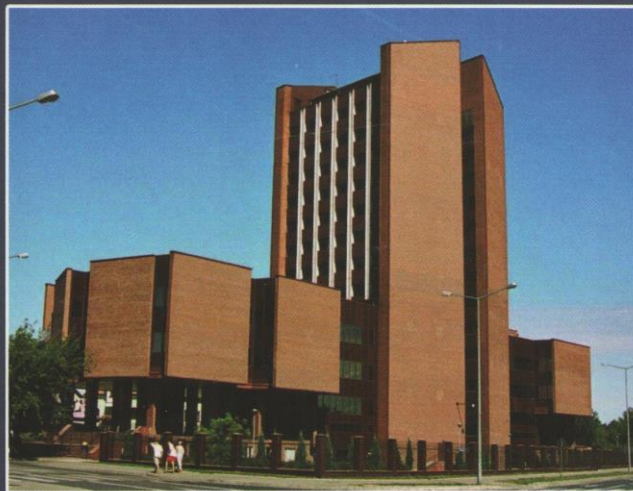


IUS ET AMICITIA

Pierwsze Polsko - Ukraińskie



Forum Prawnicze



Sąd Okręgowy w Tarnobrzegu

Recenzenci:
Prof. dr hab. Elżbieta Ura
dr hab. E. Dymia prof. nadzw. UR

Tłumaczenia:
Andrij Kosyło

Wydanie finansowane z Projektu finansowanego przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych Departament Współpracy Rozwojowej w ramach rezerwy celowej,
„Wsparcie międzynarodowej współpracy na rzecz demokracji i społeczeństwa obywatelskiego, w tym na dofinansowanie Specjalistycznych Studiów Wschodnich Uniwersytetu Warszawskiego, oraz implementacja polskiego programu współpracy na rzecz rozwoju”.

Wydawca:
Sąd Okręgowy w Tarnobrzegu

WYDANIE DRUGIE UZUPEŁNIONE

ISBN 978-83-925182-1-1

Okładka, skład i opracowanie graficzne:
Dariusz Krajewski

Druk i oprawa:
Wydawnictwo Diecezjalne i Drukarnia w Sandomierzu
27-600 Sandomierz, ul. Żeromskiego 4
tel. 015 64 40 400, fax 015 832 77 87
www.wds.pl

АНДРІЙ КОСИЛО

Правова допомога в демократичній правовій державі: правове регулювання в Європейському Союзі, Польщі та Україні

I.

Правова допомога – основні положення

Однією з основоположних засад демократичної правової держави, і одночасно критерієм, який визначає державу як правову та демократичну є – забезпечення належного захисту Прав Людини.

В свою чергу, ефективна реалізація та захист Прав Людини є неможливим без надання особі правової допомоги. Виникає це з банальної тези, що в сьогоденному Світі, де кожен крок особи врегульовано правовими нормами, особі, яка не володіє спеціальними юридичними знаннями, важко самостійно реалізувати та захищати свої права.

Правова допомога повинна сприяти забезпеченню безпеки правового обороту в державі та виконувати роль інструменту захисту прав особи, в тому числі, реалізації її права доступу до судочинства.

Тому, важливе значення відіграє те, хто може надавати правову допомогу та в яких межах. Оскільки, від фаховості правової допомоги, що надається, залежить на скільки цей інститут виконує покладені на нього функції забезпечення безпеки правового обороту та реалізації прав та свобод особи¹.

В класичному розумінні правова допомога передбачає вчинення особою, яка її надає на користь клієнта або від його імені таких дій, як:

1. надання правових порад, складення правових висновків;
2. складення правових документів;
3. представництво інтересів клієнта перед органами публічної влади, судами юридичними та фізичними особами².

В європейській правовій культурі загально прийнято, що всі ці види правової допомоги надає адвокат. В такому розумінні, адвокат виступає під різними назвами цієї професії: Рехтсанвальт (*Rechtsanwalt*) в Німеччині, Авокат (*Avocat*) у Франції, Авvocato (*Avvocato*) в Італії, Адвокат в Україні. В деяких державах функції адвоката виконують представники двох професій. Наприклад, в Великій Британії – Беррістер (*Barrister*) та Солісітор (*Solicitor*), - або в Польщі – Адвокат (*Adwokat*) та Правовий Радник (*Radca Prawny*).

Деякі правові системи передбачають, що окремі види правової допомоги, як наприклад, надання правових порад, можуть надавати господарюючі суб'єкти в яких засновниками

¹ Про роль правової допомоги в системі демократичної правової держави порівняйте: А. Корибські, А. Косило, Правова допомога в демократичній правовій державі // Матеріали першої науково-практичної конференції „Правова система суспільства: проблеми, перспективи”. – Кіровоград. – 2005, с. 33

² Порівняйте наприклад зі змістом ст. 4 Закону Республіки Польща „Про адвокатуру” від 26 травня 1982 р. опублікований в „Dziennik Ustaw”, 2002, nr 123, poz. 1058 або зі змістом ст. 5 Закону України „Про адвокатуру” від 19 грудня 1992 р., опублікований в: ВВР, 1993, № 9).

(працівниками) не обов'язково повинні бути адвокати. В Україні, такий господарюючий суб'єкт навіть може виступати як представник сторони в цивільному, адміністративному та господарському процесі³. Відповідно до положень польського законодавства, особа з вищою юридичною освітою, може виступати в якості представника сторони в цивільному судочинстві, якщо вона діє на підставі постійної угоди про надання послуг, у випадку, якщо предмет справи охоплюється дією цієї угоди, або, якщо особа здійснює загальне управління майном або інтересами сторони. В такому випадку, представник сторони не повинен бути адвокатом чи правовим радником.

З огляду на те, що правову допомогу в Польщі та в Україні можуть надавати окрім адвокатів і інші особи, в даній статті присвяtimo також і увагу відповідним правовим врегулюванням, що уможливають такий стан справ.

II.

Правова допомога в Європейському Союзі

Національні правові системи країн-членів ЄС передбачають надання правової допомоги адвокатами в широкому розумінні цього слова, тобто, особами, що мають юридичну освіту, юридичний стаж, здали відповідний екзамен та отримали право надання правової допомоги. Усі ці вимоги, щодо адвоката (особи наділеної правом надання правової допомоги) встановлюються положеннями внутрішнього права окремих країн членів ЄС і, відповідно, мають певні відмінності між собою. Крім того, до моменту введення відповідних положень законодавства ЄС в цій сфері, положення законодавства в окремих державах приналежних до Європейських Спільнот не передбачали визнання повноважень адвокатів які вони отримали в іншій державі. Застосування на практиці таких основоположних засад, на яких ґрунтується вся система ЄС, як – свобода руху осіб та свобода надання послуг, сприяло виникненню відповідних врегулювань в сфері свободи надання правової допомоги. Це два основні акти:

- Директива Європейського Економічного Союзу № 77/249 від 22 березня 1977 р. в справі полегшення ефективного використання адвокатами свободи надання послуг⁴, та

- Директива Європарламенту та Ради № 98/5/WE від 16 лютого 1998 р. Про полегшення виконання професії адвоката на постійній основі іншій в державі ЄС, ніж та, в якій отримано кваліфікацію⁵ (надалі – Директиви).

В розумінні обох цих директив, поняття „адвокат” включає в себе кожен особу, яка наділена правом здійснення професійної діяльності використовуючи при цьому звання присвоєне їй в одній з держав ЄС. Наприклад: в Бельгії – Авокат (*Avocat* або *Advocaat*) в Данії – Адвокат (*Advokat*), у Франції Авокат (*Avocat*), у Греції – Дікігорос (*Dikigoros*) і т.п.

Основним завданням Директив є створення можливості надання адвокатами правової допомоги на території іншої держави-члена ЄС, ніж та, в якій отримано професійне звання (країна походження).

Директиви передбачають дві можливості реалізації права адвоката на надання правової допомоги в інших державах ЄС, як країна походження.

³ Також див.: Косило А.Б., Реформа адвокатури України в контексті судово-правової реформи (досвід Республіки Польща) // Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. Збірник наукових статей. – Івано-Франківськ. – 2002. – с.206.

⁴ Council Directive (EEC) 77/249 of 22 March 1977 to facilitate the effective exercise by lawyers of freedom to provide services, Dz. Urz. 1977 L 78, s. 17

⁵ Directive 98/5/EC of the European Parliament and of the Council of 16 February 1998 to facilitate practice of the profession of lawyer on a permanent basis in a Member State other than that in which the qualification was obtained, Dz. Urz. 1998 L 77, s. 36.

Перша – надання правової допомоги в іншій країні ЄС на підставі професійного звання отриманого в країні походження.

Друга – інтеграція з адвокатурою приймаючої країни.

Директива № 77/249 від 22 березня 1977 р. стосується лише цього першого випадку. Натомість, Директива № 98/5/WE від 16 лютого 1998 р. більш повно регулює першу та другу можливості. Якщо зі змісту Директиви № 77/249 від 22 березня 1977 р. виникає, що її авторам радше йшлося про створення можливості надання адвокатами спорадичних правових послуг, то, як задекларовано в ст. 1 Директиви № 98/5/WE від 16 лютого 1998 р., її метою є спрощення здійснення професії адвоката на постійній основі, будучи самопрацевлаштованим в іншій державі ЄС ніж та, в якій отримано професійну кваліфікацію.

Перший варіант, який містять Директиви передбачає, що адвокат може надавати правову допомогу на території іншої держави ЄС на підставі професійного звання отримано в країні походження. У цьому випадку, адвокат зобов'язаний користуватись виключно професійним званням, яке він отримав в країні походження у вираженні державною мовою країни походження у чіткий спосіб, з метою уникнення переплутання його з званням адвоката, що існує в приймаючій країні.

При цьому варіанті, адвокат може надавати спорадичні правові послуги, або здійснювати практику на постійній основі.

Ст. 5 Директиви № 98/5/WE від 16 лютого 1998 р. Передбачає, що адвокат, який здійснює практику на основі звання отриманого в країні походження, здійснює ту ж саму професійну діяльність, що й адвокат, який практикує на підставі професійного звання присвоєного в приймаючій країні і, зокрема, може надавати юридичні консультації із права країни походження, права ЄС, міжнародного права а також права приймаючої країни. Цей принцип містить також і деякі винятки: директиви категорично і однозначно не надають адвокатам права виступати перед кожним судом в ЄС, однак, відносять вирішення цього питання до компетенції національного права окремих країн ЄС. Так, Директива № 77/249 від 22 березня 1977 р. (ст. 5) так само, з рештою, як і Директива № 98/5/WE від 16 лютого 1998 р. (ст. 5) передбачає можливість для приймаючої країни встановлювати для адвоката з іншої країни ЄС вимогу співпраці адвокатом, який отримав повноваження в цій країні. Також приймаюча країна наділена правом встановлювати обмеження стосовно можливості адвоката з іншої країни ЄС виступати перед вищими судами та здійснювати функції пов'язані зі складенням актів про управління майном померлої особи або про встановлення або перенесення права власності на нерухоме майно.

Відповідно до Директиви № 98/5/WE від 16 лютого 1998 р., адвокат, який бажає практикувати в іншій державі ЄС, як та в якій він отримав повноваження, повинен зареєструватися в відповідних органах приймаючої країни (ст. 3).

Також, відповідно до ст. 5 Директиви № 77/249 від 22 березня 1977 р., приймаюча країна може вимагати, щоб адвокат був представлений відповідно з місцевими звичаями та засадами голові відповідного суду, чи голові відповідної корпорації (ради) адвокатів в приймаючій країні.

Другий варіант здійснення професії адвоката на території іншої країни ЄС, як країна походження передбачає інтеграцію адвоката з адвокатурою приймаючої країни.

Можливості інтеграції присвячено зміст ст. 10 Директиви № 98/5/WE від 16 лютого 1998 р. Відповідно до котрої, адвокат, що практикує на підставі професійного звання, котрий дійсно та постійно протягом трьох років на території приймаючої країни здійснював професійну діяльність, що стосувалася права цієї приймаючої країни або права ЄС, звільняється від обов'язку виконання вимог передбачених в ст. 4 (1) (b) Директиви 89/48/EEG/. Оцінка того, чи адвокат дійсно та постійно практикував в приймаючій країні а також, оцінка його готовності до продовження професійної діяльності в цій країні,

здійснюється шляхом проведення кваліфікаційної розмови з представниками відповідних публічних чи корпоративних (професійних) органів приймаючої країни⁶.

III. Правова допомога в Польщі

У Польщі традиційно склалося, що правову допомогу надають дві юридичні професії, кожна у певному обсязі. Це професії адвоката та правового радника. Окрім представників цих юридичних професій, юридичну допомогу у дещо обмеженому обсязі можуть надавати особи з вищою юридичною освітою (суб'єкти господарської діяльності), а також закордонні юристи⁷.

Професії адвоката і правового радника були закріплені на основі законів, відповідно: Закон про адвокатуру від 26 травня 1982 р., а також - Закон про правових радників від 6 липня 1982 р. Обидві ці професії створено згідно з принципами професійного самоврядування. Устрій органів професійного самоврядування адвокатів та правових радників дуже схожий. Схожими є також передумови доступу до обох цих професій, професійна етика й основи дисциплінарної відповідальності. Основною різницею є обсяг правової допомоги, що надається адвокатами і правовими радниками. Адвокат може надавати щодо засади усі види правової допомоги⁸, однак, обсяг правової допомоги що її надає правовий радник був від самого початку утворення цієї професії обмежений, хоча поступово відбувалося його розширення. На сьогоднішній день правового радника, порівняно з професією адвоката, стосується тільки таке обмеження, що він не може виступати в якості захисника у кримінальній справі⁹.

Сучасний устрій адвокатського самоврядування, на який пізніше рівнялась також професійна корпорація правових радників, свої підстави черпає ще з устрою адвокатури міжвоєнного періоду. Основні ідеї устрою адвокатури і доступу до професії адвоката, що збереглися й донині, містилися ще в Декреті Начальника Держави від 24 грудня 1918 р. У справі тимчасового статуту Палестри [Адвокатури] Польської Держави¹⁰. Згідно з положеннями чинного законодавства, устрій адвокатського самоврядування виглядає наступним чином. Загальнонаціональним органом адвокатури є: Крайовий З'їзд Адвокатури (орган, що вибирає інші загальнонаціональні органи¹¹), Вища Адвокатська Рада (представницький праводавчий і виконавчо-контрольний орган,), Вищий Дисциплінарний Суд (вищий орган дисциплінарної юрисдикції адвокатів), Вища Ревізійна Комісія (орган що здійснює контроль фінансової та господарської діяльності Вищої Адвокатської Ради). Територіальною одиницею адвокатського самоврядування є палата адвокатів. Палату адвокатів творять адвокати та адвокатські апліканти (помічники адвокатів), що здійснюють

⁶ Patrz także Bohdan Łukasz, Usługi prawnicze w Unii Europejskiej, Kraków 2000, s.28-29.

⁷ Пор.: Zenon Klatka, Wykonywanie zawodu radcy prawnego i adwokata, Warszawa 2004, s. 3.

⁸ Однак, див. Рішення Конституційного Трибуналу Республіки Польща від 21 травня 2002 р. (ТК, К 30/01, ОТК-А 2002/3/32). Цим рішенням Конституційний Трибунал Польщі визнав конституційними положення ст. 236 ч.1 та ч. 3 Закону – Право промислової власності, згідно яких представником в попередньому провадженні перед Патентною Службою може бути лише патентний повірений. Тим самим, підтвердивши те, що адвокат та правовий радник не можуть бути представниками в цьому виді провадження.

⁹ Пор.: Zenon Klatka, Wykonywanie zawodu radcy prawnego i adwokata, Warszawa 2004, s.17-20.

¹⁰ Dekret z dnia 24 grudnia 1918 r. w przedmiocie statutu tymczasowego Palestry Państwa Polskiego, „Dziennik Praw Państwa Polskiego”, nr 22, poz. 75, w: „Palestra”, 2003, nr 11-12, s. 9.

¹¹ З застереженням, що у склад Вищої Адвокатської Ради, окрім адвокатів, вибраних Крайовим З'їздом Адвокатури, входять також декани (голови) усіх окружних адвокатських рад. Див.: статтю 57 закону про адвокатуру від 26 травня 1982 р. (з пізнішими змінами).

діяльність на території округу палати, територіальний радіус дії якої визначає Вища Адвокатська Рада, виходячи, передусім, з територіального розподілу судової адміністрації. На практиці це виглядає так, що палати адвокатів охоплюють територію, як правило, відповідну до округів апеляційних судів. Органи палати: збори палати, що складаються з професійно активних адвокатів а також представників інших адвокатів; окружна адвокатська рада (виконавчий орган колегії); дисциплінарний суд (суд першої інстанції у дисциплінарних справах адвокатів), ревізійна комісія (орган що здійснює контроль фінансової та господарської діяльності окружної адвокатської ради)¹².

Як вже було сказано, устрій органів самоврядування правових радників дуже схожий на устрій адвокатської професійної корпорації. Відповідно, функції загальнонаціональних органів самоврядування виконують: Крайовий З'їзд Правових Радників, Крайова Рада Правових Радників, Вища Ревізійна Комісія та Вищий Дисциплінарний Суд. Територіальною одиницею самоврядування правових радників є окружна палата правових радників. Відповідно, її органами є: збори окружної палати правових радників, рада окружної колегії правових радників, окружна ревізійна комісія й окружний дисциплінарний суд.

Членами органів самоврядування адвокатів та правових радників можуть бути, відповідно, тільки адвокати або тільки правові радники.

Доступ до обох названих юридичних професій традиційно залежить від виконання кандидатом, наступних передумов:

- 1) бездоганність характеру й доведення своєю попередньою поведінкою запевнення щодо дальшого правильного виконання професії,
- 2) повне володіння публічними правами, а також повна дієздатність,
- 3) наявність вищої юридичної освіти отриманої в Польщі й одержання професійного титулу магістра або вищої юридичної освіти здобутою за кордоном та визнаної на території Польщі,
- 4) проходження у Польщі аплікації* (відповідно - адвокатської або правових радників) і здача іспиту (відповідно - адвокатського або правового радника)¹³.

Традиційно теж у Польщі до 2004 року було встановлено, що набір на адвокатську аплікацію чи аплікацію правових радників, проведення адвокатського іспиту чи іспиту правового радника, виконують відповідно - орган адвокатського самоврядування чи самоврядування правових радників. Але в останніх роках правові регулювання у цій сфері зазнали суттєвих змін. Цікавим є те, що ці зміни були інспіровані не тільки законодавцем але також і органом конституційної юрисдикції Польщі - Конституційним Трибуналом. Часто буває, що конституційно-судова практика здійснюючи ревізію діючого права йде в першій колонії, ніби прокладаючи шлях іноді навіть радикальним законодавчим змінам. І що ще цікавіше, деколи може ці зміни, яким сама ж проклала дорогу, відмінити цілком або частково. У такий спосіб, беручи участь в становленні права. Головні рішення Конституційного Трибуналу, що стосувались надавання правової допомоги, це вирок від 26 листопада 2003 р., вирок від 18 лютого 2004 р. а також вирок від 19 квітня 2006 р.

¹² Пор.: *Organy i korporacje ochrony prawa*, pod red. Stanisława Sagana, Warszawa 2001, s. 314-315.

* Адвокатська аплікація передбачає проходження аплікантом (помічник адвоката, стажист) стажування в адвокатській конторі, в суді, інших правничих інституціях. Таке стажування також поєднане із теоретичними заняттями, які організовує відповідна окружна адвокатська рада і які відбуваються, як правило, раз на тиждень. Аплікація триває три з половиною роки. Для того, щоб особа стала адвокатським аплікантом, вона повинна пройти конкурс, який в даний час в Польщі проводить державна комісія до якої також належать і адвокати. Аналогічним є й порядок проходження аплікації у правових радників.

¹³ Пор. зміст статті 65 закону про адвокатуру від 26 травня 1982 р. і статті 24 закону про правових радників від 6 липня 1982 р.

Встановлюючи вироком від 18 лютого 2004 р., що орган самоврядування адвокатів не може на підставі самостійно встановлених критеріїв обмежувати кількість аплікантів, а також, що органи самоврядування адвокатів й правових радників не можуть приймати та затверджувати правила проведення конкурсного набору аплікантів, - Конституційний Трибунал тим самим стимулював орган законодавчої влади до врегулювання згаданих питань у відповідний спосіб у світлі свого рішення.

30 червня 2005 р. Сейм прийняв Закон про зміну закону – Право про адвокатуру та деяких інших законів¹⁴. Це був у прямому розумінні цього слова революційний закон. Принципові зміни, запроваджені даним законом, полягали у наступному:

- До закону право про адвокатуру та закону про правових радників було впроваджено положення, яке передбачало, що окрім адвокатів та правових радників правову допомогу можуть надавати також особи з вищою юридичною освітою, за винятком судового представництва, хіба що ці особи діють на підставі договору постійного доручення, якщо предмет справи входить обсяг цього доручення, або ж здійснюють управління майном чи інтересами сторони.
- Розширено коло осіб, звільнених від обов'язку проходження аплікації і складення екзамену, за рахунок осіб, які здали суддівський, прокурорський екзамен, а також екзамен на правового радника та нотаріуса.
- Впроваджено положення, які б давали можливість деяким категоріям осіб приступити до здачі адвокатського екзамену або екзамену на правового радника без обов'язку проходження адвокатської чи суддівської аплікації. До грона таких осіб були віднесені: 1) доктори правових наук; 2) особи, які після отримання вищої юридичної освіти працювали на підставі угоди на посадах, пов'язаних з застосуванням або творенням правових норм протягом щонайменше 5 років, причому не довше ніж 8 років перед складенням подання з проханням про допущення до адвокатського екзамену чи екзамену правового радника; 3) особи, які після здобуття вищої юридичної освіти надавали особисто і безперервно на підставі договорів доручення послуги, що полягають на застосуванні або творенні правових норм протягом щонайменше 5 років, причому не довше ніж 8 років перед складенням подання з проханням про допущення до адвокатського екзамену чи екзамену правового радника; 4) особи, які після отримання вищої юридичної освіти протягом щонайменше 5 років, причому не довше ніж 8 років перед складенням подання з проханням про допущення до адвокатського екзамену чи екзамену правового радника займалися господарською діяльністю, якщо предмет тієї діяльності охоплював надання правової допомоги; 5) особи, які протягом щонайменше 5 років, причому не довше ніж 8 років працювали на посаді судового референта або помічника судді.
- Передано компетенції, пов'язані з проведенням аплікантського та адвокатського (чи на правового радника) екзамену від відповідних рад професійного самоврядування адвокатів та правових радників до спеціальних екзаменаційних комісій, що створюються при Міністерстві юстиції. У таких комісіях з семи членів адвокатам або правовим радникам належить лише два місця. Інші члени комісії – це троє представників Міністерства юстиції, один науковий працівник і один прокурор. Голову комісії призначає Міністр юстиції з числа своїх представників. Зважаючи на те, що прокуратура належить до відомства Міністерства юстиції, можна з певністю ствердити, що у таких комісіях вирішальний голос завжди належав би до осіб, які представляють Міністра юстиції¹⁵.

¹⁴ Ustawa z dnia 30 czerwca 2005 r. o zmianie ustawy – Prawo o adwokaturze i niektórych innych ustaw, „Dziennik Ustaw”, 2005, nr 163, poz. 1361.

¹⁵ Див. також: Andrzej Zwara, Uwagi do nowelizacji ustawy prawo o adwokaturze, Warszawa 2006, s. 21-30

Вища Адвокатська Рада, користуючись своїм правом, звернулася до Конституційного Трибуналу з поданням про вирішення питання про конституційність закону – Право про адвокатуру та деяких інших законів від 30 червня 2005 р.

Конституційний Трибунал у своєму рішенні від 19 квітня 2006 р. визнав деякі положення оскарженого закону такими, що не відповідають Конституції, зокрема:

- Положення, які позбавляють органи адвокатського професійного самоврядування впливу на встановлення підстав складання адвокатського екзамену, який є необхідним для здійснення нагляду над належним виконанням професії адвоката,
- Положення закону про адвокатуру, яке б дозволяло надавати правову допомогу особами з вищою юридичною освітою, що не належать до професійної корпорації адвокатів,
- Положення, відповідно до яких виконувати обов'язки адвоката можуть особи, які після складання суддівського і прокурорського екзаменів або екзамену на правового радника чи нотаріуса не володіють достатньою практикою у правничій професії,
- Положення, відповідно до яких до складання адвокатського екзамену без обов'язку попереднього проходження адвокатської аплікації допускаються особи, які після здобуття вищої юридичної освіти працювали на підставі угоди на посадах (надавали послуги), пов'язаних з застосуванням або творенням правових норм протягом щонайменше 5 років.
- Положення, на підставі яких окружні адвокатські ради були позбавлені своїх повноважень щодо проведення адвокатського екзамену на користь спеціальних екзаменаційних комісій, які мали створюватись при Міністрі юстиції.
- Зважаючи на те, що станом на сьогодні Конституційний Трибунал прийняв рішення лише в межах Конституційної скарги Вищої Адвокатської Ради, зміни внесені до закону про правових радників на підставі закону від 30 червня 2005 р. про зміну закону – Право про адвокатуру та деяких інших законів, не були визнані неконституційними. Внаслідок чого регулювання доступу до професій адвоката та правового радника виглядають у Польщі по-іншому. Також, належить зауважити, що закон про правових радників далі містить положення, яке передбачає, що окрім правових радників правову допомогу можуть також надавати особи з вищою юридичною освітою, за винятком судового представництва, хіба що ці особи діють на підставі договору постійного доручення, якщо предмет справи входить в обсяг цього доручення, або ж здійснюють управління майном чи інтересами сторони.

Надання в Польщі правової допомоги господарюючими суб'єктами

Як вже було згадано, у своєму Рішенні від 26 листопада 2003 р., Конституційний Трибунал дійшов до висновку, що положення законодавства не дозволяють однозначно ствердити, якого типу діяльність чи які дії, що входять до сфери надання правових послуг у широкому розумінні, належать до виключної компетенції правового радника чи адвоката. Ухвалюючи таке рішення, Конституційний Трибунал фактично ствердив, що особа з вищою юридичною освітою може надавати юридичні послуги, не будучи при цьому адвокатом чи правовим радником.

Також, пізніші зміни внесені до ст. 87 Цивільного Кодексу, які говорять про те, що у якості представника сторони в цивільному процесі може виступати особа з вищою юридичною освітою, що діє на підставі договору постійного доручення, якщо предмет справи входить в обсяг цього доручення, або ж здійснює управління майном чи інтересами сторони, сприяли наданню правової допомоги господарюючими суб'єктами, які не належать до корпорації правових радників чи адвокатів.

Враховуючи зміст наведених вище положень польського законодавства, можна зробити висновок про те, що особа, яка має вищу юридичну освіту, здійснює підприємницьку діяльність і не має повноважень адвоката чи правового радника, може надавати наступні види правової допомоги:

- Давати юридичні консультації, складати правові висновки;

- складати правові документи;
- виступати від імені клієнта в судах у цивільному процесі.

Також, необхідно звернути увагу, що польське законодавство не містить перешкод для надання таких видів правової допомоги як: надання юридичних консультацій чи складення правових документів суб'єктами господарської діяльності (особами), які не мають вищої юридичної освіти.

У цьому напрямку іде також практика.

Надання правової допомоги іноземними юристами на території Польщі

Надання правової допомоги іноземними юристами на території Польщі врегульовано в однойменному законі від 05 липня 2002 р.¹⁶ Цей закон прийнято згідно з директивами, про які вже йшла мова, а саме: Директива № 77/249 від 22 березня 1977 р. та № 98/5/WE від 16 лютого 1998 р. Закон, зокрема, регулює порядок здійснення постійної практики на території Польщі юристами з країн ЄС, а також з третіх країн, а також, порядок прийняття юристів з країн ЄС до корпорації адвокатів чи правових радників, та порядок надання транскордонних юридичних послуг юристами з ЄС та третіх країн¹⁷.

IV.

Правова допомога в Україні

Українське законодавство про правову допомогу сформоване таким чином, що уможлиблює її надання двома групами осіб: адвокатами та господарюючими суб'єктами.

1.

Надання правової допомоги в Україні адвокатами

Правовий статус української адвокатури врегульовано Законом України „Про адвокатуру” від 19 грудня 1992 р.

Відповідно до ст. 1 цього закону, Адвокатура України є добровільним професійним громадським об'єднанням, покликаним згідно з Конституцією України сприяти захисту прав, свобод та представляти законні інтереси громадян України, іноземних громадян, осіб без громадянства, юридичних осіб, подавати їм іншу юридичну допомогу¹⁸.

Стаття 5 закону передбачає, що професія адвоката полягає в дачі консультацій та роз'яснень з юридичних питань, усних і письмових довідок щодо законодавства; складенні заяв, скарг та інших документів правового характеру; посвідченні копій документів у справах, які вони ведуть; здійсненні представництва в суді, інших державних органах, перед громадянами та юридичними особами; поданні юридичної допомоги підприємствам, установам, організаціям; здійсненні правового забезпечення підприємницької та зовнішньоекономічної діяльності громадян і юридичних осіб, виконуванні своїх обов'язки відповідно до кримінально-процесуального законодавства у процесі дізнання та слідства. Адвокат може здійснювати й інші види юридичної допомоги, передбачені законодавством.

¹⁶ Ustawa o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 5 lipca 2002 r., „Dziennik Ustaw”, 2002, nr 126, poz. 1069.

¹⁷ Більш докладно на тему застосування закону про надання правової допомоги іноземними юристами на території Республіки Польща від 5 липня 2002 р. див.: Katarzyna Kłaczyńska, Michał Kłaczyński, Komentarz do ustawy o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 5 lipca 2002 r., Warszawa 2004, s. 337.

¹⁸ Закон України „Про адвокатуру” від 19 грудня 1992 р. // Відомості Верховної Ради України, 1993, № 9.

Закон України „Про адвокатуру” передбачає одну форму професійної а одночасної і самоврядної організації адвокатів – адвокатське об’єднання. Відповідно до ст. 4 Закону України „Про адвокатуру”, Адвокат має право займатись адвокатською діяльністю індивідуально, відкрити своє адвокатське бюро, об’єднуватися з іншими адвокатами в колегії, адвокатські фірми, контори та інші адвокатські об’єднання. Зі змісту цієї норми, випливає, що окрім здійснення адвокатської практики індивідуально, адвокат може здійснювати діяльність і в адвокатському об’єднанні. При цьому, закон визначає такі види адвокатських об’єднань, як колегія адвокатів, адвокатська фірма, контора і одночасно, припускає створення адвокатських об’єднань з іншими назвами. Аналізуючи діяльність адвокатських об’єднань в Україні за останні чотирнадцять років, можна їх поділити на дві групи:

- Об’єднання, які виконують функції адвокатського самоврядування. В першу чергу, це об’єднання, котрі було утворено на базі існуючих ще за часів Радянського Союзу колегій адвокатів. І які до цього часу, як правило, й зберегли свою попередню назву. Також, повстали об’єднання, які виконують самоврядну функцію, однак, вже зареєстровані за іншою назвою, наприклад – палата адвокатури. Члени таких адвокатських об’єднань, як правило, здійснюють адвокатську практику індивідуально або в іншому адвокатському об’єднанні, яке діє на засадах фірми.
- Адвокатські об’єднання, що діють на засадах фірми. Метою діяльності такого адвокатського об’єднання є безпосереднє здійснення ним адвокатської діяльності. Такі об’єднання здебільшого мають назви: адвокатська фірма, адвокатська компанія або ін.¹⁹.

Адвокатські об’єднання у своїй діяльності керуються Законом України „Про адвокатуру” та власним статутом. Реєстрацію адвокатського об’єднання здійснює Міністерство юстиції України.

Устрій адвокатури України

Українське законодавство не передбачає існування загальнонаціональних органів адвокатського самоврядування на кшталт Крайового з’їзду адвокатури, Вищої адвокатської ради, Вищого дисциплінарного суду, Вищої ревізійної комісії, - які діють в Польщі. Також, в Україні не передбачено існування адвокатських палат, як основних одиниць адвокатського самоврядування²⁰. Органам адвокатського самоврядування в українському законодавстві присвячено лише дві норми: ст. 131 Конституції України та п. 11 Положення про кваліфікаційно-дисциплінарну комісію адвокатури, затвердженого Указом Президента України від 5 травня 1993 р. В ст. 131 Конституції України йдеться про те, що З’їзд адвокатів України обирає до складу Вищої ради юстиції України трьох членів. Натомість, в п. 11 названого вище Положення, йдеться про те, що члени палат кваліфікаційно-дисциплінарних комісій адвокатури обираються загальними зборами (конференцією) адвокатів відповідно, Автономної Республіки Крим, області, міст Києва та Севастополя. Отже, законодавство передбачає існування загальних зборів (конференції) адвокатів в Автономній Республіці Крим, кожній області а також, в містах Києві та Севастополі. Також, законодавство передбачає існування З’їзду адвокатів України. В той же час, в законодавстві відсутні будь-які положення, які б регулювали порядок скликання загальних зборів (конференції) адвокатів області чи З’їзду адвокатів України, порядок голосування, статус

¹⁹ Пор.: Т. Варфоломєєва, С. Гончаренко. Науково-практичний коментар до Закону України «Про адвокатуру». Законодавство про адвокатуру та адвокатську діяльність. – Київ. – 2003. – с. 27.

²⁰ Там же, с. 101-118.

таких зібрань, їх повноваження (окрім зазначених), можливість створення ними виконавчих чи контролюючих органів адвокатського самоврядування.

Поряд з тим, існують публічні органи, які виконують функції, що традиційно вважаються функціями органів адвокатського самоврядування. Це: Вища кваліфікаційна комісія адвокатури України (має статус вищого органу по відношенню до інших комісій адвокатури) та кваліфікаційно-дисциплінарні комісії адвокатури, що створюються в кожній області, а також, в Автономній Республіці Крим, містах Києві та Севастополі (надалі – обласні комісії)²¹.

До компетенції обласних кваліфікаційно-дисциплінарних комісій належить: прийняття рішень про видачу свідоцтв про право на зайняття адвокатською діяльністю та здійснення дисциплінарного провадження стосовно адвокатів. Обласна кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури поділяється на дві палати: Атестаційну та Дисциплінарну.

До складу Атестаційної палати входить 11 членів, в т. ч.: 4 адвокати, 4 судді та по одному представнику від обласної ради, обласного управління юстиції, відділення Спілки адвокатів України.

Дисциплінарна палата складається з 9 членів, зокрема: 5 адвокатів, 2 суддів та по 1 представнику обласного управління юстиції та Спілки адвокатів України²².

Рішення обласної кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури можуть бути оскаржені до відповідного суду або Вищої кваліфікаційної комісії адвокатури України²³. Вища кваліфікаційна комісія адвокатури України діє при Кабінеті Міністрів України. До її складу належать: по 1 представнику від кожної обласної кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури (всього 27 представників), Верховного Суду України, Міністерства юстиції та Спілки адвокатів України²⁴.

Доступ до професії адвоката в Україні

Стаття 2 Закону України про адвокатуру передбачає, що адвокатом може бути 1) громадянин України; 2) який має вищу юридичну освіту; 3) стаж роботи за спеціальністю юриста або помічника адвоката не менше двох років; 4) склав кваліфікаційні іспити; 5) одержав свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю; 6) прийняв Присягу адвоката України.

Адвокат може мати одного або кількох помічників (ст. 8 закону про адвокатуру). Помічником адвоката може бути особа, яка має вищу юридичну освіту. Не може бути помічником особа, яка працює в суді, прокуратурі, державному нотаріаті, органах внутрішніх справ, органах служби безпеки, державного управління. Помічником адвоката не може бути особа засуджена за вчинення злочину.

Питання про те, хто стане помічником адвоката вирішує сам адвокат, який його працевлаштує. Законодавство не встановлює терміну на який помічник може бути працевлаштованим. Однак, здебільшого, цей термін складає два роки, оскільки саме такий стаж необхідний для того, щоб особа приступила до здачі адвокатського іспиту. Адвокатський іспит, як вже зазначалося вище, проводить відповідна обласна

²¹ Закон України „Про адвокатуру” від 19 грудня 1992 р. // Відомості Верховної Ради України, 1993, № 9.

²² Положення «Про кваліфікаційно-дисциплінарну комісію адвокатури» затверджене Указом Президента України від 5 травня 1993 р. // Офіційний Вісник України. – 1999. - № 39.

²³ Закон України „Про адвокатуру” від 19 грудня 1992 р. // Відомості Верховної Ради України, 1993, № 9.

²⁴ Положення „Про Вищу кваліфікаційну комісію адвокатури” затверджене Указом Президента України від 5 травня 1993 р. // Офіційний Вісник України. – 1999. - № 39.

кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури. Українське законодавство не містить жодних положень, які б деталізували порядок відбування помічником адвоката практики, це є виключна справа керівника такої практики або адвокатського об'єднання, які працевлаштують помічника адвоката²⁵.

Хоча Закон України „Про адвокатуру” цього й не передбачає, однак, помічник адвоката може виступати представником в цивільному, господарському, адміністративному процесі, а також, як представник потерпілого чи цивільного позивача в кримінальному процесі. Таку можливість, йому, відповідно, створюють ст. 40 Цивільного процесуального кодексу України²⁶, ст. 28 Господарського процесуального кодексу України²⁷, ст. 56 Кодексу адміністративного судочинства України²⁸ та ст. 52 Кримінально-процесуального кодексу України²⁹, котрі передбачають, що представником особи може бути не лише адвокат, але й інша особа.

2.

Надання в Україні правової допомоги господарюючими суб'єктами

Українське законодавство, яке регулює порядок надання правової допомоги сформовано таким чином, що , створює можливість здійснення, по-суті, адвокатської діяльності будь-якою особою (господарюючим суб'єктом) без необхідності отримання будь-яких дозволів і без здійснення контролю зі сторони держави. Така ситуація склалася в результаті того, що процесуальні кодекси України передбачаю, що представником в судовому процесі може бути будь-яка особа. Тому, достатньо бути зареєстрованим підприємцем для того, щоб можна було надавати юридичні консультації, складати правові висновки, та правові документи, виступати в якості представника в судовому процесі. Тобто, кожний господарюючий суб'єкт, метою діяльності котрого є надання юридичних послуг, може здійснювати майже усі ті самі функції, що й адвокат, окрім здійснення захисту в кримінальних справах.

Питання обґрунтованості наділенням цим останнім повноваженням господарюючих суб'єктів, які надають юридичні послуги, є сьогодні в Україні предметом поживавленої дискусії. Підставою для цього стало Рішення Конституційного Суду України від 16 листопада 2000 р., яким було визнано неконституційними положення статті 44 Кримінально-процесуального кодексу України, згідно яких захисником в кримінальному процесі міг бути тільки адвокат. Конституційний Суд України дійшов до висновку про те, що захисником в кримінальному процесі може бути не лише адвокат, але й інший фахівець в галузі права, який за законом має право надання правової допомоги³⁰. Це рішення стало підставою для внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України законом від 21 червня 2001 р., які так само як і рішення Конституційного Суду України передбачають, що захисником в кримінальному процесі може бути адвокат а також і інший фахівець в галузі права, який за законом має право надання правової допомоги³¹.

²⁵ Пор.: Т. Варфоломеева, С. Гончаренко. Науково-практичний коментар до Закону України «Про адвокатуру». Законодавство про адвокатуру та адвокатську діяльність. – Київ. – 2003. – с. 45-47.

²⁶ Цивільний процесуальний кодекс України // Офіційний Вісник України, 2004, № 16, ст. 1088.

²⁷ Господарський процесуальний кодекс України. – Київ. – 2001. – с. 64.

²⁸ Кодекс адміністративного судочинства України // Офіційний Вісник України, 2005, № 32, ст. 1918

²⁹ Кримінально-процесуальний кодекс України. Цивільний процесуальний кодекс України / Верховний Суд України; відп. ред. В.Т. Маляренко. – Київ – 2001. – с. 352.

³⁰ Рішення Конституційного Суду України у справі про право вільного вибору захисника від 16 листопада 2000 року // Офіційний Вісник України. – 2000. – № 47. – с.132.

³¹ Закон України „Про внесення змін до Кримінально-процесуального кодексу України від 21 червня 2001 р.// Офіційний Вісник України. – 2001. – № 25, том 2. – с. 14

З моменту появи згаданого рішення Конституційного Суду України та внесення відповідних змін до Кримінально-процесуального кодексу, в українських судах спостерігається неоднакова судова практика відносно вирішення питання про те, хто може бути захисником в кримінальній справі. Часто траплялися випадки допуску в якості захисників осіб, які не мали свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю. Таке загальне формулювання сприяло тому, що фахівцем в галузі права часто вважали особу, яка мала диплом про здобуття вищої юридичної освіти. Траплялися також і випадки, коли в якості захисників допускали осіб, які не мали вищої юридичної освіти. Така ситуація існувала до моменту прийняття Пленумом Верховного Суду України Постанови³², згідно котрої, до моменту прийняття закону про інших фахівців в галузі права які мають право надання правової допомоги, захисниками в кримінальному процесі можуть бути лише адвокати³³.

ВИСНОВКИ

- Право Європейського Союзу передбачає дві можливості реалізації права адвоката на надання правової допомоги в інших країнах ЄС, ніж країна походження. Перша – надання правової допомоги в іншій країні ЄС на підставі професійного звання отриманого в країні походження. Друга – інтеграція з адвокатурою приймаючої країни.
- В Польщі, окрім відповідних положень законодавства ЄС в сфері надання правової допомоги, виконання на її території професії юристами з інших країн ЄС. А також з третіх країн врегульовано в Законі „Про надання правової допомоги іноземними юристами на території Республіки Польща” від 5 липня 2002 р.
- Зважаючи на те, що Україна не є членом Європейського Союзу, відповідні директиви ЄС не діють на її території. Також, українське право в сфері надання правової допомоги не містить положень спрямованих на реалізацію таких основоположних засад ЄС, як свобода руху осіб та свобода надання послуг. Натомість, відповідні положення українського законодавства не становлять перешкод для виконання професії, яка полягає на наданні правової допомоги, на території України іноземними юристами (в т.ч., також, і з країн ЄС) в формі здійснення підприємницької діяльності. При такій формулі, закордонний юрист може виконувати всі ті ж дії, що й український адвокат, окрім, участі в кримінальному процесі в якості захисника.
- Українське законодавство передбачає існування лише однієї професії, виконання якої полягає на наданні правової допомоги – професії адвоката. Натомість, в Польщі існує дві професії, виконання яких пов'язано з наданням правової допомоги – професії адвоката та правового радника.
- В Польщі представники професій адвоката та правового радника організовані згідно засад професійного самоврядування. Самоврядування має власні загальнонаціональні та місцеві органи. Натомість, відповідні положення українського законодавства не

³² Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 р. №8 «Про застосування законодавства, яке забезпечує право на захист у кримінальному судочинстві» // Вісник Верховного Суду України, 2003, № 6.

³³ О. Бірюченський. Захист у кримінальному процесі // Адвокатура, Київ, 2003, № 6, с. 3.

передбачають існування загальнонаціональних органів професійного самоврядування адвокатів. Ст. 131 Конституції України та пункт 11 Положення про кваліфікаційно-дисциплінарну комісію адвокатури, затвердженого Указом Президента України від 05 травня 1993 р., які тільки згадують про з'їзд адвокатів України та загальні збори (конференцію) адвокатів області, однак, не визначають порядок їх скликання, статус, можливість створення своїх органів, так як це є в Польщі. Разом з тим, деякі функції, такі, як проведення адвокатського екзамену, притягнення адвокатів до дисциплінарної відповідальності в Україні віднесено до повноважень публічних колегіальних органів (Вища кваліфікаційна комісія адвокатури та обласні кваліфікаційно-дисциплінарні комісії адвокатури), до складу яких також належать адвокати.

- Відповідно до положень Закону України „Про адвокатуру”, питання про те, чи особа буде помічником адвоката вирішує сам адвокат, який працевлаштує помічника. Натомість, в Польщі, особа може стати помічником адвоката (аплікантом) чи правового радника тільки після проходження конкурсу, який проводять спеціальні комісії (в даний час – державні, до складу яких входить незначна кількість адвокатів чи правових радників відповідно).
- В Польщі адвокатом чи правовим радником може стати як громадянин цієї країни, так і іноземець. В Україні адвокатом може стати лише громадянин України.
- Українське законодавство, яке ставить вимоги для кандидатів на адвокатів стосовно досвіду роботи в порівнянні з відповідними польськими врегулюваннями є значно ліберальнішим.
- В Україні кожний господарюючий суб'єкт, метою діяльності якого є надання правової допомоги, може здійснювати майже всі ті самі професійні дії, що і адвокат, за винятком захисту в кримінальному процесі. Натомість, в Польщі, положення законодавства, які уможливають надання правової допомоги особами з вищою юридичною освітою, є предметом постійних законодавчих змін і в даний час не є однозначними. Цьому також сприяють положення польського цивільного процесуального кодексу, що надає можливість особам з вищою юридичною освітою, які діють на підставі договору постійного доручення або здійснюють управління майном чи інтересами сторони, виступати в якості представника в цивільному процесі.
- Сьогодні, реформа положень українського законодавства в сфері надання правової допомоги є надзвичайно актуальною. В Верховній Раді України зареєстровано декілька проектів законів про адвокатуру, які в основному зводяться до того, щоб реформувати структуру адвокатури з метою її централізації, закріпити виключне право адвокатів виступати в судах в якості представників та захисників, збільшити інші повноваження адвокатів, підвищити вимоги, що ставляться до кандидатів на адвокатів. Цікавим є те, що в Польщі, процес реформування законодавства про правову допомогу має інакше бачення і спрямований в напрямку створення можливості надавати правову допомогу більш широким колом правників, в т.ч. шляхом створення третьої правничої професії, представники котрої могли б надавати правову допомогу зі встановленням певних обмежень.