



USAID | **УКРАЇНА**
ВІД АМЕРИКАНСЬКОГО НАРОДУ

КОМЕНТАР

ДО ЗАКОНУ УКРАЇНИ "ПРО АДВОКАТУРУ ТА АДВОКАТСЬКУ ДІЯЛЬНІСТЬ" (2017)

Контракт No. AID-OAA-I-13-00032, **Завдання No.** AID-121-TO-16-00003

Програма реформування сектору юстиції «Нове правосуддя»

Представник спеціаліста з питань контрактів: Олександр Піскун, Менеджер проектів з розвитку демократії, Відділ сприяння розвитку демократії та врядування

Завдання розвитку 1: Більш інклюзивні, прозорі та підзвітні процеси врядування.

Автор: Люба Зіманова Бердслі (Luba Zimanova Beardsley), експерт з питань адвокатури

Надано:
Кімонікс Інтернешнл Інк.

July 10, 2017

ДІСКЛЕЙМЕР

Погляди авторів, викладені у даній публікації, не обов'язково відображають погляди Агентства США з міжнародного розвитку (USAID) або Уряду Сполучених Штатів Америки.

ЗМІСТ

Загальна інформація	1
Регулювання	1
Обсяг (само)регулювання	3
Масштаб монополії	5
Адвокатура	7
Функції Адвокатури.....	7
Організація та порядок діяльності Адвокатури	8
Адвокатська таємниця та обов'язок адвоката додержуватися принципу конфіденційності	9
Пропозиції до проекту закону.....	11
Принципи, нормативне поле та обов'язки	13
Детальний коментар.....	14
Додаток 1	17
БАЗОВІ ПРИНЦИПИ ЕТИЧНОГО КОДЕКСУ ТА ДИСЦИПЛІНАРНОГО ПРОВАДЖЕННЯ	17

ЗАГАЛЬНА ІНФОРМАЦІЯ

Програма USAID реформування сектору юстиції «Нове правосуддя» (далі – Програма USAID «Нове правосуддя») реалізується з метою надання підтримки судовій владі, Уряду, Парламенту, громадянському суспільству та народу України у здійсненні судової реформи з урахуванням конституційних змін 2016 року та Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки.

Програма USAID «Нове правосуддя» ґрунтує свою діяльність на здобутках Проекту USAID «Справедливе правосуддя» та використовує його досягнення для координації тісної співпраці із українськими партнерами, проектами USAID та Уряду США й іншими проектами міжнародних донорських організацій в Україні.

Для досягнення головної мети Програми передбачається діяльність на виконання п'яти пов'язаних між собою основних завдань:

- Зміцнення суддівської незалежності та самоврядування.
- Підвищення прозорості та підзвітності судової влади перед суспільством і зміцнення верховенства права.
- Удосконалення судового адміністрування.
- Підвищення якості правничої освіти.
- Розширення доступу до правосуддя та захисту прав людини.

Цей звіт підготовлено на замовлення Програми USAID «Нове правосуддя».

Даний звіт складається з таких розділів:

- Регулювання (відповідь на запитання "так чи ні?");
- Обсяг (само)регулювання (порівняння змісту закону з міжнародною практикою);
- Масштаб монополії (стилий аналіз впливу існуючого обсягу монополії);
- Адвокатура (аналіз внутрішньої організації адвокатури);
- Адвокатська таємниця та обов'язок адвоката додержуватися принципу конфіденційності (стилий аналіз);
- Доступ до професійної діяльності (стилий аналіз);
- Дисциплінарне провадження.

РЕГУЛЮВАННЯ

У зв'язку з наданням правових послуг в ринкових умовах виникає два запитання:

- Чи потребує ринок правових послуг регулювання?
- Який вид регулювання є оптимальним для захисту інтересів суспільства?

Конституція України: (i) гарантує надання професійної правничої допомоги; (ii) делегує регулювання надавачів юридичних послуг професійній асоціації адвокатів (адвокатури); (iii) визначає масштаб монополії адвокатів; (iv) вимагає законодавчого закріплення основних принципів організації адвокатури та її діяльності. Модель, за якої

професія регулює свою діяльність називається "саморегулюванням"¹. Вибір моделі регулювання, як здається, мотивується необхідністю захистити *незалежність правничої професії*. Ретельний економічний аналіз оцінки фактичного впливу вибраної моделі регулювання та/або порівняння її з іншими можливими варіантами регулювання, не був виконаний в належному обсязі, якщо він взагалі здійснювався.

Рада адвокатських асоціацій та правових товариств Європи (ССВЕ)² визначає незалежність адвокатів/правників таким чином: "Велика кількість обов'язків правника вимагає його абсолютної незалежності, свободи від будь-якого іншого впливу, особливо такого, який може виникнути в результаті наявності його\її особистих інтересів або зовнішнього тиску. Така незалежність необхідна для формування довіри до правосуддя, так само як і безсторонність судді. Тому адвокат повинен уникати будь-яких ситуацій, які шкодять його незалежності і проявляти обережність, щоб не поставити під сумнів дотримання професійних стандартів заради задоволення клієнта, суду або третіх сторін. Така незалежність необхідна і при вирішенні питань, не пов'язаних зі спором, і в судових процесах. Настанови адвоката клієнту не мають ніякої цінності, якщо адвокат надає їх тільки з метою здобути чиюсь милість, задоволення своїх власних інтересів або під впливом зовнішнього тиску"³.

Економічне обґрунтування регулювання правничої професії та ринку юридичних послуг міститься у монополістичних та неконкурентних рисах ринку юридичних послуг, через які їх ціна залежить не від фактичної вартості послуг, а від того, наскільки цінними вважають їх клієнти⁴. Відповідно, всі країни Європейського Союзу (ЄС) та більшість інших країн вважають за потрібне регулювати і тому регулюють ринок юридичних послуг та професійну діяльність правників. Таке економічне обґрунтування поширюється і на український ринок юридичних послуг.

Нормативне обґрунтування спирається на чинну законодавчу базу України, що включає Конституцію та Закон "Про адвокатуру та адвокатську діяльність" (тут і надалі – "Закон"). Європейський Суд та всі країни-члени ЄС визнали, що регулювання надання юридичних послуг необхідне для захисту інтересів суспільства, таких як доступ до правосуддя та належне функціонування правничої професії. Концептуально саморегулювання обґрунтовується необхідністю захистити незалежність надавачів юридичних послуг (особливо у їхніх відносинах з Урядом). Саморегулювання в сфері

¹ Саморегулювання є моделлю, за якої правила функціонування ринку розробляються, адмініструються та їх виконання забезпечується особами, чия діяльність та поведінка підлягає регулюванню.

² Рада адвокатських асоціацій та правових товариств Європи (ССВЕ) є асоціацією, що об'єднує адвокатські асоціації 32 країн Європи (в т.ч. Європейського Союзу, Європейського економічного простору та Швейцарії), а також 11 додаткових асоційованих членів та спостерігачів. В 1977 ССВЕ надавала консультації Європейській Комісії при підготовці Директиви (ЄС) 77/249, яка надала правникам Європейського Союзу право тимчасово здійснювати практику не тільки в країні, де було отримано свідоцтво, а також в інших країнах Євросоюзу Союзу.

³ Хартія (ССВЕ) щодо основних принципів правничої професії в Європі та Кодекс поведінки європейських правників

⁴ Регулювання зазвичай вмотивоване необхідністю пом'якшити неспроможність ринку. Що стосується ринку юридичних послуг, то неспроможність ринку пов'язується із інформаційною асиметрією між клієнтом і професіоналом, що призводить до неспроможності клієнта оцінити якість та вартість послуги. Таким чином, вибір надавача послуги базується скоріш на довірі, аніж на реальній ринковій вартості послуги. Відповідно, конкуренція на ринку не винагороджує тих, хто надає кращі послуги. Ці проблеми стають наслідком професіоналізації та монополізації юридичних послуг. Все це разом може спричинити низьку якість та високу вартість послуг, а також здирицтво серед адвокатів.

надання юридичних послуг вирішує питання колективної незалежності представників правничої професії. Історія існування в Україні тоталітарних режимів, за яких професія правника контролювалася політичною владою та державою, обґрунтовує наявність саморегулювання у тій чи іншій формі.

ОБСЯГ (САМО)РЕГУЛЮВАННЯ

Цей розділ присвячується більш загальним питанням регулювання та/або саморегулювання. Сьогодні тенденції регулювання спрямовані у бік саморегулювання та дерегуляції. У багатьох країнах ринок юридичних послуг та правничі професії підпадають під зовнішнє регулювання та/або нагляд у певній формі. Наприклад, у Польщі, Словаччині та Чеській Республіці Міністерство юстиції регулює ціни на послуги адвокатів. У інших країнах (наприклад, Франції та Італії) професійні організації правників тісно пов'язані з судами; останні можуть також здійснювати нагляд за їхньою діяльністю.

У більшості юрисдикцій регулюванню у тій чи іншій формі підлягають щонайменше такі питання: (i) надання консультаційних/представницьких послуг у правничій сфері за грошову винагороду; (ii) використання професійних титулів, що свідчать про професійну компетентність у сфері права; (iii) право представляти одну із сторін у суді⁵.

Обсяг регулювання та/або саморегулювання різниться в залежності від країни. Зазвичай регулювання включає (але не обмежується лише цим): (i) обмеження на доступ до професійної діяльності (включно з обсягом послуг, масштабом професійної монополії та правами й обов'язками місцевих, іноземних, міжнародних адвокатів та адвокатів ЄС); (ii) обмеження на рекламу⁶ та інші засоби посилення конкуренції; (iii) регулювання розміру плати за послуги (прейскурант на послуги та встановлення максимального та/або мінімального розміру плати за послугу); (iv) обмеження щодо договорів (заборона укладати договори певних видів; договори з оплатою за результат [плата за результат, врегулювання спорів, судовий процес]); (v) обмеження щодо організаційних форм (поділ професії [наприклад, на соліситорів і баристерів] та форми ведення практики [одноосібне ведення практики, ведення практики партнерствами та корпораціями]); (vi) організація професії у цілому (професійна асоціація та її функції, структура, процедури, членство; зовнішні відносини); (vii) професійна етика та дисциплінарна система (включно з системою розгляду скарг); та нещодавно запроваджені (viii) вимоги та обов'язки щодо безперервного професійного розвитку.

Як правило, перелічені вище об'єкти регулювання упорядковані у кілька глав: обсяг послуг; професійна організація та її відносини з іншими професіями/суб'єктами; доступ до професійної діяльності та право створення професійного суб'єкта; адвокати та їхні відносини з Адвокатурою та клієнтами, судами та іншими правниками⁷.

⁵ Frank H. Stephen and James H. Love, University of Strathclyde, Glasgow, UK Regulation of the Legal Profession

⁶ Реклама покращує добробут, адже покращує умови вибору для клієнтів.

⁷ The EU Countries' national Laws on BAR : <http://www.ccbe.eu/documents/professional-regulations/#panel-712-1>

У порівнянні з регулюванням саморегулювання має такі ключові переваги: (i) більша щепетильність до незалежності адвокатів; (ii) нижчі витрати на регулювання для одержання необхідної для регулювання інформації; (iii) економія на масштабі завдяки поєднанню функцій надавача послуг та органу регулювання. Основні ризики застосування моделі саморегулювання включають (i) тенденцію до картелізму та "захоплення регулятора"⁸ та (ii) недостатній захист інтересів клієнтів.

Як вже зазначалося вище, ключова мета (само)регулювання полягає у запобіганні виникненню негараздів на ринку юридичних послуг: асиметрії потоків інформації між клієнтом і адвокатом у поєднанні з монополією адвокатури та професійних правників на надання юридичних послуг. Тому регулювання має спрямовуватися передусім на "усунення інформаційної асиметрії та стимулювання конкуренції на ринку, мінімізацію ризиків картелізму та "захоплення регулятора" та захист інтересів клієнтів".

Приймаючи рішення про вибір форми та моделі регулювання, слід керуватися такими чинниками:

- масштаб монополії у сфері надання юридичних послуг (визначений пунктом 2 статті 131 Конституції);
- рівень конкуренції – внутрішньої (між адвокатами) та зовнішньої (з іншими правниками та не правниками);
- масштаб інформаційної асиметрії (наприклад, рівень обізнаності широкого загалу з юридичних питань; стабільність та якість законодавчої та нормативної бази (наявність проріх, складність); якість юридичних та адміністративних інституцій (наприклад, відповідність закону; послідовність та передбачність рішень); доступ до юридичної інформації;
- склад користувачів правової системи (інформаційна асиметрія стосується здебільшого дрібних підприємств та одноразових користувачів);
- уподобання клієнтів;
- спроможність інституцій виконувати функції регулювання / нагляду / забезпечення виконання;
- наявність ознак/тенденцій картелізму та "захоплення регулятора".

За відсутності конкретних правил ЄС в цій сфері, кожна держава-член, кожна країна Європейського економічного простору (ЄЕП) та Швейцарія має, в принципі, свободу регулювати правничу професію на своїй території. В Резолюції парламенту ЄС щодо стратегії єдиного ринку (від 26 травня 2016 року) чітко закріплено існування розмаїття правил в країнах-членах. В більшості держав-членів керівні органи адвокатури, на додаток до державних органів, мають повноваження ухвалювати регулятивні акти. Деякими з таких прийнятих суттєвих правил є, зокрема, *обов'язок діяти повністю незалежно і виключно в інтересах клієнта, обов'язок уникати будь-якого ризику конфлікту інтересів, та обов'язок суворо дотримуватися професійної таємниці*⁹. Таким чином, ЄС вимагає від адвокатів завжди бути незалежними від органів державної влади, інших операторів та третіх сторін і ніколи не перебувати під їхнім впливом. Вони повинні створити/забезпечити гарантії того, що всі кроки щодо справи будуть здійснюватися виключно в інтересах клієнтів.

⁸ Картелізм є практикою контролю за виробництвом та цінами шляхом змови між компаніями/надавачами послуг. «Захоплення регулятора» відбувається тоді, коли регулятор, створений для забезпечення суспільних інтересів, натомість працює на користь комерційних інтересів груп, що домінують на ринку, який він покликаний регулювати.

⁹ CCBE statement on the European Commission Consultation on the regulation of professions: Member States' National Action Plans and proportionality in regulation http://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EU_LAWYERS/Position_papers/EN_EUL_20160819_CCBE_statement_on_proportionality.pdf

Хартія (CCBE) щодо основних принципів правничої професії в Європі та Кодекс поведінки європейських правників¹⁰ дають уяву про очікування ЄС щодо обсягу регуляторної бази правничої професії та адвокатів. І Хартія і Кодекс включають: (i) ключові національні та міжнародні принципи регулювання правничої професії та (ii) Кодекс поведінки європейських правників¹¹. Більш детальна інформація - в Додатку 1.

Аніліз ринку ЄС щодо юридичних послуг виявили наступний хід розвитку регуляторної бази/тенденції у напрямках регулювання: вплив ІТ технологій, конкуренція та бар'єри на шляху до вступу в професію; обмеження ведення бізнесу та форми власності в професії; види діяльності, які можуть здійснювати виключно сертифіковані адвокати та кваліфікаційні вимоги. Більш детальна інформація – в праці Єрроу та Декера “Оцінка економічного значення сектору професійних юридичних послуг у країнах ЄС” (2012 рік)¹².

Відповідно до Конституції України (статті 92, 131) зміст законів, що стосуються ринку юридичних послуг та правничої професії, має обмежуватися вирішенням питань двох категорій: "організації та "діяльності" адвокатури¹³. З одного боку, закон розширює надане Конституцією вузьке коло повноважень. З іншого боку, він не охоплює деякі надзвичайно важливі питання, які зазвичай є складовими законодавчої та/або регуляторної бази ринку юридичних послуг та правничої професії, як-то: відповідальність адвокатів за збитки, нанесені в ході надання юридичних послуг та режим страхування від таких збитків; права клієнтів у їх відносинах з адвокатами та адвокатурою; системи забезпечення відповідності; регулювання розміру оплати послуг; правовий режим спеціалізації та реклами; професійний розвиток адвокатів. Крім того, закон був би досконалішим, якщо він врегулював би відносини між адвокатами та іншими професійними правниками, з якими вони конкурують на ринку правових послуг.

Такий дисбаланс є, здається, наслідком (i) надто великої уваги до необхідності захистити адвокатів та адвокатуру (так звані профспілкові функції) на шкоду досягненню суспільного блага, а саме доступу до правосуддя та захисту клієнтів, та (ii) недооцінки економічного виміру правил/регулювання.

МАСШТАБ МОНОПОЛІЇ

¹⁰ http://www.ccbe.eu/NTCdocument/EN_CCBE_CoCpdf1_1382973057.pdf

¹¹ Кодекс є зобов'язальним документом для країн-членів: всі адвокати, що є членами адвокатур відповідних країн (не залежно від того, чи є ця країна повним чи асоційованим членом, або спостерігачем) мають відповідати вимогам цього Кодексу в їх діяльності, що поширюється на Європейський Союз, Європейського економічного простору та Швейцарської Конфедерації, а також країн асоційованих членів та спостерігачів. Кодекс визнаний Європейським судом з прав людини та Європейським Судом, наразі починає визнаватись національними судами європейських країн.

¹² http://www.ccbe.eu/NTCdocument/RPI_study_Yarrow_D1_1348650358.pdf

¹³ Зазвичай право Верховної Ради приймати законодавчі норми не має обмежуватись законодавчо. Проте, чітка вказівка Конституції на обсяг можливого законодавчого регулювання не має і не може бути проігнорована. Імовірне тлумачення наміру, висловленого в статті 92 і 131 Конституції полягає в тому, що закон має залишити всі питання, що не походять від загальних зобов'язальних прав і обов'язків відповідному регулюванню з боку адвокатури. Закон має містити чітку відсилку на суб'єкта та обсяг регулювання.

Організацію адвокатури в Європі можна загалом класифікувати/розділити на три групи: (i) система скандинавських країн (адвокати); (ii) систему Об'єднаного Королівства та Ірландії з поділом професії на адвокатів (solicitors), які в основному надають юридичні консультації та мають справи з договорами та адвокатів (barristers), які здійснюють представництво в судах, та (iii) система цивільного права, яка існує в інших країнах, де є єдина професія адвокатів/юристів та окрема професія нотаріусів.

Відповідно до розміру монополії в країнах ЄС ми розрізняємо три системи: (i) повна монополія: консультації і захист (напр., Іспанія, Франція, Німеччина, Австрія), де правники мають повну монополію на юридичні послуги, як щодо представництва в судах, так і щодо юридичних консультацій; (ii) часткова монополія (напр., Бельгія, Італія, Нідерланди, Об'єднане Королівство, Ірландія), де адвокати мають монополію на захист або представництво в судах, але не на юридичні консультації; і (iii) ніякої монополії (напр., Фінляндія, Швеція) адвокати/юристи не мають ніякої монополії ні на захист в судах, ні на юридичні консультації, таким чином, будь-хто, хто не є правником, може здійснювати правничі функції (хоча вони не можуть називатися адвокатами).

Ще існує пов'язаний із обсягом монополії та/чи спеціалізації розподіл правників в залежності від статусу посади юриста компанії/підприємства. В ЄС: (i) в деяких країнах-членах (напр. в Іспанії), юристи компаній/підприємств (корпоративні юристи) мають повний статус правника, тому що вони є сертифікованими адвокатами і можуть надавати юридичні консультації та захищати клієнтів в суді - як клієнтів компанії, в якій вони працюють, так і інших клієнтів; (ii) в інших країнах-членах (напр. в Сполученому Королівстві, Ірландії) корпоративні юристи є сертифікованими адвокатами (членами адвокатських об'єднань та юридичних товариств), але не можуть надавати юридичні консультації або захищати інших клієнтів (тобто клієнтів, які не є клієнтами їхніх роботодавців); та (iii) в інших країнах-членах (напр. у Франції, Бельгії), корпоративні юристи не можуть бути членами адвокатури, не можуть виступати в судах та навіть не можуть називатися адвокатами, а тільки «корпоративними юристами» (jusiste d'entreprise)¹⁴.

Масштаб монополії (серед інших чинників) визначає природу регулювання. В Україні надання юридичних послуг є професійною діяльністю (відповідно до Конституції та законів України надавати юридичні послуги мають право лише особи з юридичною освітою). Масштаб монополії може бути встановлений через визначення "юридичних послуг" та визначення відносин з іншими професіями у сфері права, представники яких працюють на ринку юридичних послуг. Що стосується першого, то закон містить два визначення правових послуг: одне в Розділі I "Загальні положення" (частини 2, 5, 6, 9 частини 1 статті 1), інше – в Розділі III "Види адвокатської діяльності. Права і обов'язки адвоката. Гарантії адвокатської діяльності" (стаття 19 "Види адвокатської діяльності"). Обидві статті всебічні й докладні, але їм бракує повноти, і вони не є ідентичними. До визначення юридичних послуг якнайкраще підходить принцип "чим менше, тим краще", оскільки даний термін є надзвичайно широким, і його зміст залежить від контексту. Закону бракує інформації про те, хто ще може надавати юридичні послуги, та про відносини між адвокатами та цими (іншими) надавачами юридичних послуг.

Загалом, згідно з Конституцією, монополія адвокатів (порівняно з іншими надавачами юридичних послуг) поширюється на представлення інтересів відповідача у суді та представлення інтересів у відносинах з правоохоронними органами у кримінальних провадженнях. Закон може зменшити масштаб цієї монополії через необхідність, що

¹⁴ Ramon Mullerat: Law Practice in a Globalized World: The European Experience http://aei.pitt.edu/43369/1/Mullerat_LawPracticeGlobalization.pdf

виникає у певних спорах та/або у певних клієнтів. Ця монополія була запроваджена у червні 2016 року і має набрати чинність у майбутньому поступово до 2019 року.

Через відсутність даних, в т.ч. статистичних, про ринок юридичних послуг, зростання обсягу надання юридичних послуг внаслідок монополізації та ціни на юридичних послуги, об'єктивно оцінити вплив нової монополії адвокатів на рівень їхнього добробуту та рівень добробуту їх клієнтів, надзвичайно складно, якщо взагалі можливо. Бажано, щоб адвокатура здійснювала моніторинг з цього питання, щоб поточне регулювання могло бути збалансовано.

АДВОКАТУРА

Пропозиції щодо змін в цій сфері спрямовані передусім на подальшу децентралізацію внутрішньої структури, поліпшення прозорості прийняття рішень та забезпечення самостійності та самовизначення (окремих адвокатів).

ФУНКЦІЇ АДВОКАТУРИ

Зазвичай Адвокатура виконує дві функції: (i) захист суспільних інтересів (добробут суспільства та корпоративна соціальна відповідальність¹⁵) та (ii) захист інтересів адвокатів (так звана профспілкова функція). Закон містить два різних визначення адвокатури та її функцій. Стаття 2 визначає дві функції адвокатури: (i) забезпечення надання правової допомоги та (ii) врядування професії адвоката / адвокатури. Стаття 45 визначає функції адвокатури більш вузько – як "забезпечення реалізації завдань адвокатського самоврядування". При цьому обидва визначення посилаються на адвокатуру як громадську інституцію. Якщо це так, то закон має чітко наголошувати на відповідальності адвокатури за збільшення суспільних благ в частині забезпечення доступний юридичних послуг за прийнятною ціною та доступу до правосуддя.

Вимога ЄС, щоб відповідальність за дотримання інтересів громадян (здійснення правосуддя та захист прав людини) лежала на адвокатурі країн членів ЄС, Швейцарії та країн Європейського економічного простору (ЄЕП) є ще одним аргументом, чому Закон повинен наголошувати та детально визначити здійснення функції захисту суспільних інтересів. Від імені правників Європи, (ССВЕ) вимагає від ЄС та національних урядів, щоб усі фундаментальні права, свободи та основоположні права громадян були захищені шляхом безумовного дотримання принципів демократії та верховенства права¹⁶.

Розробка змін до законодавства дає можливість дати визначення функції Адвокатури та наголосити на інтегруванні адвокатури у судову систему (у відповідності із розділом 8 Конституції). Це можна зробити, додавши, скажімо, таке формулювання: ".....На підтримку здійснення правосуддя та відповідно до закону" або "Адвокатура є недержавною..... у судовій гілці влади" Існують й інші варіанти вираження нового статусу адвокатів та адвокатури: віднесення дисциплінарної системи адвокатів до відання судів (остаточне рішення приймає суд, а не адвокатура) та налагодження більш тісних зв'язків між регіональними та центральними органами адвокатури та судами відповідних рівнів.

¹⁵ Корпоративна соціальна відповідальність є підходом до ведення бізнесу, який робить внесок у сталий розвиток, забезпечуючи економічні, соціальні та екологічні вигоди всім зацікавленим особам.

¹⁶ Ramon Mullerat: Law Practice in a Globalized World: The European Experience
http://aei.pitt.edu/43369/1/Mullerat_LawPracticeGlobalization.pdf

Нове визначення має знайти вираження у наборі певних обов'язків адвокатури та адвокатів. У цьому зв'язку особливу увагу необхідно приділити формулюванню обов'язків Адвокатури та адвокатів у відносинах з клієнтами та судами; спеціалізації адвокатів та їхньому праву на рекламу своїх послуг; визнанню професійних іспитів, практики, досвіду представників інших правничих професій (наприклад, суддів, прокурорів, нотаріусів); правилам делегування договірних обов'язків іншому адвокату; ретельнішому регулюванню розрахунку плати за послуги та встановлення прейскуранту на юридичні послуги; системі подання і розгляду скарг, якою можуть скористатися клієнти / суди / інші інституції; відповідальності адвокатів за нанесені клієнтам збитки; обов'язковому страхуванню адвокатської діяльності; праву клієнта розірвати договір з адвокатом; наданню інформації та/або забезпеченню доступу широкого загалу до інформації (наприклад, інформації про дисциплінарні провадження).

ОРГАНІЗАЦІЯ ТА ПОРЯДОК ДІЯЛЬНОСТІ АДВОКАТУРИ

Серйозна конкуренція різних зацікавлених груп та регіональних і центральних органів Національної асоціації адвокатів України за контроль над ринком протягом останніх п'яти років свідчить про організаційну слабкість адвокатури – недосконалість її структури, процедур прийняття рішень та практики роботи. В проекті змін до закону є можливість усунути ці недоліки.

Подані нижче міркування стосуються організації роботи та процедур прийняття рішень адвокатури.

- Конкуренція зацікавлених груп ймовірно спричинить оспорювання навіть відносно чітких правил, а відтак – непередбачуваність. Цей ризик може бути мінімізований шляхом створення простої і при цьому прозорої та всеохоплюючої системи тлумачення правил з чітким визначенням відповідальних осіб. Така система має бути відкритою для контролю з боку судових органів.
- Організаційна структура, розподіл повноважень та обов'язків та потоки коштів мають бути узгоджені. Вони мають відзеркалювати принцип децентралізації, на який спирається функціонування адвокатури.
- Головним джерелом повноважень має бути конференція адвокатів, у якій беруть участь усі члени адвокатури (на противагу з'їзду адвокатів).
- Строк дії мандатів делегатів з'їзду адвокатів має бути чітко визначений.
- Рада адвокатів регіону та її органи повинні мати більшість, якщо не всі повноваження щодо регулювання та прийняття рішень. На центральному рівні мають виконуватися лише притаманні йому функції та/або функції, делеговані йому регіональними органами, такі як представництво інтересів адвокатури у відносинах з центральними органами влади, підтримка та координація діяльності регіональних рад, нагляд за діяльністю інших центральних органів, організація з'їздів, ведення центрального реєстру адвокатів та управління інформацією.
- Функції регулювання мають покладатися на конференцію адвокатів (на регіональному рівні) та/або з'їзд адвокатів (щодо питань національної юрисдикції).
- Нормативні документи Ради адвокатів України та рад адвокатів регіонів мають підлягати обов'язковому ухваленню конференціями або з'їздом адвокатів.
- Квоти представництва, порядок висування та обрання делегатів та інші аналогічні питання/процедури мають вирішуватися/встановлюватися прозоро й бути передбачуваними. Відтак, вони мають закріплюватися законами чи

нормативними актами, і їх встановлення не повинно бути прерогативою лише Ради адвокатів України.

- Голови рад адвокатів регіонів (можливо, їх заступники) мають бути членами Ради адвокатів України за посадою.
- Заступники голів (рад адвокатів регіонів та Ради адвокатів України) мають обиратися конференціями адвокатів або з'їздом адвокатів.
- Звільнення з посад (імпечмент) має здійснюватися за чіткими правилами, що визначають причини та порядок звільнення голів, заступників голів рад адвокатів (якщо останні були обрані на свої посади шляхом прямих виборів) та, можливо, голів комітетів. Ці правила мають також визначати й подальші дії після звільнення з посад.
- З огляду на розмір країни та велику чисельність членів Адвокатури та з метою стимулювання прямої участі адвокатів в управлінні Адвокатурою слід розглянути можливість застосування віртуальних форм проведення конференцій/з'їздів, делегування повноважень та подовження строків інформування адвокатів про проведення засідань.
- Кваліфікаційно-дисциплінарну комісію слід розділити на дві окремі комісії – кваліфікаційну та дисциплінарну. На кваліфікаційну комісію покладатиметься три основні завдання – (i) допуск адвокатів до провадження адвокатської діяльності; (ii) організація безперервної освіти (включно з встановленням правил сертифікації у зв'язку зі спеціалізацією адвокатів¹⁷) та (iii) встановлення мінімальних стандартів ефективності роботи (спільно з дисциплінарною комісією). Прерогативою дисциплінарної комісії стане впровадження системи розгляду скарг. Системі відповідальності має приділятися більше уваги, оскільки вона є основним засобом виявлення випадків неналежної поведінки адвокатів.
- Правила фінансування адвокатури потребують вдосконалення.
 - Плата за складання іспитів та щорічні внески адвокатів мають встановлюватися за фіксованою ставкою. Будь який інший порядок встановлення розміру плати/внесків, особливо прив'язка розміру плати/внесків до таких розпливчатих змінних як "потреба покриття витрати адвокатури та середній дохід на момент подачі заяви", є надто складним і непрозорим і тому створює умови для зловживань. Крім того, він провокуватиме спроби адвокатури відшкодувати фінансування своїх витрат (to reimburse funding of its expenses).
 - З цієї ж причини розмір відрахувань регіональних кваліфікаційно-дисциплінарних комісій на забезпечення діяльності Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії не повинен ставитися у залежність від потреб, які Вища кваліфікаційно-дисциплінарна комісія та Рада адвокатів України визначають на власний розсуд.
 - Необхідно встановити чіткі правила стосовно повних бюджетних циклів рад адвокатів регіонів та Ради адвокатів України.

АДВОКАТСЬКА ТАЄМНИЦЯ ТА ОБОВ'ЯЗОК АДВОКАТА

¹⁷ Можливість спеціалізації та відповідні наслідки спеціалізації мають бути передбачені в законі.

ДОДЕРЖУВАТИСЯ ПРИНЦИПУ КОНФІДЕНЦІЙНОСТІ

Існує дві відмінні одна від одної концепції забезпечення конфіденційного характеру відносин між адвокатом та клієнтом (i) адвокатська таємниця (an attorney-client privilege (ACP)) та (ii) обов'язок адвоката додержуватися принципу конфіденційності (attorney-client confidentiality (ACC)). Перша передбачає надання клієнту привілею не повідомляти третім особам та/або забороняти адвокату повідомляти третім особам інформацію стосовно справи клієнта, якою клієнт та адвокат обмінюються між собою. Інша встановлює обов'язок адвоката не оприлюднювати повідомлену йому клієнтом інформацію та/або використовувати її не на користь клієнта. Конфіденційність стосується більшості інформації, яка може бути використана проти клієнта.

Концепція "адвокатської таємниці" є застосовною до клієнта (фізичної або юридичної особи), який уклав з адвокатом договір, що має юридичну силу та/або до особи, яка спілкувалася з адвокатом з метою укладання договору. Під час такого спілкування адвокат зобов'язаний діяти саме як адвокат. Інформація, якою обмінюються під час спілкування клієнт та адвокат, і яка доступна з відкритих джерел, не вважається захищеною. Оскільки клієнт є вигодонабувачем адвокатської таємниці, він має право відстоювати її або відмовитися від права на неї. У разі смерті клієнта (фізичної особи) або його ліквідації (юридичної особи), адвокатська таємниця зазвичай (але не обов'язково) зберігається і переходить до правонаступників клієнта. Існують такі винятки, коли адвокатська таємниця не втрачає чинності: смерть клієнта (фізичної особи) або його ліквідація (юридичної особи), виконання фідучіарного обов'язку (лише у випадку юридичних осіб), злочин (якщо клієнт намагається одержати в адвоката допомогу у вчиненні злочину), необхідність задоволення суспільних інтересів.

В ЄС захист конфіденційності має статус загального юридичного принципу, який за своєю природою є фундаментальним правом. Захист конфіденційності базується на таких стовпах: (i) адвокат зобов'язаний дотримуватися конфіденційності; це є обов'язком адвоката, і може також бути правом адвоката; (ii) принцип конфіденційності застосовується до будь-якої та всієї інформації про клієнта або справи\питання клієнта, яка надана адвокату його\її клієнтом або яка було отримана адвокатом в процесі виконання своїх професійних обов'язків незалежно від джерела такої інформації; (iii) принцип конфіденційності також застосовується до будь-яких і всіх документів, що їх готує адвокат, до всіх документів, наданих адвокатом клієнту, та до всіх матеріалів спілкування\комунікації між ними; (iv) принцип конфіденційності застосовується як до судових процесів, так і до юридичних консультацій; (v) принцип конфіденційності не перешкоджає адвокату розкрити конфіденційну інформацію третім сторонам, особливо органам влади та судам, за умови, що адвокат впевнився, що: (a) таке розкриття інформації є в інтересах клієнта; та (b) клієнт погодився на таке розкриття; та (c) ніякі відповідні норми не забороняють таке розкриття; (vi) адвокат має право розкрити конфіденційну інформацію в процесі провадження між адвокатом та його\її клієнтом або провадження проти адвоката, якщо таке розкриття є необхідним для цілей провадження і існує прямий зв'язок між таким провадженням та повноваженнями адвоката, якими його\її наділив цей клієнт (під провадженням мається на увазі судове провадження, адміністративне, професійне або провадження в рамках альтернативного вирішення спору); та (vii) адвокат має забезпечити, щоб його\її

працівники, будь-які інші особи, з якими він\вона співпрацює в процесі здійснення своїх професійних обов'язків, дотримувалися принципу конфіденційності...Європейський суд постановив, що "адвокатська таємниця" не застосовується до адвокатів, які зв'язані з клієнтом відношеннями трудової зайнятості. Однак, законодавство та практика деяких країн ЄС продовжують застосовування принципу "адвокатської таємниці" як до приватних так і до зайнятих\найнятих роботодавцем адвокатів. Див. Повний текст «Модельної статті щодо конфіденційності» (CCBE) (Model Article on Confidentiality)¹⁸

ПРОПОЗИЦІЇ ДО ПРОЕКТУ ЗАКОНУ

Очевидно, що проект закону би виграв від чіткого визначення обох концепцій. При цьому:

- Визначення "адвокатської таємниці" має містити визначення мети.
- Інформація, на яку поширюється адвокатська таємниця, має бути чітко визначена: наприклад, зміст спілкування та інформація у будь-якій формі. Клієнт також має бути чітко визначений; наприклад, фізична/юридична особа, яка уклала з адвокатом договір, що має законну силу, та/або інформація, яка була повідомлена адвокату для цілей укладання договору.
- Адвокат повинен мати можливість повідомляти інформацію своїм колегам та працівникам, але лише за умови належного забезпечення додержання привілею клієнта.
- Обов'язок (обов'язки) адвоката повинні бути дійсними при застосуванні обох концепцій забезпечення конфіденційного характеру відносин між адвокатом та клієнтом. Наприклад: Адвокат не має права оприлюднювати; Адвокат не має права використовувати ... (див. вище). Закон має також визначати умови, за яких адвокат звільняється від своїх обов'язків і може оприлюднювати інформацію. Для цього можна скористатися позитивними і негативними визначеннями.
- Закон має охоплювати ситуацію зі смертю клієнта (фізичної особи) або його ліквідацією (юридичної особи).
- Адвокатська таємниця має бути захищена, якщо адвокат делегує виконання своїх обов'язків іншому адвокату (співробітнику адвокатської контори) та у разі відкликання виданому йому дозволу на провадження адвокатської діяльності чи призупинення його дії.
- Автор законопроекту повинен, наскільки це можливо, врахувати у проекті правила і політики ЄС.

ДОСТУП ДО ПРОФЕСІЇ

У більшості юрисдикцій ЄС правила ліцензування та реєстрації регулюють доступ до професій у сфері права і захищають професійні звання, пов'язані з правничими професіями та представництвом інтересів у судах. Масштаби таких обмежень різняться за юрисдикціями. Наприклад, у Фінляндії та Швеції відсутні обмеження на коло осіб, які можуть надавати консультації з правових питань та представляти інтереси інших осіб у судах. Натомість у Німеччині та Франції коло консультантів з юридичних питань

¹⁸http://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/TOWARDS_MODEL_CODE/MOD_Position_papers/EN_MOD_20161202_Model_Article_on_Confidentiality.pdf and EU CCBE Charter of Core Principles of the European Legal Profession and Code of Conduct for European Lawyers

є обмеженим. У більшості юрисдикцій право представляти інтереси інших осіб у судах мають лише представники певних професій¹⁹.

Сьогодні в Україні зареєстровано і мають дозвіл адвокатури на надання юридичних послуг 60 тис. адвокатів. Чисельність адвокатів на 100 тис. населення становить 130 осіб, що нижче середнього по Європі показника²⁰. На відміну від інших європейських країн за винятком Албанії та Мальти, чисельність сертифікованих адвокатів в Україні скоротилася за період з 2012 по 2014 р.р. Пояснити відносно малу чисельність адвокатів в Україні складно, оскільки у країні не встановлено прямих кількісних обмежень на доступ до правничої професії. Адвокатура України повинна ретельно вивчити це питання і скористатися новим законом як можливістю поживити інтерес молодих правників до того, щоб отримати доступ до професії і стати членами адвокатури.

Відповідно до закону в Україні адвокатом може бути фізична особа з високими моральними якостями, яка має повну вищу юридичну освіту, володіє державною мовою, має стаж роботи в галузі права не менше двох років, склала кваліфікаційний іспит і пройшла стажування. Стажування полягає в перевірці готовності особи, яка отримала свідоцтво про складення кваліфікаційного іспиту, самостійно проваджувати адвокатську діяльність і триває шість місяців, після чого особа складає присягу адвоката України, їй видається свідоцтво про право на заняття адвокатською діяльністю, і відомості про неї вносяться до Єдиного реєстру адвокатів України.

Процедура допуску до професії має бути прискорена. Допуск до адвокатури є процесом ліцензування, результатом якого може бути лише або допуск, або відмова у наданні допуску до заняття адвокатською діяльністю. Не існує причини, з яких цей процес має складатися з трьох етапів, на кожному з яких приймається окреме адміністративне рішення, що може бути оскаржене в адвокатурі чи в адміністративному суді. Процес є складним, ймовірно тривалим у часі і пов'язаним зі значними витратами. Крім того, він відкриває можливість для чисельних необґрунтованих втручань з боку низки осіб, які, як свідчить досвід²¹, спрямовані на зміну нормального ходу подій.

Допуск до адвокатури слід спростити. Стажування слід зробити частиною підготовки до складання кваліфікаційного іспиту. Єдина мета стажування полягає у тому, щоб допомогти кандидату поліпшити свої навички практичного застосування набутих теоретичних знань у сфері права. Звісно, вони є складовою готовності кандидата займатися адвокатською діяльністю, а їх наявність має перевірятися у такий же спосіб, які й інші навички та компетенції.

Перевірку базових характеристик кандидатів слід виконувати, а її результати повідомляти (за необхідності) дистанційно. Додаткові перевірки можуть виконуватися на етапі, коли кандидати очікують результатів кваліфікаційного іспиту. Можливість оскарження слід передбачити лише для остаточного результату, який полягає у видачі

¹⁹ Європейський спільний ринок та регулювання правничої професії: економічний аналіз, Франк Стівен (The European Single Market and the Regulation of the Legal Profession: An Economic Analysis Frank H. Stephen)

²⁰ За даними звіту Європейської комісії з ефективності правосуддя за 2016 рік в 2014 році середня чисельність адвокатів на 100 тис. населення становила в Україні 147 осіб і продовжувалася зменшуватися; починаючи з 2012 року, чисельність адвокатів в Україні має тенденцію до скорочення. За даними дослідження "Оцінка економічного значення сектору професійних правничих послуг в країнах ЄС" Ерроу і Декера (2012 рік) у 2008 році в Європі в середньому на 1000 людей було 1,8 юриста (знову, для порівняння - у 2008 році в США на 1000 людей було 3,82 юриста). Однак, співвідношення правників на душу населення в різних країнах ЄС значно відрізняється.

²¹ Доповідь "Ведення бізнесу"

або відмові у видачі свідоцтва на заняття адвокатської діяльності. Зайве казати, що у багатьох країнах (наприклад, у США), відсутня навіть така можливість.

Допуск до провадження адвокатської діяльності має спиратися здебільшого на результати кваліфікаційного іспиту у формі запитань з кількома варіантами відповідей, з яких необхідно вибрати правильні, в ході якого перевіряється розуміння кандидатами теорії права, правових концепцій та законів, спроможність застосовувати ці теорії, концепції та закони на практиці та, нарешті, обізнаність з правилами професійної етики та професійними обов'язками.

Адвокатурі слід також розглянути можливість визнання результатів кваліфікаційних іспитів, що їх складають кандидати на посади суддів і прокурорів.

Свідоцтва про право заняття адвокатською діяльністю слід видавати за помірковану плату, розмір якої встановлюється відповідними нормативним документом, а не рішенням Адвокатури.

СИСТЕМА ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

ПРИНЦИПИ, НОРМАТИВНЕ ПОЛЕ ТА ОBOB'ЯЗКИ

Розділ закону з дисциплінарної відповідальності необхідно переглянути з огляду на Рекомендації з дисциплінарного процесу для правничої професії європейських країн (ССВЕ)²²; Короткий виклад дисциплінарного провадження та контактних пунктів в ЄС та країнах-членів ЄС²³, принципи ООН та РС в цій сфері. З практичних міркувань рамкові норми необхідно також переглянути з урахуванням “Модельних правил щодо дисциплінарної відповідальності адвокатів” розроблених Американською асоціацією юристів²⁴. У документі також має бути врахований Етичний кодекс (ССВЕ), який є обов'язковим для юристів та адвокатів, що працюють в ЄС та ЄС, та його статті щодо конфлікту інтересів²⁵ та конфіденційності²⁶.

Якщо підсумувати це, то зазначені вище принципи та правила наголошують на важливості належного незалежного процесу, що здійснюється та/або контролюється професійною організацією, в якій забезпечується дотриманням базових прав людини та таємниці, а застосовані санкції є справедливими та пропорційними проступку. Перелік принципів наводиться в Додатку 1.

²²http://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/DISCIPLINE/EN_DISC_20070917_CCBE_Recommendations_disciplinary_proceedings.pdf

²³http://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EU_LAWYERS/Position_papers/EN_EUL_20161128_Table_discipline.pdf

²⁴https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/resources/lawyer_ethics_regulation/model_rules_for_lawyer_disciplinary_enforcement.html

²⁵http://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/TOWARDS_MODEL_COD E/MOD_Position_papers/EN_MOD_20161202_Model_Article_on_Conflict_of_Interests.pdf

²⁶http://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/TOWARDS_MODEL_COD E/MOD_Position_papers/EN_MOD_20161202_Model_Article_on_Confidentiality.pdf

ДЕТАЛЬНИЙ КОМЕНТАР

Визначення дисциплінарної відповідальності є дуже вузьким: дисциплінарна відповідальність повинна передбачатися за порушення стандартів: професійної компетенції, поведінки та правил щодо постійного навчання/підвищення кваліфікації (зазначимо, що у законі підвищення кваліфікації передбачене як професійний обов'язок). Так як правнича професія є частиною судової системи (Конституція), відповідальність повинна також розповсюджуватися і на взаємовідносини із судами.

Перелік порушень має бути включений до більш загального визначення скоріше як приклад, а не як вичерпний перелік. Можна також розглянути питання розширення дисциплінарної відповідальності і застосування її до випадків, коли є/був намір неналежної поведінки. Є можливість розділити неналежну поведінку на дві категорії, що тягнуть за собою дисциплінарне провадження: більш і менш серйозні (наприклад, США). Останні два підходи використовуються в США. Визначення неналежної поведінки правників у Фінляндії наведено у примітці 27.²⁷

Санкції. Закон передбачає три види санкцій: попередження, зупинення права на заняття адвокатською діяльністю та позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю. Як правило, санкції включають: попередження, догану (письмову); штраф, зупинення права на заняття адвокатською діяльністю та позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю. В деяких країнах санкції включають тимчасове зупинення права на зайняття адвокатською діяльністю в деяких сферах або виступати в суді (напр. у Німеччині) та/або проміжні санкції для забезпечення дисциплінарного провадження або у відповідь на ризики, що пов'язані з первинним порушенням. Особливо штраф та догану необхідно включити в перелік санкцій. Треба також попрацювати над принципом пропорційності санкцій, напр. надавши загальні критерії застосування санкцій.

Термін давності. В пропозиціях до змін до закону необхідно чітко визначити правила застосування терміну давності. Визначити об'єктивний (починаючи з моменту вчинення порушення) та суб'єктивний (починаючи з моменту, коли стало відомо про такий вчинок) термін давності. Також необхідно чітко означити, чи дисциплінарний процес повинен початися чи завершитися протягом вищезазначеного періоду часу.

Термін давності в один рік це нетипово короткий термін. В багатьох країнах (напр. в Канаді, США²⁸), не існує терміну давності щодо дисциплінарних порушень адвокатів.

²⁷ Якщо адвокат вчинив нечесний поступок або умисно порушив інтереси іншої особи під час здійснення адвокатської діяльності, такий адвокат позбавляється права на здійснення адвокатської діяльності. За наявності пом'якшуючих обставин, замість такої санкції можна застосувати штраф або застереження. Якщо адвокат не дотримується належної професійної поведінки, до нього застосовується застереження або догану. Якщо адвокат неодноразово демонструє поведінку, згадану в цьому абзаці або абзаці 3, або в разі обтяжуючих обставин, до адвоката застосовуються грошовий штраф або позбавлення права на заняття адвокатською діяльністю. Вищезгадане положення застосовується також у випадку, коли адвокат вчинив дію, яка наносить шкоду авторитету адвокатури.

²⁸ Модельні правила ААЮ: термін давності є повністю неприйнятним у дисциплінарних провадженнях щодо адвокатів. Поведінка адвоката, незалежно від того, коли вона мала місце, завжди відноситься до питання професійної придатності (чи може ця особа займатися практикою). Проміжок часу між нібито здійсненим проступком та поданням скарги щодо цього проступку може мати відношення до того, чи накладати і яке саме дисциплінарне стягнення, але не повинно обмежувати повноваження установи проводити розслідування. Безпідставне

Рішення стосовно терміну давності необхідні більше для захисту споживачів, ніж адвокатів, які не здатні виконувати свої обов'язки. Наша рекомендація – застосовувати 5-річний суб'єктивний термін давності та 10-річний об'єктивний термін давності.

Скарга. В більшості країні підставою для приведення дисциплінарної системи в дію є скарги. Адвокатура повинна розробити доступну та просту у використанні систему подання скарг. Однак, скарги не повинні бути єдиним джерелом інформації, що призводить до проведення перевірки. Необхідно передбачити можливість відкриття дисциплінарного провадження на підставі так званих повідомлень (звіт або повідомлення з детальним описом подій, ситуації чи іншого, як правило за результатами спостереження, запитів, тощо) та/або на підставі інформації, що з'явилася в ЗМІ. Кримінальне провадження щодо адвоката також має бути підставою для відкриття дисциплінарного провадження.

Дисциплінарний процес. Загалом дисциплінарний процес можна охарактеризувати як такий, де більшість дій відбувається на початку процесу, із зайвими можливостями оскарження та відміни рішення, але з обмеженими можливостями адвокатів скористатися своїм правом бути вислуханими та захистити себе. Немає ясності щодо деяких фундаментальних питань: гарантії безсторонності прийняття рішення (правила щодо призначення, конфлікту інтересів та звільнення тих, хто залучений до цього процесу; їх повноваження та обов'язки); положення щодо доказів та тягара доказування\доведення вини²⁹; конфіденційності та/або доступу до інформації щодо провадження; захист адвокатської таємниці, обсяг повноважень щодо викликів в суд; вартості та її компенсації.

Дисциплінарний процес має включати оцінку, перевірку, висунення звинувачення, перегляд органом адвокатури та судом. Адвоката та скаржника (там, де він\вона є) необхідно інформувати про результати кожного етапу процесу. Спеціальна дисциплінарна рада, призначена Дисциплінарною палатою, повинна здійснювати оцінку, перевірку та висунення звинувачення. Наполегливо рекомендується, щоб кожна дисциплінарна палата мала вже сформовані дисциплінарні ради для розгляду дисциплінарних справ. Завданням етапу оцінки є відфільтрування нікчемних скарг, скарг, які мають бути передані на розгляд іншим організаціям, або скарги, які можна вирішити іншим способом, напр. шляхом медіації.

Перевірки мають зосереджуватися на зборі доказів, щоб довести “винуватий чи ні”. Однак наслідком цього може стати будь-яке з вищезгаданих рішень. Дисциплінарна рада повинна мати можливість прийняти рішення про відхилення скарги (принаймні). Такі рішення можуть бути переглянуті (на підставі звернення скаржника) Дисциплінарною палатою або її Головою. Адвокат, щодо якого надійшла скарга, має бути повідомлений про перевірку та брати в ній активну участь. Він\вона також повинен мати можливість спростувати\відповісти на висунені звинувачення, переданого до дисциплінарної палати шляхом подання письмової заяви і попросити провести слухання та надати роз'яснення.

затягування у висуненні звинувачення у невідповідній поведінці може унеможливити залучення свідків адвокатом або надання відповідних свідчень, які можна було представити на більш ранній стадії, для відповіді на звинувачення. Призначенням дисциплінарних проваджень та проваджень щодо визнання непридатності є захист громадян від адвокатів, які нездатні здійснювати адвокатську практику; вони вимірюють кваліфікацію адвоката у світлі певної поведінки, а не карають за конкретний проступок. Невідповідна поведінка адвоката, коли б вона не мала місце, відбивається на професійній придатності адвоката(здатності займатися практикою).

²⁹ Наприклад, в США правило доказів та тягар доказування не розповсюджуються на дисциплінарні провадження.

Результатом розгляду звинувачення дисциплінарною палатою (на цьому етапі немає необхідності залучати весь склад дисциплінарно-кваліфікаційної комісії) має стати рішення, яке суд може переглянути за апеляційною заявою адвоката.

Частина 2 статті 36 закону³⁰ необхідно вилучити з проекту тому, що це демотивує подання скарг і дозволяє довільне відхилення скарг. Намір проекту закону захистити адвокатів від безпідставних скарг може бути реалізований шляхом проведення початкового фільтрування скарг та їх відхилення без проведення повної перевірки.

³⁰ Не допускається зловживання правом на звернення до кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури, у тому числі ініціювання питання про дисциплінарну відповідальність адвоката без достатніх підстав, і використання зазначеного права як засобу тиску на адвоката у зв'язку із здійсненням ним адвокатської діяльності. Дисциплінарну справу стосовно адвоката не може бути порушено за заявою (скаргою), що не містить відомостей про наявність ознак дисциплінарного проступку адвоката, а також за анонімною заявою (скаргою).

ДОДАТОК 1. БАЗОВІ ПРИНЦИПИ ЕТИЧНОГО КОДЕКСУ ТА ДИСЦИПЛІНАРНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Хартія основних принципів європейської адвокатської професії та Кодекс поведінки європейських адвокатів ³¹(CCBE) дають уяву про очікування ЄС щодо обсягу регулятивної бази правничої професії та адвокатів. Хартія і Кодекс включають: (i) основні національні і міжнародні правила, які регулюють поведінку адвокатів та (ii) Кодекс поведінки європейських адвокатів.³² До основних 10 принципів, зокрема, належать такі: (i) незалежність адвоката і свобода адвоката щодо ведення справи клієнта; (ii) право та обов'язок адвоката зберігати конфіденційність справ клієнта і дотримуватися професійної таємниці; (iii) уникнення конфлікту інтересів як між різними клієнтами, так і між клієнтом і адвокатом; (iv) честь та гідність адвокатської професії, добросовісність та бездоганна репутація окремого адвоката; (v) лояльність до клієнта; (vi) справедливе ставлення до клієнтів у питаннях гонорару; (vii) професійна компетентність адвоката; (viii) повага до колег по професії; (ix) повага до верховенства права та справедливого здійснення правосуддя; (x) саморегулювання адвокатської професії.

Основний розділ документів стосується таких питань:

- (i) Загальні положення: Незалежність, Довіра і особиста доброчесність, Конфіденційність, Дотримання правил інших адвокатських асоціацій та правових товариств, Неприпустимі види діяльності, Особиста реклама, Інтереси клієнта, Обмеження відповідальності адвоката по відношенню до клієнта;
- (ii) Відносини з клієнтами: Отримання вказівок і строк їх дії, Конфлікт інтересів, *Pactum de quota litis*, Регулювання розміру гонорарів, Виплата гонорару наперед, Розподіл гонорарів з особами, які не є адвокатами, Вартість провадження та доступність правової допомоги, Кошти клієнта, Професійне страхування
- (iii) Взаємовідносини з судом: Правила поведінки в суді, Справедливий судовий розгляд, Дії в суді, Недостовірні або неправдиві відомості, Взаємовідносини з арбітрами та іншими особами;
- (iv) Взаємовідносини між адвокатами: Дух корпоративної єдності, Співробітництво адвокатів різних держав-членів, Листування між адвокатами, Гонорари за рекомендацію, Відносини з протилежними сторонами, Фінансові зобов'язання, Підвищення кваліфікації, Вирішення спорів між адвокатами різних держав-членів

Кодекс етики включає: (i) основні керівні принципи; (ii) правила, що регулюють взаємовідносини адвокатів з клієнтами; (iii) правила, що визначають взаємовідносини

³¹ http://www.ccbe.eu/NTCdocument/EN_CCBE_CoCpdf1_1382973057.pdf

³² Кодекс є зобов'язальним документом для країн-членів: всі адвокати, що є членами адвокатур відповідних країн (не залежно від того, чи є ця країна повним чи асоційованим членом, або спостерігачем) мають відповідати вимогам цього Кодексу в їх діяльності, що поширюється на Європейський Союз, Європейського економічного простору та Швейцарської Конфедерації, а також країн асоційованих членів та спостерігачів. Кодекс визнаний Європейським судом з прав людини та Європейським Судом, наразі починає визнаватись національними судами європейських країн.

судом: (iv) правила, що регулюють взаємовідносини між адвокатами (детальну інформацію див. Розділ 2, Обсяг регулювання). Засади дисциплінарного провадження дають широке визначення відповідальності адвокатів³³ та базові принципи притягнення до дисциплінарної відповідальності. Ось ці принципи: (i) Хоча держава може встановлювати засади здійснення дисциплінарного провадження, саме провадження повинно бути незалежним від органів влади (виключаючи звичайну судову систему); (ii) бажано, щоб основна відповідальність за проведення дисциплінарного провадження в першій інстанції щодо адвокатів лежала на адвокатурі; (iii) дисциплінарне провадження має здійснюватися у відповідності до принципів належного розгляду, як передбачено Європейською конвенцією з прав людини, включно з правом захищати себе з отриманням правової допомоги; (iv) дисциплінарне провадження має здійснюватися окремо від кримінального провадження за тим самим проступком; та (v) конфіденційна інформація (клієнтська таємниця) має бути захищена під час дисциплінарного провадження, без шкоди праву адвоката на захист.

Основні принципи ООН щодо ролі адвокатів/дисциплінарного процесу включають такі положення: (i) Кодекси професійної поведінки адвокатів повинні встановлюватися професійною спільнотою через свої відповідні органи або законодавством, відповідно до положень національного права і звичаїв та визнаних міжнародних стандартів і норм; (ii) Розгляд звинувачень або скарг проти адвоката у зв'язку з його професійною роботою має проводитися в рамках відповідної процедури у швидкий та справедливий спосіб. Адвокат повинен мати право на справедливий розгляд, що включає можливість допомоги адвоката за його вибором; (iii) Дисциплінарні провадження проти адвокатів повинні передаватися на розгляд безстороннім дисциплінарними комісіям, створеним самою адвокатурою, незалежному органу, передбаченому законодавством або до суду і має підлягати незалежному судовому перегляду; (iii) Всі дисциплінарні провадження мають визначатися згідно з кодексом професійної поведінки та іншими визнаними стандартами та етичними нормами адвокатської професії та здійснюватися в світлі цих принципів.

Рекомендація № R (2000) 21 Комітету Міністрів державам-членам про свободу професійної діяльності адвокатів передбачає: (i) У випадках, коли адвокати не діють у відповідності з професійними стандартами, викладеними в кодексах професійної поведінки, які розроблені адвокатськими колегіями чи іншими професійними об'єднаннями адвокатів або встановлені законодавством, слід вживати належних заходів, включаючи дисциплінарне провадження; (ii) Адвокатські колегії та інші професійні об'єднання адвокатів слід наділити відповідальністю за здійснення дисциплінарного провадження щодо адвокатів або у належних випадках правом брати участь в такому провадженні; (iii) Дисциплінарне провадження має здійснюватися з повним додержанням принципів і норм, викладених у Європейській конвенції з прав людини, включно з правом адвоката брати участь у провадженні щодо нього і клопотати про перегляд прийнятого рішення в судовій інстанції; та (iv) При визначенні санкцій за дисциплінарні порушення адвокатів слід дотримуватися принципу пропорційності.

³³ “Обов’язки адвоката не розпочинаються і не закінчуються виконанням того, що дозволено законом. Адвокат має слугувати інтересам правосуддя, а також тих, чії права і інтереси він/вона представляє та захищає. Адвокат має не тільки вести справу у суді, а й бути радником свого клієнта.