

Вважаємо, не позбавлена сенсу й інша позиція, а саме: правом на внесення змін та доповнень до апеляції прокурора може бути наділений і вищестоящий прокурор, але в межах позиції, зазначеної в апеляції, що надасть можливість прокурорам галузевих підрозділів прокуратур областей та прирівняних до них прокуратур, які забезпечують участь в апеляційній інстанції, вчасно й оперативно реагувати на розгляд кримінальної справи.

Вказане необхідно закріпити у відповідних положеннях процесуального законодавства. Право на відкликання апеляції має залишитись лише за тією особою, яка її внесла. В іншому разі це може призвести до зловживань з боку вищестоящих прокурорів.

Отже, усунення зазначених вище прогалин, урахування досвіду зарубіжних країн щодо регламентації повноважень прокурора в апеляційному провадженні, на нашу думку, стане важливим кроком в удосконаленні норм кримінально-процесуального законодавства та практики його застосування.

Про повноваження адвоката в апеляційному провадженні

Я. П. Зейкан,

партнер адвокатського об'єднання
«Зейкан, Попович, Голуб», адвокат

В статье поднимаются проблемные вопросы полномочий адвоката. Предложены изменения к законодательству и новый образец ордера адвоката.

In this article touch the problem questions of the rights of lawyer (advocate). It is suggested changes to the legislation and a new model (standard) to the order of a lawyer.

Відповідно до ст. 12 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК) особа, яка бере участь у справі, має право на правову допомогу адвокатами або іншими фахівцями у галузі права. Новий ЦПК вніс певні зміни щодо участі адвоката у процесі. Адвокат у процесі поєднує дві функції: він надає правову допомогу і водночас виконує обов'язки представника, захищаючи права, свободи та інтереси осіб. Повноваження адвоката як представника можуть бути посвідчені відповідно до ст. 40 ЦПК довіреністю, посвідченою нотаріально, або посадовою особою організації, в якій довіритель працює, навчається, перебуває на службі, стаціонарному лікуванні.

Згідно з ч. 4 ст. 42 ЦПК повноваження адвоката як представника можуть також посвідчуватись ордером, який виданий відповідним адвокатським об'єднанням, або договором. Єднаний сполучник «також» засвідчує про рівноцінність участі адвоката як представника на підставі довіреності, договору або ордера.

У певних випадках у судових засіданнях в апеляційній інстанції висловлювався сумнів щодо права адвоката, який діє на підставі ордера, давати пояснен-

Теорія та історія апеляційного судочинства

ня у справі. Висловлювалася позиція, що адвокат на підставі ордеру тільки бере участь у дебатах. Дійсно, за ст. 115 ЦПК 1963 року для представництва інтересів у повному обсязі адвокату необхідно було мати довіреність, яка б передбачала право передачі справи до третейського суду, повну або часткову відмову від позовних вимог, визнання позову, зміни предмета позову, укладення мирової угоди, передачі повноважень іншій особі (передоручення), оскарження рішення суду, подачі виконавчого листа до стягнення, отримання присудженого майна або грошей.

Але ст. 115 ЦПК 1963 року вже не діє і при вирішенні питання про повноваження адвоката потрібно керуватись ст. 44 ЦПК 2004 року, за якою представник, який має повноваження на ведення справи в суді (у тому числі ордер), може вчиняти від імені особи, яку він представляє, усі процесуальні дії, що їх має право вчиняти ця особа. Можна ставитись критично до такого вирішення питання про повноваження адвоката законодавцем, але норма діє і нею повинні керуватись учасники процесу і суди. Така позиція підтримана і в правовій літературі. Судді Верховного Суду України М. Балюк, Д. Луспеник наголосили: «Якщо адвокатське об'єднання видало адвокату ордер на представництво інтересів певної особи, яка бере участь у справі, зазначений адвокат має всі права, в тому числі перелічені у ст. 31 ЦПК, що має й особа, яку він представляє»¹. Дотримується такої позиції і судова практика.

Але певні сумніви залишаються. Буквальне прочитання ст. 44 ЦПК означає, що адвокат, який діє на підставі ордеру (пункт 4 ст. 42 ЦПК), має всі ті повноваження, що має особа, якій він надає правову допомогу. За частиною 2 ст. 44 ЦПК обмеження повноважень представника на вчинення процесуальної дії мають бути обумовлені у виданій йому довіреності. Однак у ЦПК не передбачено як бути, якщо особа бажає обмежити адвоката, який діє на підставі ордеру, у вчиненні певних процесуальних дій. Адже у ордері відсутні дані про обсяг повноважень адвоката, не передбачено у ньому і підпис особи, яка звернулася до адвоката за правовою допомогою. Якщо раніше довіритель повинен був спеціально обумовити у довіреності повноваження щодо зміни предмета і розміру позовних вимог, укладення мирової угоди, відмови від позову або визнання позову, то тепер позиція законодавця кардинально змінилася, оскільки довіритель обумовлює не повноваження, а обмеження повноважень.

У зв'язку з такою різкою зміною концепції представництва в суді виникає ряд теоретичних та практичних проблем. За статтею 31 ЦПК 2004 року до процесуальних прав віднесено також права, які вирішують долю предмета спору: визнання позову, укладення мирової угоди, відмову від позову. Недобросовісний адвокат може скористатись можливістю, яку йому надає процес і вирішити долю спору, не погодивши це питання з довірителем. У суду може виникнути сумнів щодо обсягу повноважень адвоката, який складно перевірити, якщо у судовому засіданні не присутній довіритель. Вимоги справедливості, розумності, добросовісності вимагають від судді не лише перевірити наявність повноважень у адвоката, а й переконатись, що адвокат не обмежений у своїх

¹ Балюк М.І., Луспеник Д.Д. Практика застосування Цивільного процесуального кодексу України // Харків юридичний. – 2008. – С. 113.

повноваженнях, особливо у випадках визнання позову або укладення мирової угоди.

Якщо адвокат діє від імені клієнта на підставі довіреності, проблем не виникає. Підпис довірителя в цьому разі засвідчує його волевиявлення на делегування певних прав, у тому числі на розпорядження предметом спору та вирішення подальшої долі справи: визнання позову, зміна предмета та підстав спору, відмова від позову, укладення мирової угоди. У ордері відсутній перелік повноважень і прав, які адвокат може здійснювати від імені особи і немає підпису особи, який би засвідчив факт волевиявлення. Таке волевиявлення тільки презюмується. Не встановлено у Кодексі, в якому порядку можуть бути обмежені права адвоката, який діє на підставі ордера.

Тому норма ст. 44 ЦПК 2004 року про те, що повноваження на ведення справи в суді (в тому числі на підставі ордера) дає представникові (адвокатові) право на вчинення від імені особи, яку він представляє, усіх процесуальних дій, що їх може вчинити ця особа і методологічно і практично потребує уточнення. Чинний зразок ордера залишає сумніви у добросовісного судді щодо повноважень адвоката.

У пункті 6 ст. 175 ЦПК передбачено, що суд «не визнає мирової угоди у справі, в якій одну з сторін представляє її законний представник, якщо його дії суперечать інтересам особи, яку він представляє». А як бути з адвокатом, який діє на підставі ордера і укладає угоду, яка суперечить інтересам його клієнта? Таку ситуацію у Кодексі не передбачено. З цього випливають певні висновки:

1. Ордер за змістом належно не підтверджує волевиявлення особи на вчинення дій від її імені через те, що в ньому відсутній підпис довірителя. Ордер, зважаючи на ст. 59 Конституції України, тільки засвідчує право адвоката (незалежно від того, чи він працює індивідуально, чи у складі об'єднання) на надання правової допомоги у суді.

2. Якщо адвокат на прохання особи не лише надає правову допомогу, а й представляє особу в суді та вчиняє дії від її імені, то він повинен це право підтверджувати довіреністю або договором з цією особою, де права адвоката були б підтверджені підписом цієї особи. У цей час законодавством про адвокатуру не визначено порядок видачі ордера на представництво у суді. Кожне адвокатське об'єднання на власний розсуд вирішує порядок видачі ордерів. Але кожному випадку видачі ордера передує укладення угоди з відповідним адвокатським об'єднанням або адвокатом. Іноді ордер виписують на основі усного договору з довірителем. Таким чином, сторонами у такому договорі є або відповідне адвокатське об'єднання, або адвокат і довіритель. У свою чергу, адвокатське об'єднання виписує ордер відповідному адвокату, члену об'єднання. В певних адвокатських об'єднаннях діє спрощений порядок виписки ордерів, коли адвокат на підставі усного або письмового договору сам виписує ордер на представництво особи, яка до нього звернулася.

3. Отже, судам інколи доводиться перевіряти, чи дійсно адвокат, який діє на підставі ордера, має право на вчинення таких дій, як укладення мирової угоди, зміна предмета і підстави позову, визнання позову тощо. Адже у ордері немає підпису довірителя, а ЦПК не передбачає порядку обмеження повноважень адвоката на вчинення певної процесуальної дії. До цього додаються труднощі із забезпеченням єдності судової практики з цього питання.

Теорія та історія апеляційного судочинства

Тому пункт 4 ст. 44 ЦПК доцільно б було викласти в такій редакції:

«4. Повноваження адвоката з надання правової допомоги посвідчуються ордером встановленого зразка. Для вчинення дій від імені особи, якій адвокат надає правову допомогу, надається довіреність або договір».

У такому разі усувається проблема з неоднаковим підходом до адвокатів, які працюють індивідуально. Оскільки договір на представництво інтересів укладається з адвокатським об'єднанням завжди, то надання його в копії не становить труднощів. Але суд у цьому разі легко може переконатись у обсязі повноважень, якими довіритель наділив адвоката.

Водночас ця проблема вимагає більш ґрунтовного дослідження та глибокого аналізу всіх можливих наслідків від тих змін, що запропоновані у ЦПК у питаннях представництва в суді. Можливо, є доцільним повернутись до усталеної форми довіреності, практика щодо якої вже давно склалася і не викликала серйозних заперечень у практичних працівників та науковців. У Росії, до речі, цей порядок не було змінено.

Доречно згадати, що у прийнятому після ЦПК Кодексі адміністративного судочинства України питання про повноваження вирішено так, як це було у ЦПК 1963 року. Відповідно до ст. 59 КАС України представник має право повністю або частково відмовитися від адміністративного позову, змінити адміністративний позов, досягнути примирення, оскаржити судові рішення, якщо право на вчинення кожної з цих дій спеціально обумовлене у виданій йому довіреності. Але і Кодекс адміністративного судочинства України не вирішив, як бути з ордером, у якому не обумовлено право на вчинення тих дій, які передбачені ч. 2 ст. 59 КАС України. Що стосується господарського процесу, то там участь адвоката у суді на підставі ордера взагалі не передбачена. Таким чином, проблема участі адвоката в суді на підставі ордера має міжгалузевий характер і потребує уніфікації.

Свого часу Російська імперія, реформуючи своє судочинство, запозичила у Франції основні положення цивільного та кримінального процесу. Тому досвід Франції залишається актуальним і для українського законодавства. Цікавими є норми ЦПК Франції щодо представництва у суді. Стаття 412 ЦПК Франції встановлює, що доручення про надання допомоги в суді має своїм наслідком право і обов'язок консультувати сторону і підтримувати її заперечення, не створюючи при цьому для неї зобов'язань. Статті 413 та 417 ЦПК Франції визначають, що повноваження здійснювати представництво має своїм наслідком обов'язок надавати допомогу особою, яка отримала спеціальні повноваження відмовлятися від продовження процесу або приймати таку відмову, визнавати позовні вимоги і рішення суду, робити або приймати пропозиції про визнання або виражати свою згоду. Будь-яка особа, яка має намір представляти сторону або надавати їй допомогу, зобов'язана представити докази того, що вона отримала для цього повноваження або доручення. Але адвокат звільняється від такого обов'язку.

Такий підхід пов'язаний з особливим статусом адвоката (а також судового повіреного), його монополічним становищем у цивільному процесі Франції щодо надання правової допомоги та додатковими гарантіями і відповідальністю адвоката перед клієнтом у Франції.

До набрання чинності новим ЦПК суди керувалися Кодексом 1963 року. І тут також існували проблеми. Якщо адвокатом подавалася довіреність у справу, то

його записували представником. Якщо ж він подавав ордер – його записували адвокатом. Мабуть все це тільки непорозуміння. «Ордер замінює собою загальну довіреність»², – стверджував Д. Ватман. Таке положення зберігало свою силу до набрання чинності новим ЦПК. В ордері не перераховані окремі процесуальні дії і право їх здійснення, але за точним змістом ст. 115 ЦПК 1963 року ордер дає представнику право на вчинення від імені довірителя всіх процесуальних дій, крім повної або часткової відмови від позовних вимог, визнання позову, зміни предмета позову, укладення мирової угоди, передачі повноважень іншій особі, оскарження рішення суду, отримання присудженого майна або грошей. На вчинення цих дій адвокат повинен був мати письмове повноваження, оформлене у порядку, передбаченому законом.

У цивільному процесі для адвоката доцільно мати ширші повноваження. Вирішення цієї проблеми може бути зміна зразка ордера. Зокрема, доцільно передбачити у ордері підпис довірителя та графу про обмеження повноважень адвоката. У такому разі ордер перетворюється на повноцінний документ, який би не викликав сумнівів у суддів щодо повноважень адвоката. Внести зміни до форми ордера значно простіше, ніж досягти змін у законодавстві. Зразок ордера затверджує Вища кваліфікаційна комісія адвокатури при Кабінеті Міністрів України, тобто самі адвокати.

Допуск адвоката до участі у справі та документ, який стверджує його повноваження, – одне з фундаментальних положень процесу та реалізації права на представництво в суді й тому ця проблема не може належати до дрібниць, якщо взагалі можна говорити про «дрібниці» у законодавчому врегулюванні.

4. Частина 2 ст. 44 ЦПК передбачає, що обмеження повноважень представника на вчинення певної процесуальної дії мають бути застережені у виданій йому довіреності. Отже, процесуальний закон за буквального змісту не передбачає можливість обмеження повноважень представника ні в ордері, ні у договорі, а тільки у довіреності. З огляду на проблеми, які виникають при застосуванні цієї норми та забезпечення законних інтересів довірителя, суду доцільно роз'яснювати довірителю його право обмежити інтереси свого представника і з'ясувати у довірителя про те, чи він не бажає встановити обмеження повноважень для свого представника.

Оскільки представники діють на підставі і договору, і ордера, і довіреності, і в силу закону, то законодавець повинен би визначити, що обмеження повноважень на вчинення певної процесуальної дії (укладення мирової угоди, визнання позову, зміна позовних вимог) повинні бути застережені не лише у довіреності, а й у договорі, ордері або усній заяві, внесеній до журналу судового засідання. До внесення таких змін легітимним залишається тільки застереження у довіреності. Хоча з точки зору принципу розумності жодних перешкод немає для внесення застережень щодо вчинення певної процесуальної дії до договору та усної заяви, занесеної до журналу судових засідань.

5. Частина 3 ст. 44 ЦПК відсилає до статей 248–250 Цивільного кодексу України, які визначають підстави та порядок припинення представництва за довіреністю. В основному це закінчення строку, на який видана довіреність, ска-

² Ватман Д.П., Елизаров В.А. Адвокат в гражданском процессе. – М., 1969. – С. 15.

Теорія та історія апеляційного судочинства

сування довіреності довірителем, відмова представника від дій, що були визначені довіреністю, припинення юридичної особи, яка видала довіреність, смерті особи, яка видала довіреність тощо. Отже, питання повноважень за довіреністю регулюються як нормами процесуального права, так і нормами Цивільного кодексу України.

6. Про припинення представництва або обмеження повноважень представника за довіреністю має бути повідомлено суд шляхом подання письмової заяви або усної заяви, зробленої у судовому засіданні.

7. Стаття 44 у ч. 5 надає силу закону етичній нормі, за якою у разі відмови представника від наданих йому повноважень представник не може бути у цій самій справі представником іншої сторони. Норми адвокатської етики забороняють адвокату бути представником протилежної сторони і у разі, якщо довіритель, а не сам адвокат, відмовився від його послуг. Вважаю, що таке правило повинно б поширюватись і на інших представників, а не тільки адвокатів.

Це вимагає розроблення правил судової етики для всіх учасників процесу. Адже представнику довіряють обставини, про які друга сторона не обов'язково повинна знати. Ці обставини можуть бути слабкостями позиції довірителя, а тому перехід представника на іншу сторону мав би бути недопустимим не лише з точки зору етичних норм, а й з точки зору закону.

Отже, до внесення змін до законодавства адвокат у суді апеляційної інстанції може брати участь як представник на підставі договору, усної заяви довірителя у судовому засіданні, довіреності, а також ордера. Проблемні питання, пов'язані з участю адвоката на підставі ордера у суді, мають міжгалузевий характер. Обсяг повноважень і зміст довіреності для участі у суді по-різному вирішується в ЦПК України та у Кодексі адміністративного судочинства України, що є недоцільним.

Можливий зразок зміненого ордера

Адвокатське об'єднання	

Адвокат _____	
Адреса _____	
ОРДЕР	
на ведення цивільної справи в інтересах	

у _____	

У порядку ч. 2 ст. 44 ЦПК України для адвоката передбачено такі обмеження повноважень: _____	

Керівник адвокатського об'єднання	(підпис)
Довіритель	(підпис)