

«АДВОКАТСЬКА МОНОПОЛІЯ» ЧИ КОНЦЕНТРАЦІЯ ПОВНОВАЖЕНЬ? ТЕОРЕТИКО-ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ

“LAWYER MONOPOLY” OR CONCENTRATION OF POWERS? THEORETICAL AND PRACTICAL ASPECTS

Мамницький В.Ю., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри цивільної юстиції та адвокатури
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Робота присвячена темі так званої «адвокатської монополії». Нами запропоновано до використання більш вдалий термін – «концентрація повноважень щодо здійснення видів адвокатської діяльності в розумінні ст. 19 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». Здійснено розмежування понять «представництво» та «захист». Проаналізовано історію становлення так званої «адвокатської монополії» в Україні. Здійснено аналіз національного законодавства в цій сфері. Проаналізовано процесуальні гарантії адвоката, наявність яких сприяє ефективному представництву (захисту) особи.

Наведено практику Європейського суду з прав людини щодо доцільності здійснення представництва (захисту) винятково адвокатами в контексті норм ст. 59 Основного Закону України та ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Наведено позиції «pro» та «contra» щодо концентрації повноважень адвокатури щодо концентрації повноважень щодо здійснення видів адвокатської діяльності. Здійснена спроба спростування аргументів опонентів та наведено низку аргументів на користь існування так званої «адвокатської монополії». Доведена помилковість застосування терміну «адвокатська монополія» з огляду на сутність змісту поняття «монополія».

Нами задано питання до опонентів щодо можливості підтримання обвинувачення в суді особами, які не є прокурорами за посадою, по аналогії до запропонованої ними концепції представництва (захисту).

Наведено низку профільних нормативно-правових актів, які описують правовий статус та функції органів державної влади, зокрема щодо Кабінету Міністрів України, Конституційного Суду України, нотаріату, судової системи. Зроблено висновок щодо неможливості надання повноважень цих органів (інститутів) іншим органам влади та зауважено на необхідності застосувати аналогічний підхід і до адвокатури в контексті повноважень щодо здійснення видів адвокатської діяльності.

Досвід зарубіжних країн проаналізовано. Вказано, що позиція наших опонентів є деструктивною, а імплементація запропонованого ними призведе до розпорощення повноважень, здійснення яких має бути притаманне винятково адвокатам.

Ключові слова: адвокатура, адвокатська монополія, представництво, захист, концентрація повноважень в адвокатурі.

The work is devoted to the topic of the so-called “lawyer monopoly”. We have suggested using a more appropriate term – “concentration of powers regarding the implementation of types of advocacy within the meaning of Art. 19 of the Law of Ukraine “On Advocacy and Advocacy”. The concepts of “representation” and “protection” have been distinguished. The history of the formation of the so-called “lawyer monopoly” in Ukraine is analyzed. An analysis of national legislation in this area was carried out. The lawyer’s procedural guarantees, the presence of which contributes to the effective representation (protection) of a person, are analyzed.

The practice of the European Court of Human Rights regarding the expediency of representation (defense) exclusively by lawyers in the context of the norms of Art. 59 of the Basic Law of Ukraine and Art. 6 of the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

The “pro” and “contra” positions regarding the concentration of the powers of the bar in relation to the concentration of powers regarding the implementation of types of advocacy activities are given. An attempt was made to refute the arguments of the opponents and a number of arguments in favor of the existence of the so-called “lawyer monopoly” were given. The use of the term “lawyer monopoly” has been proved to be incorrect in view of the essence of the concept of “monopoly”.

We asked the opponents a question about the possibility of maintaining the accusation in court by persons who are not prosecutors by profession, by analogy with the concept of representation (defense) proposed by them.

A number of profile normative legal acts describing the legal status and functions of state authorities, in particular regarding the Cabinet of Ministers of Ukraine, the Constitutional Court of Ukraine, the notary, and the judicial system, are presented. A conclusion was made regarding the impossibility of granting the powers of these bodies (institutes) to other authorities and it was noted the need to apply a similar approach to the bar in the context of the powers to carry out types of advocacy activities.

The experience of foreign countries is analyzed. It is indicated that the position of our opponents is destructive, and the implementation of what they proposed will lead to the dispersion of powers, the exercise of which should be inherent exclusively to lawyers.

Key words: advocacy, advocacy monopoly, representation, defense, concentration of powers in the advocacy.

Актуальність дослідження. 02 червня 2016 року був прийнятий Закон України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» відповідно до якого, зокрема, була додана норма ст. 131-2 Конституція України: «Для надання професійної правничої допомоги в Україні діє адвокатура. Незалежність адвокатури гарантується. Засади організації і діяльності адвокатури та здійснення адвокатської діяльності в Україні визначаються законом. Виключно адвокат здійснює представництво іншої особи в суді, а також захист від кримінального обвинувачення. Законом можуть бути визначені винятки щодо представництва в суді у трудових спорах, спорах щодо захисту соціальних прав, щодо виборів та референдумів, у малозначних спорах, а також стосовно представництва малолітніх чи неповнолітніх осіб та осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена» [1]. Звертаємо увагу на те, що саме з набуття чинності цієї редакції Основного

Закону України 30 вересня 2016 року адвокатура набула конституційно-правовий статус, її функції були закріплені на конституційному рівні.

Саме внесення змін до Конституції України в 2016 році можна назвати першим етапом закріплення концентрації повноважень щодо здійснення видів адвокатської діяльності. Даної позиції притримуємось, адже саме в 2016 році законодавець в Основному Законі України вибудував чітку, юридично логічну структуру здійснення правосуддя. Верховна Рада України розмежувала функції, правовий статус органів судової влади та Конституційного Суду України, як органу, що здійснює судочинство в формі відмінній від правосуддя; законодавець ліквідував розділ VII «Прокуратура» й, зокрема, ст. 121, ст. 122, ст. 123 Основного Закону України й ввів дві нові норми до розділу VIII «Правосуддя», а саме ст. 131-1 Конституції України, в якій зазначені норми, що стосуються діяльності

прокуратури, а також ст. 131-2 Конституції України, яка присвячена конституційно-правовому статусу адвокатури. Фактично законодавець визначив суб'єктів, які безпосередньо беруть участь в процесі здійснення правосуддя: суд (як носій судової влади), а також прокуратура (орган, який здійснює підтримання державного (публічного) обвинувачення) та адвокатура (інститут, який здійснює відповідні напрямки діяльності зазначені в ст. 19 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»).

З набуттям чинності нової редакції Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України, Господарського процесуального кодексу України дискусія щодо доцільності концентрації повноважень щодо здійснення видів адвокатської діяльності. Метою роботи є наведення власних аргументів на користь концентрації повноважень щодо здійснення видів адвокатської діяльності та спростування доводів тих колег, які рішуче виступають проти нашої позиції.

Аналіз наукових публікацій. Дослідженням проблематики питання так званої «адвокатської монополії» в Україні займалась плеяда визнаних вчених-науковців, зокрема, Лященко Р. Д., Мамчур С. М., Кравцов С. О., Штефан О. О., Шпак М. В. та інші.

Виклад основного матеріалу. 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 доцільним, на наш погляд, є дослідити як правову природу так і повноваження (в аспекті їх концентрації) саме в такому конституційному утворенні як адвокатура, основне призначення якого в суспільстві полягає в наданні юридичних послуг з метою захисту прав людини в усіх видах судочинства.

На наш погляд, позиція колег, які критикують закріплення концентрації повноважень щодо здійснення видів адвокатської діяльності та недопущення розпорощення функцій адвокатури на невизначене коло осіб від початку є помилковою. Зокрема, звертаємо увагу на недоцільність застосування терміну «адвокатська монополія». Зазначаємо на тому, що поняття «монополія», зокрема, використовується в Законі України «Про природні монополії». В п. 1 ч. 1 ст. 1 цього закону наведено дефініцію поняття «природна монополія»: «природна монополія – стан товарного ринку, при якому задоволення попиту на цьому ринку є більш ефективним за умови відсутності конкуренції внаслідок технологічних особливостей виробництва (у зв'язку з істотним зменшенням витрат виробництва на одиницю товару в міру збільшення обсягів виробництва), а товари (послуги), що виробляються суб'єктами природних монополій, не можуть бути замінені у споживанні іншими товарами (послугами), у зв'язку з чим попит на цьому товарному ринку менше залежить від зміни цін на ці товари (послуги), ніж попит на інші товари (послуги) (далі – товари)». Таким чином, «монополія» – економічне поняття, яке стосується існування «фінансових аномалій» в ринковій економіці і **ніяким чином не пов'язане** з функціями чи правовим статусом адвокатури як конституційно-правового інституту.

Доцільно поставити питання критикам концепції концентрації повноважень щодо здійснення видів адвокатської діяльності адвокатами: «Чому ставиться під сумнів виключне повноваження прокуратури здійснювати процесуальне керівництво та підтримання державного (публічного) обвинувачення?», «Чому не ставиться під сумнів виключне повноваження органів судової влади здійснювати правосуддя?», «Чому не ставиться під сумнів виключність повноважень органів досудового розслідування проводити розслідування кримінальних проваджень?». Поставлені питання є риторичними.

Розмежовуючи такі види адвокатської діяльності як представництво та захист слід зазначити, що відповідно до п. 5 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про адвокатуру та адво-

катську діяльність», *захист* – вид адвокатської діяльності, що полягає в забезпеченні захисту прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішується питання про їх застосування у *кримінальному провадженні*, особи, стосовно якої розглядається питання про видачу іноземній державі (екстрадицію), а також особи, яка притягається до адміністративної відповідальності під час розгляду *справи про адміністративне правопорушення* [4].

Відповідно до п. 9 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», *представництво* – вид адвокатської діяльності, що полягає в забезпеченні реалізації прав і обов'язків клієнта в цивільному, господарському, адміністративному та конституційному судочинстві, в інших державних органах, перед фізичними та юридичними особами, прав і обов'язків потерпілого під час розгляду справ про адміністративні правопорушення, а також прав і обов'язків потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача у кримінальному провадженні [4].

Звертаємо увагу на родову ознаку понять «захист» та «представництво» – *вид адвокатської діяльності*. Ці два види адвокатської діяльності є виключними повноваженнями адвокатури і не можуть перебиратись іншими суб'єктами. За логікою законодавця, з якою ми безапеляційно згодні, представництво в будь-яких справах, в усіх видах проваджень може здійснюватися винятково професійними адвокатами. В цьому випадку бажаємо звернути увагу на Закон України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 3 жовтня 2017 року яким було введено поділ позовного провадження на *загальне* та *спрощене*. Ця зміна була внесена на виконання норми ч. 4 ст. 131-2 Конституції України «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» [1]. Маємо згадати й норми ч. 4 ст. 19 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) та ст. 274 ЦПК України, які повторюють за змістом перелік справ в яких представництво може здійснюватися особами, які не є професійними адвокатами. Тим не менше, з огляду на вже зазначену родову ознаку представництва видається дивним, що виключне повноваження адвокатури надається невизначеному колу осіб, які можуть і не мати відповідних вмінь та навичок.

Вважаємо за необхідне визначити, що поняття «вид адвокатської діяльності» не є неподільним. Так, зокрема, в ст. 19 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» зазначено види адвокатської діяльності, або ж простіше – повноваження адвоката: 1) надання правової інформації, консультацій і роз'яснень з правових питань, правовий супровід діяльності юридичних і фізичних осіб, органів державної влади, органів місцевого самоврядування, держави; 2) складення заяв, скарг, процесуальних та інших документів правового характеру; 3) захист прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішується питання про їх застосування у кримінальному провадженні, особи, стосовно якої розглядається питання про видачу іноземній державі (екстрадицію), а також особи, яка притягається до адміністративної відповідальності під час розгляду справи про адміністративне правопорушення; 4) надання правової допомоги свідку

у кримінальному провадженні; 5) представництво інтересів потерпілого під час розгляду справи про адміністративне правопорушення, прав і обов'язків потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача у кримінальному провадженні; 6) представництво інтересів фізичних і юридичних осіб у судах під час здійснення цивільного, господарського, адміністративного та конституційного судочинства, а також в інших державних органах, перед фізичними та юридичними особами; 7) представництво інтересів фізичних і юридичних осіб, держави, органів державної влади, органів місцевого самоврядування в іноземних, міжнародних судових органах, якщо інше не встановлено законодавством іноземних держав, статутними документами міжнародних судових органів та інших міжнародних організацій або міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України; 8) надання правової допомоги під час виконання та відбування кримінальних покарань; 9) захист прав, свобод і законних інтересів викривача у зв'язку з повідомленням ним інформації про корупційне або пов'язане з корупцією правопорушення. [4] Зазначаючи ці повноваження саме як *види адвокатської діяльності* видається логічним відсутність можливості їх здійснення особами, які не отримали в передбаченому законом порядку свідоцтво про право заняття адвокатською діяльністю і не набули статусу адвоката. При цьому доречно зазначити, що відповідно до 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.

Відповідно до ч. 2 ст. 15 ЦПК України, ч. 2 ст. 16 ГПК України, ч. 2 ст. 16 КАС України «представництво у суді як вид правничої допомоги здійснюється виключно адвокатом (професійна правничка допомога), крім випадків, встановлених законом». Як вбачається зі змісту наведених положень законодавства, передбачається у виключних випадках здійснення представницьких функцій не тільки адвокатами, а й особами, які не мають такого статусу. Що стосовно здійснення функції захисту в кримінальних провадженнях, законодавець однозначно вирішив це питання зазначивши у ст. 45 КПК України, 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 [8].

Після визначення вимог до професійного адвоката та визначення виключності ситуацій коли здійснювати представництво може особа, яка не має статусу адвоката, видається вкрай спірним можливість здійснення представництва в спрощеному позовному провадженні особами, які не є адвокатами.

Пропонуємо до розгляду справу Європейського суду з прав людини «Молдавська проти України». Заявниця скаржилася, що її представнику не було дозволено подавати касаційну скаргу з питань права і що таке обмеження не можна було передбачити під час спроби подати таку скаргу. Вона також стверджувала, що існує виняток з правила щодо представництва адвокатом, якщо справа була *малозначною*, але законодавство на момент оскарження не вказало, які справи слід вважати малозначними [6].

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 кваліфікованим адвокатом перед судом касаційної інстанції, як, наприклад, вимога, що застосовується в даній справі, не може розглядатися як така, що суперечить статті 6 ЄКПЛ [6].

Маємо звернути увагу на те, що малозначні справи як категорія справ, що розглядаються в порядку спрощеного позовного провадження не завжди можна назвати справами, які є малозначними (нескладними) за своїм змістом.

Звернемо увагу на рішення Верховного Суду від 31 травня 2019 року (справа № 684/865/18). Вказана справа Верховного Суду є цікавою нам в частині критеріїв визнання справи малозначною. Малозначна справа є такою *в силу своїх властивостей*, при цьому тому незалежно від того чи визнав її такою суд першої чи апеляційної інстанції, враховуючи, що частина шоста статті 19 ЦПК України розміщена у Загальних положеннях цього Кодексу, які поширюються й на касаційне провадження, Верховний Суд вважає за можливе визнати цю справу малозначною. *Верховним Судом досліджено та взято до уваги: ціну позову, предмет позову, складність справи, а також значення справи для сторін і суспільства* й не встановлено випадків, передбачених пунктом 2 частини третьої статті 389 ЦПК України, за наявності яких судові рішення у малозначній справі підлягає касаційному оскарженню. Не містить таких посилань і касаційна скарга та додані до неї матеріали. Отже, зазначена справа є малозначною відповідно до частини шостої статті 19 ЦПК України, а тому ухвалені в ній рішення не підлягають касаційному оскарженню в силу вимог частини третьої статті 389 ЦПК України [7]. В ч. 3 ст. 389 ЦПК України зазначено: «Не підлягають касаційному оскарженню: 1) рішення, ухвали суду першої інстанції та постанови, ухвали суду апеляційної інстанції у справах, рішення у яких підлягають перегляду в апеляційному порядку Верховним Судом; 2) судові рішення у малозначних справах та у справах з ціною позову, що не перевищує двохсот п'ятдесяти розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб, крім випадків, якщо: а) касаційна скарга стосується питання права, яке має фундаментальне значення для формування єдиної правозастосовчої практики; б) особа, яка подає касаційну скаргу, відповідно до цього Кодексу позбавлена можливості спростувати обставини, встановлені оскарженим судовим рішенням, при розгляді іншої справи; в) справа становить значний суспільний інтерес або має виняткове значення для учасника справи, який подає касаційну скаргу; г) суд першої інстанції відніс справу до категорії малозначних помилково» [8].

Виокремимо один з наведених критеріїв малозначності справи – *ціну позову*. Повертаючись до норми ч. 2 ст. 389 ЦПК України вбачаємо, що в порядку спрощеного провадження розглядаються цивільні справи, ціна яких не перевищує 250 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб. Станом на 1 січня 2023 року, відповідно до ст. 7 Закону України «Про державний бюджет України на 2023 рік» прожитковий мінімум на одну працездатну особу становить 2684 гривні. [9] Шляхом здійснення математичних підрахунків вбачаємо, що малозначною є справа ціна якої не перевищує 671 000 гривень. В нас присутнє стійке переконання, що 671 000 гривень не може вважатися сумою, яку пересічний громадянин оцінює як малозначну. Можливо, прихильники закріплення малозначних справ в ЦПК України, як таких що мають розглядатися в порядку спрощеного позовного провадження, й вважають цю суму незначною, проте ми вважаємо, що представництво в таких справах все ж має здійснюватись професійними адвокатами.

Поняття «малозначні справи» притаманне й процесуальному законодавству держав – членів Європейського Союзу. Зокрема, слід погодитися з Кравцовим С. О.,

який зазначає, що правовий інститут малозначних спорів з'явився завдяки процесам гармонізації законодавства України із законодавством Європейського Союзу (далі – ЄС). Так, згідно з Регламентом Європейського парламенту та Ради Європейського Союзу № 861/2007 від 11 липня 2007 р. (далі – Регламент № 861/2007) [10], цей різновид справ загальнови́знаний і є *альтернативною стандартному судовому процесу* розгляду справ у країнах ЄС, у яких з 1 січня 2009 р. діє процедура розгляду дрібних позовів – The European Small Claims Procedure (далі – процедура ESCP). Метою запровадження процедури ESCP було забезпечення громадян Союзу швидким і зручним доступом до правосуддя [11, с. 126]. Звертаємо увагу, що мова йде не про альтернативну юрисдикцію, а про спрощену процедуру.

Крім цього маємо зосередити увагу на необхідності зміни переліку категорій справ, які розглядаються в порядку спрощеного позовного провадження й вилучити з цього переліку трудові спори. Уявляється, що необхідно надати гарантії сторонам в трудових спорах, притаманні загальному позовному провадженню, зокрема, проведення підготовчого засідання та судових дебатів, можливість витребування доказів тощо, адже переконані, що повний, всебічний та об'єктивний розгляд справи в суді першої інстанції, а також якісні, повне та об'єктивне рішення значно знизить кількість апеляційних та касаційних скарг. Крім цього, вважаємо, що представництво в трудових спорах має здійснюватись винятково професійними адвокатами з огляду на характер цих правовідносин та їх виняткову соціально-економічну значущість, оскільки право на працю є одним з основних соціально-економічних прав громадян України [21].

О. О. Штефан переконаний, що метою запровадження процедури розгляду малозначних справ в Україні, на відміну від країн Європейського Союзу, є *не підвищення ефективності захисту* порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави, а *розвантаження суддів у здійсненні ними правосуддя* [12].

Вважаємо, що позиція Штефана має право на існування, адже в питанні причин появи спрощених процедур варто розрізняти причини, які мають характер *de facto* та *de iure*. Розвантаженість судів – це *de facto* причина наявності спрощеного позовного провадження в цивільному судочинстві. Підвищення ефективності здійснення правосуддя – це *декларована* причина, яка, тим не менше також має досягатись не дивлячись на її декларативний характер. Ефективність правосуддя передбачає *якісне та швидке* здійснення правосуддя. Проте чи можливо якісно та швидко здійснити правосуддя, якщо представництво (захист) буде здійснюватись не професійними адвокатами, а пересічними громадянами, відносно яких не має вимог щодо кваліфікаційних ознак, передбачених Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»?

Звертаємо увагу на те, що законодавець розмежує поняття «юрист» та «адвокат» як родові та видові поняття. За загальним правилом, саме адвокат повноважний здійснювати представництво (захист), адже саме він володіє знаннями та навичками, які дозволяють надати клієнту якісну юридичну послугу, а також професійно здійснювати види адвокатської діяльності. Володіючи знаннями матеріального та процесуального законодавства, орієнтуючись в актуальній судовій практиці, адвокат може правильно застосувати матеріальну норму, оцінити перспективи дорученої справи та користуючись наявними процесуальними механізмами ефективно надати послугу щодо захисту.

Вважаємо за доцільне розглянути справу Європейського суду з прав людини (далі – Суд, Європейський суд з прав людини) «Загородній проти України». Європейський суд з прав людини наголосив, що дійсно право заявника на вільний вибір свого захисника було обмежене, оскільки захисник за його вибором був юристом, але не мав свідоцтва про право на заняття адвокатською

діяльністю. Однак таке обмеження права на вільний вибір захисника само по собі не порушує вимоги пп. «с» п. 3 ст. 6 Конвенції, оскільки певна юридична кваліфікація може вимагатись для забезпечення ефективного захисту особи [3].

Але маємо сказати, що Суд вгледів порушення принципу правової визначеності, яка виникла в результаті постановлення 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. Щодо справи Солдатова зазначимо на тому, що Конституційний Суд України визначив, що обмеження права на вибір захисника осіб, які притягаються до адміністративної відповідальності є порушенням норм ч. 1 ст. 59 Конституції України та ст. 64 Конституції України. Орган конституційної юрисдикції визначив, що наявна прогалина має бути подолана, а законодавство – реформовано. Проте, так як на момент розгляду справи «Загородній проти України» законодавець, традиційно, не подолав наявну прогалину, Суд визнав наявність порушення норми ст. 6 ЄКПЛ.

Вказано, що не можуть бути обмежені у будь-який спосіб права і свободи людини і громадянина, передбачені статтями 55, 59, 63 Конституції України. Проте на момент обмеження права особи у вільному виборі захисника національне законодавство так і не було приведене у відповідність до зазначеного Рішення Конституційного Суду України, що стало причиною порушення принципу правової визначеності, а отже й порушення права на справедливий суд.

Долучаючись до дискусії щодо концентрації повноважень щодо здійснення видів адвокатської діяльності в розумінні ст. 19 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» бажало запропонувати опонентам наступне. Якщо так звана «адвокатська монополія» буде скасована і, до прикладу, захист особи у кримінальних справах зможе здійснювати не тільки професійний адвокат, але і пересічний громадянин, тоді слідуючи принципу змагальності, а також реалізуючи ст. 21 Конституції України пропонуємо скасувати «монополію» прокуратури на підтримання державного обвинувачення. Якщо сторона захисту не обов'язково має бути представлена професійними юристами, тоді можливо, ми маємо поширювати інститут приватного обвинувачення на всі кримінальні провадження?

В такому випадку кожна особа, яка на законних підставах перебуває на території України зможе зібрати матеріали, які доведуть вину іншої особи, направити матеріали в суд і підтримуватиме приватне обвинувачення. Щоправда, така особа матиме складнощі щодо проведення негласних слідчих (розшукових) дій (далі – НС(Р)Д) та й не матиме можливості внести данні щодо кримінального провадження в Єдиний реєстр досудових розслідувань (далі – ЄРДР), але, думаємо, прихильники «скасування адвокатської монополії» та оцінювачі трактування норми ст. 59 Конституції України на власний розсуд оцінять запропоновану концепцію.

Наші опоненти також вважають, що «монополія» адвокатури перетворює спільноту професійних адвокатів в «закритий клуб» й це не відповідає рівню розвитку нашого суспільства [5]. В такому випадку пропонуємо відкрити дискусію щодо «закритого клубу прокурорів», «закритого клубу суддів», «закритого клубу слідчих». Як наші опоненти вважають, «адвокатська монополія» зумовлює появу «закритого клубу адвокатів» через, що якість надання юридичних послуг буде нижчою, тоді пропонуємо внести зміни до Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України) та на виконання ст. 21 Основного Закону України надати можливість здійснювати пра-

восуддя всім пересічним громадянам, більше того, переконані опоненти підтримають нас в пропозиції зробити ЄРДР відкритим реєстром, адже «суспільство має право знати».

Зрозуміло, що висловлюючи таку позицію ми застосуємо метод утрування, проте сама дискусія щодо можливості здійснення представництва (захисту) пересічними громадянами, на наш погляд, є абсурдною. Пропонуємо наші аргументи на користь того, що концентрація повноважень щодо здійснення видів адвокатської діяльності в розумінні ст. 19 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» професійними адвокатами є доцільним заходом законодавця, оскільки кожному правозастосовочному органу мають бути притаманні виключні повноваження.

По-перше, звертаємо увагу на наявність низки процесуальних гарантій, які надаються професійним адвокатам задля ефективного здійснення захисту особи, зокрема від кримінального переслідування.

Гарантії адвокатської діяльності, зокрема, наведені в ст. 23 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»:

1) забороняються будь-які втручання і перешкоди здійсненню адвокатської діяльності;

2) забороняється вимагати від адвоката, його помічника, стажиста, особи, яка перебуває у трудових відносинах з адвокатом, адвокатським бюро, адвокатським об'єднанням, а також від особи, стосовно якої припинено або зупинено право на заняття адвокатською діяльністю, надання відомостей, що є адвокатською таємницею. З цих питань зазначені особи не можуть бути допитані, крім випадків, якщо особа, яка довірила відповідні відомості, звільнила цих осіб від обов'язку зберігати таємницю в порядку, передбаченому законом;

3) проведення стосовно адвоката оперативних заходів чи слідчих дій, що можуть проводитися виключно з дозволу суду, здійснюється на підставі судового рішення, ухваленого за клопотанням Генерального прокурора, його заступників, прокурора Автономної Республіки Крим, області, міста Києва та міста Севастополя;

4) забороняється проведення огляду, розголошення, витребування чи вилучення документів, пов'язаних із здійсненням адвокатської діяльності;

5) адвокату гарантується рівність прав з іншими учасниками провадження, дотримання засад змагальності і свободи в наданні доказів та доведенні їх переконливості;

6) життя, здоров'я, честь і гідність адвоката та членів його сім'ї, їх майно перебуває під охороною держави, а посягання на них тягнуть відповідальність, передбачену законом;

7) адвокату гарантується право на забезпечення безпеки під час участі у кримінальному судочинстві в порядку, встановленому законом;

8) забороняється залучати адвоката до конфіденційного співробітництва під час проведення оперативних заходів чи слідчих дій, якщо таке співробітництво буде пов'язане або може призвести до розкриття адвокатської таємниці;

9) забороняється втручання у приватне спілкування адвоката з клієнтом;

10) забороняється внесення подання слідчим, прокурором, а також винесення окремої ухвали (постанови) суду щодо правової позиції адвоката у справі;

11) забороняється втручання у правову позицію адвоката;

12) орган або посадові особи, які затримали адвоката або застосували до нього запобіжний захід, зобов'язані негайно повідомити про це відповідну раду адвокатів регіону;

13) повідомлення про підозру адвоката у вчиненні кримінального правопорушення може бути здійснене виключно Генеральним прокурором, його заступником, прокурором Автономної Республіки Крим, області, міста Києва та міста Севастополя;

14) забороняється 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;

15) не можуть бути підставою для притягнення адвоката до відповідальності його висловлювання у справі, у тому числі ті, що відображають позицію клієнта, заяви у медіа, якщо при цьому не порушуються професійні обов'язки адвоката;

16) забороняється ототожнення адвоката з клієнтом;

17) дисциплінарне провадження стосовно адвоката здійснюється в особливому порядку [4].

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 кримінальній справі могли б бути допитані й процесуальна гарантія у виді адвокатської таємниці не розповсюджувалася б на цю особу. Відмова від дачі показань кваліфікувалася б за відповідною статтею Розділу XVIII Кримінального Кодексу України (далі – КК України) [16]. Заборона проведення огляду, розголошення, витребування чи вилучення документів, пов'язаних із здійсненням адвокатської діяльності; заборона залучати адвоката до конфіденційного співробітництва під час проведення оперативних 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 функцій.

Подолан А. Я. зазначає, що адвокат має право звертатися із запитами до визначених законом органів, установ та організацій про надання інформації, копій документів для надання правової допомоги клієнту. Це є важливим інструментом при зборі доказів та як наслідок – побудові правової позиції і належного захисту оспорюваного чи порушеного права. Відмова в наданні інформації на адвокатський запит, несвоєчасне або неповне її надання тягнуть за собою відповідальність [17].

Наша позиція співпадає, зокрема, з позицією Гвоздія В.: «за порушення чинного законодавства та правил адвокатської етики адвокат може притягуватися до дисциплінарної відповідальності. Діяльність адвоката є сертифікованою, оскільки, задля здійснення адвокатської діяльності потрібно скласти кваліфікаційний іспит. При цьому, чинне законодавство в сфері адвокатської діяльності передбачає обов'язок постійного підвищення кваліфікації. При цьому, діяльність адвоката забезпечується певними гарантіями (так, за ненадання відповіді на адвокатський запит, може наставати адміністративна відповідальність)» [20].

Виникає риторичне питання: чи не є надання можливості захисту особи в кримінальних справах непрофесіоналами без відповідних процесуальних гарантій обмеженням можливості виконання функцій захисника? Звісно, так.

По-друге, звернімося до питання виняткових повноважень органів влади та інститутів. Зокрема, відповідно до ст. 2 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» Кабінет Міністрів здійснює забезпечення проведення бюджетної, фінансової, цінової, інвестиційної, у тому числі амортизаційної, податкової, структурно-галузевої політики; політики у сферах праці та зайнятості населення, соціального захисту, охорони здоров'я, освіти, науки і культури, охорони природи, екологічної безпеки і природокористування; розроблення і виконання загальнодержавних програм економічного, науково-технічного, соціального, культурного розвитку, охорони довкілля, а також розроблення, затвердження і виконання інших державних цільових програм; забезпечення рівних умов для розвитку всіх форм власності; здійснення управління об'єктами державної власності відповідно до закону; здійснення заходів щодо забезпечення обороноздатності та національної безпеки України, громадського порядку, боротьби із злочинністю, ліквідації наслідків надзвичайних ситуацій; організація і забезпечення провадження зовнішньоекономічної діяльності, митної справи тощо [13]. Але з невідомої причини ми не спостерігаємо наукових праць, які б критикували «монополію» Кабінету Міністрів України, як конституційного органу, на здійснення цих повноважень.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про Конституційний Суд України» Конституційний Суд України є органом конституційної юрисдикції, який забезпечує верховенство Конституції України, вирішує питання про відповідність Конституції України законів України та у передбачених Конституцією України випадках інших актів, здійснює офіційне тлумачення Конституції України, а також інші повноваження відповідно до Конституції України [14]. Ні в кого не викликає сумнівів виключність повноважень Конституційного Суду щодо здійснювання ним зазначених в Законі функцій, як єдиного органу конституційної юрисдикції.

В ст. 5 Закону України «Про нотаріат» наведені виключні повноваження нотаріату, проте ніхто не ставить під сумнів концентрацію відповідних повноважень саме цим інститутом [15].

Мова йде про професійне виконання суспільно важливих функцій, а тому дискусію щодо так званої «адвокатської монополії» вважаємо схаластичною.

По-третє, звертаємо увагу на професійні вимоги, які висуваються до адвокатів: обов'язок складати кваліфікаційні іспити, проходити стажування та щорічно підвищувати свій професійний рівень [17]. Ці вимоги притаманні саме адвокатам, тоді як на пересічних громадян це не розповсюджується.

Крім цього, маємо розсіяти міф щодо нібито зменшення конкуренції серед адвокатів. Видойна М. І. зазначила, що так звана «адвокатська монополія» призведе до збільшення кількості професіоналів в адвокатській професії. Збільшення кількості адвокатів відбудеться через отримання статусу адвоката більшістю практикуючих юристів для можливості представляти клієнтів у судах. При цьому збільшення кількості адвокатів підвищить конкуренцію та професійні стандарти і дозволить громадянам вибрати собі захисника як мінімум не гіршого, ніж тепер [18, с. 119]. Проте, Моисенко Д. все ж переконаний в тому, що з огляду на відносну бідність населення України, наявність так званої «адвокатської монополії» негативно впливає на рівність громадян в праві на доступ до правосуддя. Автор визначає, що введення в Україні «адвокатської монополії» на представництво осіб у судах у цивільному, адміністративному, господарському судочинстві є, щонайменше, передчасним. Враховуючи матеріальний стан більшості населення України та незбалансованість певних правових норм, він констатує, що «адвокатська монополія» створює суттєві перешкоди для доступу матері-

ально незахищеної категорії громадян до правосуддя [21]. Вважаємо позицію автора популістською. Ліквідація концентрації повноважень щодо здійснення видів адвокатської діяльності в розумінні ст. 19 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» професійними адвокатами вплине на ефективність не лише розгляду конкретної справи, але й на стан правосуддя загалом.

Деякі науковці, на наш погляд, не обґрунтовано вбачають в закріпленні концентрації повноважень щодо здійснення видів адвокатської діяльності в розумінні ст. 19 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» професійними адвокатами, порушення конституційного права гарантованого ч. 1 ст. 59 Конституції України. Зокрема, як зазначав Лященко Р. Д. «монополія адвокатури суперечить принципу верховенства права, ускладнюється доступ до правосуддя». Він вказує: «По-перше, Конституцією України передбачено, що права людини не можуть бути обмежені; по-друге, адвокатська монополія передбачає обмеження права громадян на вільний вибір захисника виключно з числа професійних адвокатів. Можливість отримати правничі послуги від правника, що не є професійним адвокатом, обмежена законом» [5, с. 24]. Крім цього Бойко О. писав, що через введення адвокатської монополії, обмежено право будь-якої особи здійснювати представництво, що в свою чергу призвело до того, що особа, яка не має можливості відвідувати судові засідання, мусить укласти договір про надання правової допомоги із адвокатом. [19] Вважаємо цю точку зору спірною, адже в розумінні національного законодавства та практики Європейського суду з прав людини, а також практикою європейських країн та Сполучених Штатів Америки, в надання правової допомоги виключно адвокатами таке обмеження не є таким, що порушує право на правову допомогу. Крім цього, національне законодавство передбачає можливість отримання безоплатної правової допомоги, як первинної так і вторинної, що передбачено Законом України «Про безоплатну правову допомогу» (ст. 7 та ст. 13 зазначеного Закону).

Більше того, звертаємо увагу на те, що адвокат сплачує податок від доходів, отриманих з надання професійної правничої допомоги, в той час як особи, які здійснюють непрофесійне представництво особи не сплачують відповідний податок, передбачений для професійних адвокатів, що є безперечно негативним моментом з точки зору наповнення Державного бюджету України.

Важливим видається питання рівня професійності правничої допомоги, яка надається клієнту. Аби переконати опонентів вважаємо за доцільне навести приклад кількох європейських держав. Зокрема, у Великій Британії, як представниці країн класичного права, наявні два типи юристів: соліситори (solicitor) та баристери (barrister). Соліситори – це адвокати, які можуть надавати правову консультацію. Соліситори мають повну юридичну освіту, вони можуть представляти інтереси клієнта в суді, але лише в судах першої інстанції. Баристери – це адвокати в тому розумінні поняття «адвокат» в якому воно існує в Україні. Баристери мають повноваження представляти інтереси клієнта в усіх органах системи судової влади Великої Британії, тобто здійснювати повний комплекс надання юридичних послуг [22, с. 7].

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, в усіх країнах Латинської Америки та ін. 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, – мож-

лівість того, що сторону в суді представлятиме особа, яка не є адвокатом, вкрай мала, при цьому вона обмежується першою інстанцією [23, с. 198]. Нагадаємо, що аналогічний підхід був описаний нами і щодо Великої Британії.

Стосовно адвокатської монополії у Франції справедливим буде теза про те, що ця «монополія» не є абсолютною. У багатьох спеціалізованих інстанціях під час розгляду справ посередництво адвоката зовсім не потрібне, наприклад, розглядаючи цивільні справи зі сумою позову до 10 тисяч євро, що належать до компетенції «судів малої інстанції». Проте, на наш погляд, зважаючи на рівень правової обізнаності французів та виходячи з рівня доходів в цій країні, суму позову до 10 тисяч євро можна назвати малозначною [23, с. 198].

Резюмуючи вище зазначене вважаємо за доцільне зауважити на тому, що хоча дискусія щодо так званої «адвокатської монополії» й набула певних масштабів, фактично поділивши юридичну спільноту на дві частини, кожна з яких відчайдушно доводила свою позицію, проте вважаємо, що подальша популяризація цього спору є недоцільною. Наведені нами та іншими прибічниками концепції концентрації повноважень в межах адвокатури та недопустимість їх розпорощення на невизначене коло осіб є соціально обумовленими та обґрунтованими.

Наші опоненти зробили спробу аргументувати свою позицію, але, на наш погляд, їх аргументи не переконливими і спростовуються реальним станом законодавства та існуючими гарантіями належного доступу до якісної професійної правничої допомоги. Вважаємо, що імплементація

їхньої позиції в законодавстві матиме негативні наслідки як для конкретної особи, так і для правосуддя в цілому.

Посилаючись на рішення Європейського суду з прав людини нами доведено, що наділення адвокатури винятковими повноваженнями щодо здійснення видів адвокатської діяльності не є порушенням норм ст. 59 Конституції України та ст. 6 ЄКПЛ і має бути притаманне винятково адвокатури.

Вказано, що саме наявність виняткових процесуальних гарантій, якими наділений адвокат, сприяє ефективному захисту інтересів клієнта. Зазначено на професійних вимогах, які ставляться до адвокатів й вказано, що саме зазначені вимоги сприяють наданню якісних юридичних послуг. Зауважено на неможливості наділення повноваженнями захисту та представництва особи іншими суб'єктами без шкоди правосуддю.

Вважаємо правильним кроком законодавця щодо посилення 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, маючись 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. Конституція України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141
2. Про природні монополії: Закон України від 20 квітня 2000 року №2849-ІХ. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1682-14#Text>
3. Рішення Європейського суду з прав людини «Загородній проти України». *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_739#n93
4. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05 липня 2012 року № 5076-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text>
5. Лященко Р. Д., Мамчур С. М. *Адвокатська монополія в Україні: плюси та мінуси реформування. Право і суспільство: Розбудова держави і права: питання теорії та конституційної практики*. № 1, частина 2. 2018. С. 21–25.
6. 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/>
7. Рішення Верховного Суду від 31 травня 2019 року в справі № 684/865/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82119324>
8. Цивільний процесуальний кодекс України 18 березня 2004 № 1618-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>
9. Про державний бюджет України на 2023 рік: Закон України від 03 грудня 2022 року № 2710-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2710-20#Text>
10. Regulation under European Parliament and of the Council Establishing a European Small Claims Procedure № 861/2007, 11.07.2007. URL: <http://register.consilium.europa.eu>
11. Кравцов С. О., Гуденко Д. О. Воробйова В. І. Малозначність спору як «процесуальний фільтр» касаційного оскарження. *Юридичний науковий електронний журнал*. № 6. 2019. С. 126–129. URL: http://www.lsej.org.ua/6_2019/30.pdf
12. Штефан О. О. Малозначні справи: порівняльно-правовий аналіз законодавства України та ЄС. *Інтернаука. Серія «Юридичні науки»*. URL: <https://www.inter-nauka.com/uploads/public/15700070815781.pdf>
13. Про Кабінет Міністрів України: Закон України від 27 лютого 2014 року №794-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/794-18#Text>
14. Про Конституційний Суд України: Закон України від 13 липня 2017 року № 2136-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19#Text>
15. Про нотаріат: Закон України від 02 вересня 1993 року № 3425-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12#Text>
16. Кримінальний Кодекс України від 05 квітня 2001 року № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>
17. Подолян А. Я. Монополія адвокатів на представництво в судах: за і проти. *Адвокатура: минуле, сучасність та майбутнє*. Тези XII міжнародної науково-практичної конференції. 2022.
18. Видойна М. І. *Адвокатська монополія: позитивні та негативні аспекти*. 2020.
19. Бойко О. «Адвокатська монополія» судової реформи: думка правозахисника. *Новинарня : український ньюз-рум*. 2016. URL: <https://novynarnia.com/2016/06/09/advokatska-monopoliya-sudovoyi-reformi-dumkapravozahisnika>
20. Гвоздй 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-gvozdij>
21. Мамницький В. Ю., Суховерхий О. О. Спрощене провадження цивільного судочинства як процесуальна форма розгляду трудових спорів. Доцільність та тенденції розвитку законодавства в цій сфері. *Юридичний науковий електронний журнал*. № 6. Запоріжжя. Червень 2023.
22. Коваль О. *Адвокатська монополія на представництво в судах на прикладі баристерів Великої Британії. Адвокатська промисловість – 2021* : матеріали міжкафедрального наукового семінару, м. Київ, 15 грудня 2021 року / відп. ред. Н. В. Фастовець. Київ : КНУТД, 2021. С. 7–9.
23. Шандура О. Деякі аспекти адвокатської монополії в Україні: національні тенденції та міжнародний досвід. *Збірник матеріалів Міжнародного Симпозіуму «Реформи українського законодавства: сучасний розвиток»*. Грац, Австрія. 2020. С. 195–200.