомога як фундаментальне право людини у контексті принципу доступу до правосуддя

Правнича допомога є ключовим компонентом у забезпеченні доступу до правосуддя. У юридичній літературі в контексті конституційного права вживаються два поняття: “доступ до правосуддя” і “доступність правосуддя”. Необхідно погодитися з О. Михайленко, що

³ Т Вільчик, ‘Реалізація принципу незалежності професійної діяльності адвокатів у взаєминах з державною владою’ [2014] 11(2) Вісник Академії адвокатури України 63.

⁴ К Коваль, ‘Щоб залишитися на місці в мінливому світі, треба весь час йти вперед’ *Юридичний вісник України* (2-8 лютого 2018 № 5) 4.

⁵ Проект Закону про внесення змін до Конституції України (щодо скасування адвокатської монополії) від 28 серпня 2019 р. <https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=66242> (дата звернення: 20.10.2019).

Мінас Аракелян

поняття “доступ до правосуддя” і “доступність правосуддя” доцільно розрізняти: доступ необхідно пов’язувати з відповідним дозволом тих, від кого залежить надання можливості звернутися до правосуддя для захисту своїх прав, свобод та законних інтересів; доступність правосуддя є однією з основ доступу до правосуддя, тобто це можливість усіх охочих вільно і без перешкод на рівних умовах використовувати цей інститут для забезпечення своїх прав і законних інтересів⁶.

Доступність правосуддя також визначають як:

певний стандарт, який відображає вимоги справедливого та ефективного судового захисту, що конкретизується у судовій юрисдикції, належних судових процедурах, розумних термінах і безперешкодному зверненні будь-якої особи до суду⁷;

стан організації судової системи та юрисдикційної діяльності суду в демократичному суспільстві, який задовольняє потребу суспільства у вирішенні юридично значущих справ і відповідає закріпленям у міжнародно-правових актах вимогам⁸.

Міжнародно-правові стандарти доступу до правосуддя (доступності правосуддя) визначаються як сукупність міжнародно-правових принципів і норм, що містять положення з цих питань. В аналітичній записці “Доступ до правосуддя: правовий захист та правова допомога”, підготовленої у 2006 р. Програмою розвитку Організації Об’єднаних Націй (далі – ООН), про доступ до правосуддя зазначено – це ‘здатність людей шукати і отримувати засоби правового захисту через офіційні або неформальні інститути правосуддя і відповідно до стандартів у сфері прав людини, а також як основа захисту прав людини’⁹.

Джерела закріплення міжнародно-правових стандартів доступу до правосуддя можна класифікувати за двома критеріями: а) ступенем обов’язковості – імперативні (норми міжнародних договорів, рішення Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ)) і диспозитивні, тобто рекомендаційні (акти органів міжнародних організацій – резолюції Генеральної Асамблеї ООН, рекомендації Комітету Міністрів Ради Європи); б) ступенем поширеності – універсальні, прийняті на рівні міжнародно-

www.pravoua.com.ua

⁶ О Михайленко, ‘Про систему елементів доступності громадян до правосуддя’ (2007) 3 Вісник Академії прокуратури України 40.

⁷ Н Сакара, ‘Належна судова процедура як елемент доступності правосуддя’ (2004) 3 Юридична Україна 63.

⁸ О Овчаренко, *Доступність правосуддя та гарантії його реалізації* (Право 2008) 9-10.

⁹ *Access to Justice: Legal Defence and Legal Aid. Criminal Justice Assessment Toolkit* (United Nations 2006) <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/cjat_eng/4_Legal_Defence_and_Legal_Aid.pdf> (accessed: 20.10.2019).

го співтовариства, і регіональні. Право на справедливий суд і право на доступ до нього передбачені окремими міжнародно-правовими актами і практикою ЄСПЛ. Вони належать до процесуальних прав-гарантій, закріплених на національному конституційному рівні, забезпечення яких багато в чому покладається на державу. Це проявляється в активних діях, спрямованих на створення конкретних механізмів гарантування цього права, та в утриманні від дій, які можуть створювати правові перешкоди з його реалізації.

За своєю суттю право доступу до правосуддя, право на отримання кваліфікованої правничої допомоги, право обвинуваченого на захист, презумпція невинності, як зауважує І. Шумак, – це процесуальні права людини, які є одночасно і правами-гарантіями конституційно-правового статусу людини та громадянина¹⁰.

Нормативно-правове та доктринальне тлумачення змісту поняття “правнича допомога”

Необхідно зазначити, що у законодавстві України поняття “професійна правнича допомога” з’явилося після внесення змін до Конституції України у 2016 р., до того в Основному Законі вживався термін “правова допомога”. Нові редакції процесуальних кодексів 2017 р. також містять поняття “правнича допомога” на противагу попередньому – “правова допомога”. Щодо оперування поняттям “правнича допомога” (“професійна правнича допомога”) у законах, то сама назва Закону України “Про безоплатну правову допомогу”¹¹ вказує на відповідне слововживання, профільний Закон “Про адвокатуру та адвокатську діяльність”¹² містить поняття “правова допомога”, а Закон України “Про судоустрій і статус суддів” (далі – Закон про судоустрій)¹³ – “професійна правнича допомога”.

У Принципах та керівних положеннях ООН, що стосуються доступу до юридичної допомоги в системах кримінального правосуддя, правничу допомогу визначено як “юридичну консультацію, допомогу чи представництво для осіб затриманих, заарештованих або ув’язнених, підозрюваних або звинувачених у скоєнні кримінального злочину, а також для потерпілих і свідків”¹⁴. Хоча цей документ стосується правничої до-

¹⁰ І Шумак, ‘Громадянські права і свободи людини за Конституцією України’ (дис канд юрид наук, 2000) 83.

¹¹ Про безоплатну правову допомогу (н 2).

¹² Про адвокатуру та адвокатську діяльність (н 1).

¹³ Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.

¹⁴ United Nations Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems: United Nations Resolution A/RES/67/187 of March 28, 2013 <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UN_principles_and_guidelines_on_access_to_legal_aid.pdf> (accessed: 20.10.2019).

Мінас Аракелян

помоги у контексті кримінального правосуддя, цілі такої діяльності набагато ширші й охоплюють усі сфери правосуддя. Враховуючи цю обставину, у Глобальному звіті ООН щодо стану надання правничої допомоги в усьому світі, опублікованому у 2016 р., визначення цього поняття більш ширше за обсягом і включає

послуги, які надаються юристами у кримінальних, цивільних та адміністративних справах юридичним та фізичним особам, при цьому акцентується увага на бідних, маргінальних або інших особах, які функціонально обмежені та потребують особливого правового захисту. Надання правничої допомоги передбачає надання юридичних консультацій, представництво в судах чи державних установах, допомогу в складанні документів, позовів, заяв, посередництво тощо, а також концепцію правової освіти, доступ до правової інформації та інші послуги, які надаються особам через альтернативні механізми розв'язання спорів та у процесі відновного правосуддя¹⁵.

Визначення правничої допомоги міститься у Законі України “Про безоплатну правову допомогу” 2011 р. як діяльності з ‘надання правових послуг, спрямованих на забезпечення реалізації прав і свобод людини і громадянина, захисту цих прав і свобод, їх відновлення у разі порушення’¹⁶. У процесуальному законодавстві України здійснення правничої допомоги з представництва пов’язується виключно з адвокатами, які надають професійну правничу допомогу (наприклад, ст. 16 Господарського процесуального кодексу України (далі – ГПК України)¹⁷).

Щодо співвідношення понять “правнича допомога” і “професійна правнича допомога” слід зазначити, що вони співвідносяться як загальне та особливе, ‘як родове і видове, останнє відображає властивості суб’єкта надання (освіта, стаж роботи тощо) і міру якості його діяльності’¹⁸, оскільки перше з них є складним поняттям. А. Джуська професійну правничу допомогу визначає як

гарантовану Конституцією України, іншими нормативно-правовими актами можливість фізичної особи отримувати (на оплатній чи безоплатній основі) послуги від адвоката, що полягає у вирішенні проблемної

¹⁵ *Global Study on Legal Aid (GSLA) – Global Report* (United Nations Office on Drugs and Crime 2016) 8-9 <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/LegalAid/Global_Study_on_Legal_Aid_-_FINAL.pdf> (accessed: 20.10.2019).

¹⁶ Про безоплатну правову допомогу (н 2).

¹⁷ Господарський процесуальний кодекс України: Закон України від 6 листопада 1991 р. № 1798-XII <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12>> (дата звернення: 11.10.2019).

¹⁸ Т Вільчик, ‘Адвокатура як інститут реалізації права правову допомогу: порівняльно-правовий аналіз законодавства країн Європейського Союзу та України’ (автореф дис д-ра юрид наук, 2016) 31.

правової ситуації з метою ефективного забезпечення її прав, свобод і законних інтересів¹⁹.

Н. Бакаянова структурує правову допомогу у контексті її надання адвокатурою на:

підфункцію захисту прав, свобод і законних інтересів фізичних осіб; підфункцію представництва інтересів фізичних та юридичних осіб, держави; підфункцію консультування з правових питань, складання документів правового характеру та правового супроводу діяльності клієнта²⁰.

Поділяємо думку правників-практиків про те, що введення у законодавство України поняття “правнича допомога” відбулося

без визначення його юридичного змісту, що створило неоднозначну і суперечливу ситуацію одночасного існування в законодавстві цього поняття та поняття “правова допомога” без роз’яснення розмежування їх змісту, визначення їх точного і логічного місця серед інших правових явищ та ускладнило розуміння відповідних дефініцій практикуючими юристами²¹.

Право на правничу допомогу закріплено у багатьох міжнародних документах, насамперед у Загальній декларації прав людини 1949 р., Міжнародному пакті про політичні і громадянські права 1966 р. та на регіональному рівні: Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (далі – Конвенція)²², Американській конвенції про права людини 1969 р. та ін. При цьому у зазначених документах закріплюється право на самозахист. Крім того, у них містяться норми щодо обов’язкової участі захисника (адвоката) як представника лише у межах кримінального судочинства, щодо представництва адвокатів в інших юрисдикціях такої імперативної норми немає.

Законодавче врегулювання адвокатської монополії в Україні

Законом України “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)” у 2016 р. було внесено зміни у діяльність адвокатів. Так, у ст. 131² визначено:

¹⁹ А Джуська, ‘Конституційне право людини на професійну правничу допомогу в Україні’ (автореф дис канд юрид наук, 2018) 4.

²⁰ Н Бакаянова, ‘Функціональні та організаційні основи адвокатури України’ (автореф дис д-ра юрид наук, 2017) 19.

²¹ Є Ананьєв, ‘Юридична допомога. Правнича чи правова?’ (Правова група “Юста”, 08.08.2018) <<http://justa.com.ua/blog/yuridichna-dopomoga-pravnicha-chi-pravova>> (дата звернення: 20.10.2019).

²² Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004> (дата звернення: 20.10.2019).

Мінас Аракелян

<...> для надання професійної юридичної допомоги в Україні діє адвокатура. Тільки адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення. Законом можуть бути визначені винятки щодо представництва в суді у трудових спорах, спорах щодо захисту соціальних прав, щодо виборів і референдумів, у малозначних суперечках, а також щодо представництва малолітніх або неповнолітніх осіб та осіб, визнаних судом недієздатними або дієздатність яких обмежена²³.

Відповідно до пп. 11 п. 161 “Перехідних положень” Основного Закону представництво виключно адвокатами запроваджується поетапно. Зокрема:

<...> представництво, відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 131² Конституції, має здійснюватися виключно адвокатами: у Верховному Суді та судах касаційної – з 1 січня 2017 р.; в судах апеляційної інстанції – з 1 січня 2018 р.; в судах першої інстанції – з 1 січня 2019 р. Представництво органів державної влади та органів місцевого самоврядування в судах виключно адвокатами здійснюється з 1 січня 2020 р.²⁴.

Верховний Суд у рішенні від 26 січня 2018 р. № 54 “Про затвердження роз’яснення щодо деяких питань представництва адвокатом юридичної особи” дав роз’яснення щодо підтвердження повноваження адвокатів у судових процесах²⁵.

Законодавчі новели, пов’язані з оновленням процесуальних кодексів України (Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України)²⁶, Кодексу адміністративного судочинства України (далі – КАС України)²⁷, ГПК України), також засвідчили про винятковість участі адвокатів у судовому провадженні. Так, повноваження адвоката як представника підтверджуються довіреністю або ордером, виданим відповідно до Закону про адвокатуру, що знайшло відображення у ч. 4 ст. 60 ГПК України, ч. 4 ст. 62 ЦПК України, ч. 4 ст. 59 КАС України. У кримінальному провадженні повноваження захисника підтверджуються: свідоцтвом про право на заняття адвокатською діяльністю; ордером, договором із захисником або дорученням органу (установи), уповноваженого законом на надання

²³ Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України від 2 червня 2016 р. № 1401-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 28. Ст. 532.

²⁴ Там само.

²⁵ Про затвердження роз’яснення щодо деяких питань представництва адвокатом юридичної особи: роз’яснення Верховного Суду від 26 січня 2018 р. <http://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/rishennya/2017-04-07-r-shennya-rau-54_591c02d1d1ab4.pdf> (дата звернення: 20.10.2019).

²⁶ Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>> (дата звернення: 20.10.2019).

²⁷ Кодекс адміністративного судочинства України: Закон України від 6 липня 2005 р. № 2747-IV <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15>> (дата звернення: 20.10.2019).

безоплатної правничої допомоги. Винятки щодо виключного представництва адвокатами інтересів осіб чи їх захист відповідно до ч. 4 ст. 131² Конституції України можуть визначатися законами, зокрема, у трудових спорах, спорах щодо захисту соціальних прав, щодо виборів та референдумів, у малозначних спорах, а також стосовно представництва малолітніх чи неповнолітніх осіб та осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена.

Відповідно до норм ст. 10 Закону про судоустрій:

Кожен має право на професійну юридичну допомогу. У випадках, визначених законом, держава забезпечує надання професійної юридичної допомоги безкоштовно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав і особи, яка надає юридичну допомогу. Витрати учасників судового процесу на професійну юридичну допомогу відшкодовуються в порядку, визначеному законом²⁸.

Окремо слід розглянути ч. 3 цієї статті Закону про судоустрій щодо надання професійної юридичної допомоги. Забезпечення права на захист від кримінального обвинувачення і представництво в суді здійснюються адвокатом, за винятком випадків, встановлених законом. Тобто, щоб отримати професійну і якісну юридичну допомогу в суді необхідно обрати професійного адвоката або погодитися на адвоката, якого надає держава, і лише у такий спосіб можна захищати свої права та інтереси в суді. У Законі України “Про безоплатну правничу допомогу” 2011 р. право на її надання також закріплено лише за адвокатами. Саме на адвокатів, за приписами цього Закону, покладено обов’язки з надання вторинної безоплатної правничої допомоги.

Суперечливість закріплення адвокатської монополії

Беручи до уваги зазначене вище, можна констатувати, що у Законі про адвокатуру містяться положення, які не відповідають загальним тенденціям оптимізації правозахисної діяльності в Україні і стосується це насамперед впровадження в Україні адвокатської монополії, тобто виключного права адвокатів на представлення інтересів клієнтів у судах.

Питання вільного обрання захисника, що свідчить на користь скасування адвокатської монополії, було розтлумачено ще у 2000 р. Конституційним Судом України (далі – КСУ) у рішенні від 16 листопада 2000 р. щодо звернення громадянина Г. Солдатова (справа про право вільного вибору захисника). КСУ висловився щодо

²⁸ Про судоустрій і статус суддів (н 13).

Мінас Аракелян

конституційного права підозрюваного, обвинуваченого і підсудного при захисті від обвинувачення, а також особи, яка притягається до адміністративної відповідальності, з метою отримання правової допомоги, обирати захисником своїх прав особу, яка є фахівцем у галузі права і за законом має право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи²⁹.

Таким чином, як зазначає С. Філоненко, у цьому рішенні КСУ дійшов висновку:

<...> обмеження права на обрання захисника суперечить положенню частини першої ст. 59 та ст. 64 Конституції України, згідно з якими конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України³⁰.

Незважаючи на те, що в подальшому адвокатська монополія була закріплена Конституцією України, цей історичний висновок КСУ підтверджує обґрунтованість позиції прихильників скасування такої монополії.

Крім того, адвокатська монополія на представництво у судах суперечить нормам міжнародного права. Так, Конвенція, ратифікована Верховною Радою України 17 липня 1997 р., передбачає право кожного обвинуваченого захищати себе особисто чи використовувати правничу допомогу захисника, обраного ним на власний розсуд (ст. 6)³¹. У Міжнародному пакті про громадянські і політичні права також зазначено, що держава повинна гарантувати кожному, чії права і свободи порушено, ефективний засіб правового захисту, і таке право має визначатися у судовому порядку або будь-яким іншим компетентним органом, передбаченим правовою системою держави (ст. 2)³². Право вільного вибору обвинуваченим захисника передбачено у п. 3 ст. 14 Основних принципів, що стосуються ролі юристів (прийняті VIII Конгресом ООН з попередження злочинності та поведження з правопорушниками у 1990 р.), відповідно до яких кожна людина має право звернутися до будь-якого юриста за допомогою, для захисту і відстоювання своїх прав і захисту їх на всіх стадіях кримінального судочинства (принцип 1); будь-який суд або

²⁹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Солдатова Геннадія Івановича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України, статті 44 Кримінально-процесуального кодексу України, статей 268, 271 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про право вільного вибору захисника): рішення Конституційного Суду України від 16 листопада 2000 р. № 13-рп/2000. *Вісник Конституційного Суду України*. 2000. № 5. С. 26.

³⁰ С. Філоненко, 'Адвокатура зазнає змін' (2012) 15/16 Віче 22.

³¹ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (н 22).

³² Міжнародний пакт про громадянські та політичні права. Факультативний протокол до Міжнародного пакту про громадянські та політичні права (Головатий С відп за вип, Право 1995) 40.

адміністративний орган, в якому визнається право на адвоката, не відмовляється визнавати права юриста: відстоювати в суді інтереси свого клієнта, за винятком тих випадків, коли юристу було відмовлено у праві виконувати свої професійні обов'язки відповідно до національного права і практики та цих принципів (принцип 19)³³.

Отже, наведені міжнародно-правові акти передбачають право кожного обвинуваченого захищати себе особисто або через вільно обраного ним на власний розсуд захисника з числа юристів, які можуть надати ефективний правовий захист. Ці положення відтворені у ст. 59 Конституції України, які визначають право кожного на професійну правничу допомогу. Оскільки, згідно з приписами Основного Закону, чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України (ст. 9), то їх недотримання є грубим порушенням обов'язку держави щодо створення ефективного доступу до правосуддя.

Детальніше розглянемо Законопроект. Він передбачає виключити: ч. 4 ст. 131² Конституції України, згідно з якою виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді; ч. 5 ст. 131² Конституції України, відповідно до якої законом можуть бути визначені винятки щодо представництва в суді у трудових спорах, спорах щодо захисту соціальних прав, щодо виборів та референдумів, у малозначних спорах, а також стосовно представництва малолітніх чи неповнолітніх осіб та осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена; пп. 11 п. 16¹ розділу XV “Перехідні положення” Конституції України, згідно з яким із дня набрання чинності Законом України “Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)” представництво відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 131¹ та ст. 131² Конституції України виключно прокурорами або адвокатами у Верховному Суді та судах касаційної інстанції здійснюється з 1 січня 2017 р.; у судах апеляційної інстанції – з 1 січня 2018 р.; у судах першої інстанції – з 1 січня 2019 р.³⁴ Законопроект передбачає залишити монополію тільки для захисту від кримінального обвинувачення. У разі його прийняття пересічним громадянам та організаціям й установам не доведеться звертатися тільки до адвокатів, щоб вони представляли їхні інтереси в судах, крім випадків, коли йдеться про кримінальні справи. В інших випадках це зможуть робити і юристи, яких значно більше, відповідно, вартість послуг таких фахівців повинна знизитися.

³³ Основные принципы, касающиеся роли юристов, принятые восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями (Гавана, Куба, 27.08.–07.09.1990) <http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/role_lawyers.shtml> (дата звернення: 20.10.2019).

³⁴ Проект Закону про внесення змін до Конституції України (щодо скасування адвокатської монополії) (н 5).

Законопроект викликав резонанс у суспільстві загалом та у правничій спільноті зокрема. Головним аргументом на користь існування адвокатської монополії є твердження про те, що ефективність права на судовий захист залежить від рівня правової підготовки та правничої допомоги, що надається адвокатом, а скасування адвокатської монополії на здійснення представництва в судах призведе до суттєвого звуження змісту права людини на судовий захист і справедливий суд.

Важко погодитися з таким твердженням, оскільки, безумовно, реалізація права на судовий захист залежить від рівня правової підготовки та правової допомоги, однак не завжди юристи відстають за рівнем правової підготовки від адвокатів. Для досягнення ефективності реалізація права на судовий захист необхідно піднімати загальний рівень підготовки юристів. Також спірним є твердження про те, що скасування адвокатської монополії призведе до суттєвого звуження змісту права людини на судовий захист і справедливий суд, оскільки саме адвокатська монополія на представлення інтересів у судах призводить до обмеження реалізації права на доступ до правосуддя.

При обґрунтуванні необхідності збереження в Україні адвокатської монополії апелюють до зарубіжного досвіду, насамперед США та провідних європейських країн, де право представляти інтереси клієнта у кримінальних, цивільних та адміністративних справах покладено виключно на адвокатів. США – країна, у якій найбільша кількість адвокатів – 1,35 млн³⁵, а це майже 70 % від їх кількості в усьому світі. Якщо співвіднести цей показник із чисельністю населення, то на 250 американців припадає один юрист, це при тому, що в країні майже стовідсотково випускники юридичних шкіл (наш аналог юридичних факультетів) набувають у подальшому статус адвоката. Маючи такі здобутки та будучи високорозвиненою країною, було б очевидним, що доступ до професійної правничої допомоги мають майже всі громадяни. Але це не так. При розгляді кримінальних справ обвинуваченому право на адвоката забезпечується на федеральному конституційному рівні, а у цивільних справах доступ до професійної правничої допомоги не гарантований. За даними, які розміщені на сайтах державних установ і громадських асоціацій, насамперед Американської асоціації адвокатів, приблизно 2/3 цивільних та адміністративних справ розглядаються у судах за умов, коли одна зі сторін відстоює свої інтереси самотійно без участі адвоката. За свідченнями Національного центру державних судів, збільшення кількості осіб, які представляють свої інтереси у судах

³⁵ Number of lawyers in the United States from 2007 to 2019 <<https://www.statista.com/statistics/740222/number-of-lawyers-us>> (accessed: 12.04.2019).

самостійно, є однією з найгостріших проблем судової системи США³⁶. Здебільшого самозахист виявляється неідеальним, і така сторона програє справу. Майже 90 % опитаних суддів заявили, що їхні співробітники проводять багато часу, допомагаючи тим, хто самостійно представляє свої інтереси, і що докази подаються до суду неналежним чином, оскільки недостатньо людей мають доступ до кваліфікованого адвоката, коли він їм потрібен.

Причина такого становища – фінансова неспроможність значної частини населення цієї країни, і не тільки незаможних верств, а й представників середнього класу, сплатити послуги адвоката, які в середньому становлять 200–300 дол. Центр доступу до правосуддя при Юридичному коледжі Університету штату Джорджія у 2017 р. опублікував інформацію щодо доступу населення штату до правосуддя, за якою: у 6 із 159 округів адвокатів немає взагалі, у 59 налічується лише 10 чи менше адвокатів. Також існують труднощі із забезпеченням деяких округів із невеликою кількістю населення громадським транспортом та інтернетом³⁷. Не має сенсу порівнювати економічне становище американського населення та населення України, бо результат очевидний. Виникає запитання: яка кількість українців, на тлі зuboжіння значної частини населення, спроможна сьогодні сплачувати послуги адвокатів, розмір якої від 800–1 700 грн (інформація взята з конкретної судової справи³⁸) і вище. Також є очевидним, що вимога адвокатської монополії у теперішніх умовах стане причиною дефіциту адвокатів, що також ускладнить доступ до правосуддя.

Висловлено слушну думку про неприйнятність посилення на зарубіжну практику щодо здійснення лише адвокатами представництва у судах не тільки з огляду на економічні причини, а й історичні особливості впливу адвокатської спільноти на процес державотворення в Україні.

Зокрема, С. Мостовенко зазначає:

Розвиток адвокатури не відбувається незалежно від історії – і на це потрібен час. Західні адвокатські практики існують сотні років, наприклад, понад 800-річна історія верховенства права у Великобританії, яка відобразила вплив адвокатів на становлення держав та їх інституцій (професії праотців США, роль адвокатів у Великій французькій революції та величезна кількість інших прикладів). На противагу західному

³⁶ 'Self-Representation. Resource Guide' (National Center for State Courts) <<https://www.ncsc.org/Topics/Access-and-Fairness/Self-Representation/Resource-Guide.aspx>> (accessed: 20.10.2019).

³⁷ Lauren Sudeall Lucas and Darcy Meals, 'Every year, millions try to navigate US courts without a lawyer' (The Conversation Trust (UK) Limited, 22.09.2017) <<https://theconversation.com/every-year-millions-try-to-navigate-us-courts-without-a-lawyer-84159>> (accessed: 20.10.2019).

³⁸ Рішення Господарського суду Харківської області від 31 січня 2019 р. № 79603024 <<https://youcontrol.com.ua/ru/catalog/court-document/79603024>> (дата звернення: 20.10.2019).

Мінас Аракелян

досвіду необхідно поставити вітчизняну історію адвокатури України, яка є значно меншою за часом функціонування та менш успішною. Тому не варто порівнювати, а тим більше ототожнювати адвокатуру України і Європи³⁹.

Звертає на себе увагу, особливо в останні роки, посилення процесів бюрократизації управлінських структур адвокатури. За своєю сутністю адвокатура є професійним незалежним об'єднанням, натомість на практиці перетворюється у жорстку систему вертикалі управління. Запровадження в Україні адвокатської монополії не було забезпечено достатньою кількістю таких фахівців, процедура набуття статусу адвоката бюрократизувалася, що призвело до збільшення у деяких регіонах вартості їхніх послуг, а також обмежило можливість багатьох юристів представляти і захищати інтереси юридичних і фізичних осіб у судах. Введення адвокатської монополії також не дає змоги державним організаціям, установам і представникам місцевого самоврядування, незважаючи на наявність у них у штаті юристів, представляти й захищати свої інтереси в судах, що обумовлює їхнє звернення з цією метою до адвокатів.

На нашу думку, ще одним аргументом на користь скасування адвокатської монополії є та обставина, що, як відомо, в цивільному та господарському судочинстві весь тягар доведення покладається на сторону, яка звертається до суду за захистом своїх порушених прав. У разі реалізації свого суб'єктивного права на судовий захист сторона звертається до суду, відразу ж у неї з'являється обов'язок наймати адвоката для представлення інтересів у суді, що є додатковим фінансовим навантаженням для реалізації її прав та порушенням принципу доступності до правосуддя.

Відповіді до статей 157 і 158 Конституції України законопроект, який передбачає скасування чи обмеження прав і свобод людини й громадянина та внесення змін до Основного Закону, має бути переданий до КСУ для ухвалення рішення щодо їх конституційності, а також потребує повторного схвалення понад 300 народними депутатами, що й було зроблено на підставі конституційного звернення Верховної Ради України. КСУ 31 жовтня 2019 р. ухвалив рішення, за яким Законопроект

розширює можливості здійснення представництва в суді (при чому виключно адвокат здійснює захист особи від кримінального обвинувачення), не передбачає скасування чи обмеження прав і свобод людини

³⁹ С Мостовенко, 'Адвокат – не посередник між чиновником і клієнтом!' (*Дзеркало тижня. Україна*, 03.08.2012) <https://dt.ua/LAW/advokat__ne_poserednik_mizh_chinovnikom_i_klientom_.html> (дата звернення: 10.10.2019).

і громадянина, не спрямований на ліквідацію незалежності чи на порушення територіальної цілісності України, а отже, є таким, що відповідає вимогам частини першої статті 157 Конституції України⁴⁰.

Також у висновку розрізняються поняття “надання професійної правничої допомоги” та “представництво особи в суді”. Констатується, що ‘надання професійної правничої допомоги здійснюють адвокати, натомість представництво особи у суді може бути здійснене за вибором особи адвокатом або іншим суб’єктом’⁴¹.

На нашу думку, виключне право адвоката – здійснювати захист у кримінальному судочинстві – зумовлено тим, що адвокатська діяльність у цій сфері є специфічною, відмінною від захисту прав особи у некримінальних сферах судочинства. Як правило, адвокати у кримінальних справах спеціалізуються лише на цьому напрямку, що сприяє формуванню професійних практичних навичок, а це, зі свого боку, забезпечує більш ефективний правовий захист свого клієнта. При цьому слід наголосити, що у разі участі у кримінальному провадженні кількох захисників, один із них має бути адвокатом, а решта – лише юристами. Однак монополія на представлення адвокатами у суді інтересів громадян у всіх сферах судочинства не відповідає принципу верховенства права. Незважаючи на широку дискусію, на наше переконання, позиція у ній була послідовною, яку ми неодноразово відстоювали⁴².

Висновки. Оптимізація адвокатської діяльності, яка заснована на пріоритетності захисту прав і свобод людини та громадянина, відображає стратегічну лінію України, спрямовану на розбудову громадянського суспільства і правової держави. Це, зі свого боку, вимагає подальшого удосконалення законодавчих основ діяльності адвокатури як ефективного інституту правозахисної системи держави. Дотримуючись міжнародних принципів і зобов’язань, Україна обрала курс на зближення національного законодавства з європейськими стандартами, що у підсумку призведе до формування ефективної правозахисної системи з метою найбільш повного забезпечення захисту прав і свобод людини та громадянина. Право на правничу допомогу є фундаментальним правом, яке забезпечує право на правосуддя, і, відповідно, на справедливий судовий розгляд. У контексті дискусії з приводу адвокатської монополії необхід-

⁴⁰ Висновок Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо скасування адвокатської монополії) вимогам статей 157 і 158 Конституції України від 31 жовтня 2019 р. № 4-в/2019 <http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/4_v_2019.pdf> (дата звернення: 02.11.2019).

⁴¹ Там само.

⁴² М Аракелян, ‘Концептуальні засади правозахисної діяльності адвокатури’ (дис д-ра юрид наук, 2019) 387-93.

Мінас Аракелян

но констатувати, що у сучасних умовах в Україні вона не сприяє забезпеченню доступу до правосуддя широких верств населення для захисту своїх прав і свобод.

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Ovcharenko O, *Dostupnist pravosuddia ta harantii yoho realizatsii: monohrafiia [Access to Justice and its Guarantees: Monograph]* (Pravo 2008) (in Ukrainian).

Edited books

2. *Access to Justice: Legal Defence and Legal Aid. Criminal Justice Assessment Toolkit* (United Nations 2006) <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/cjat_eng/4_Legal_Defence_and_Legal_%20Aid.pdf> (accessed: 20.10.2019) (in English).
3. *Global Study on Legal Aid (GSLA) – Global Report* (United Nations Office on Drugs and Crime 2016) 8-9 <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/LegalAid/Global_Study_on_Legal_Aid_-_FINAL.pdf> (accessed: 20.10.2019) (in English).
4. *Mizhnarodnyi pakt pro hromadianski ta politychni prava. Fakultatyvnyi protokol do Mizhnarodnoho paktu pro hromadianski ta politychni prava [International Covenant on Civil and Political Rights. Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights]* (Holovatyi S vidp za vyp, Pravo 1995) (in Ukrainian).

Journal articles

5. Filonenko S, 'Advokatura zaznaie zmin pravosuddia' ['The Bar is Changing'] (2012) 15/16 Viche 22 (in Ukrainian).
6. Mykhailenko O, 'Pro systemu elementiv dostupnosti hromadian do pravosuddia' ['On the System of Elements of Citizens' Access to Justice'] (2007) 3 Visnyk Akademii prokuratury Ukrainy 40 (in Ukrainian).
7. Sakara N, 'Nalezha sudova protsedura yak element dostupnosti pravosuddia' ['Due Process as an Element of Access to Justice'] (2004) 3 Yurydychna Ukraina 63 (in Ukrainian).
8. Vilchuk T, 'Realizatsiia pryntsyphu nezalezhnosti profesiinoi diialnosti advokativ u vzaiemynakh z derzhavnoiu vladoiu' ['Realization of Principle of Independence of Professional Activity of Advocates in Relations with State Power] [2014] 11(2) Visnyk Akademii advokatury Ukrainy 63 (in Ukrainian).

Dissertations

9. Arakelian M, 'Kontseptualni zasady pravozakhysnoi diialnosti advokatury' ['Conceptual Grounds of Human Rights Protection Activity of Advocacy'] (dys d-ra yuryd nauk, 2019) (in Ukrainian).
10. Bakayanova N, 'Funktsionalni ta orhanizatsiini osnovy advokatury Ukrainy' ['Functional and Organizational Bases of Advocacy of Ukraine'] (dys d-ra yuryd nauk, 2017) (in Ukrainian).

11. Dzhuska A, 'Konstytutsiine pravo liudyny na profesiinu pravnychu dopomohu v Ukraini' ['The Constitutional Human Right to Professional Legal Assistance in Ukraine'] (dys d-ra yuryd nauk, 2018) (in Ukrainian).
12. Shumak I, 'Hromadianski prava i svobody liudyny za Konstytutsiieiu Ukrainy' ['Citizen Rights and Liberties in the Constitution of Ukraine'] (dys d-ra yuryd nauk, 2000) (in Ukrainian).
13. Vilchuk T, 'Advokatura yak instytut realizatsii prava pravovu dopomohu: porivnialno-pravovyi analiz zakonodavstva krain Yevropeiskoho Soiuzu ta Ukrainy' ['Advocacy as the Realization Institution of the Legal Aid Right: the Comparative Legal Analysis of the Legislation of the European Union Countries and Ukraine'] (2016) (in Ukrainian).

Newspaper articles

14. Koval K, 'Shchob zalyshytysia na misti v minlyvomu sviti, treba ves chas ity vpered' ['In the Changing World, to Stay Where You Are, You Have to Keep Moving Forward'] *Yurydychnyi visnyk Ukrainy* (2-8 liutoho 2018 № 5) 4 (in Ukrainian).
15. Mostovenko S, 'Advokat – ne poserednyk mizh chynovnykom i klientom!' ['An Attorney is not an Intermediary between an Official and a Client!'] (*Dzerkalo tyzhnia. Ukraina*, 03.08.2012) <https://dt.ua/LAW/advokat__ne_poserednik_mizh_chinovnikom_i_klientom_.html> (accessed: 10.10.2019) (in Ukrainian).

Websites

16. Lucas L S and Meals D, 'Every year, millions try to navigate US courts without a lawyer' (The Conversation Trust (UK) Limited, 22.09.2017) <<https://theconversation.com/every-year-millions-try-to-navigate-us-courts-without-a-lawyer-84159>> (accessed: 20.10.2019) (in English).
17. 'Self-Representation. Resource Guide' (*National Center for State Courts*) <<https://www.ncsc.org/Topics/Access-and-Fairness/Self-Representation/Resource-Guide.aspx>> (accessed: 20.10.2019) (in English).
18. 'Number of lawyers in the United States from 2007 to 2019' <<https://www.statista.com/statistics/740222/number-of-lawyers-us>> (accessed: 12.04.2019) (in English).
19. Ananiev Ye, 'Iurydychna dopomoha. Pravnycha chy pravova?' ['Juridical Aid. Lawyer's Aid or Legal Aid?'] (*Pravova hrupa "Iusta"*, 08.08.2018) <<http://justa.com.ua/blog/yuridichna-dopomoga-pravnycha-chi-pravova>> (accessed: 20.10.2019) (in Ukrainian).

Minas Arakelyan

THE BAR WITHIN THE MECHANISM
OF PROFESSIONAL LAWYER'S AID
(ON THE ISSUE OF ABOLITION
OF THE ADVOCATES' MONOPOLY)

ABSTRACT. The most important factor in optimization of attorney-at-law activities is to form a regulatory framework which determines the development strategy of the legal system and is aimed at strengthening the human rights activities of the modern Ukrainian State. The current stage of law- and State-building in Ukraine calls for a new legal justification of the activities of the Bar.

The purpose of the article is to explore the right of an individual to lawyer's aid and to determine the role which the Bar has in the mechanism of such right's

Мінас Аракелян

implementation in the context of the discussion on the abolition of the advocates' monopoly.

The right to lawyer's aid is a fundamental right which guarantees the right to justice and, consequently, to a fair trial. The sources enshrining the international legal standards of access to justice can be classified according to: the degree to which they are binding – mandatory ones (provisions of international treaties, judgments of the European Court of Human Rights) and dispositive, i.e., recommendatory ones (acts of bodies of international organizations – resolutions of the General Assembly of the United Nations, recommendations of the Committee of Ministers of the Council of Europe); the degree of prevalence – universal, accepted at the level of international community, and regional ones. These sources provide for mandatory participation of defense counsel (attorney) as a representative only within criminal proceedings, and there is no similar mandatory rule regarding representation by attorneys in other jurisdictions.

As a result of amendments to the Constitution of Ukraine (regarding justice) in 2016, the advocates' monopoly in Ukraine has been introduced; it entailed a mixed assessment of whether this step was justified. The major arguments in favor of its abolition are: narrowing of the right of access to court; unavailability of the necessary number of attorneys, bureaucratization of the procedure through which the attorney-at-law status is obtained leading to an increased cost of attorney-at-law services; inconsistency with provisions of international law which entitle to exercise the right of access to justice, either personally or through a lawyer freely chosen, at own discretion, from among the lawyers who are capable of providing efficient legal protection.

Recently, with a view to optimizing the mechanism for obtaining professional lawyer's aid, amendments to Ukraine's legislation have been proposed regarding the abolition of the advocates' monopoly, and this is a positive step aimed at expanding the access to justice for the general population to protect their rights and freedoms. The exclusive right of an attorney to exercise protection is reserved only in criminal proceedings, and this is justified since defense attorney's practice in this area is highly specific and differs from protection of an individual's rights in non-criminal areas of court procedure. As a rule, criminal attorneys specialize only in this particular area and, owing to this, they develop professional practical skills which, in turn, make legal protection of their clients more efficient. In this context, it should be emphasized that in case several defense counsels are involved in criminal proceedings, one of them must certainly be an attorney-at-law, and others may be just lawyers.

KEYWORDS: lawyer's aid; professional lawyer's aid; the Bar; attorney-at-law activities; human rights protection; advocates' monopoly.