

**Ключевые слова:** права человека, правовое государство, профессиональная юридическая помощь, адвокатуры, адвокатская монополия, юридические услуги.

Summary

**Oleksandr Shandula. Monopoly of advocates: national trends and foreign experience.**

The author examines the key characteristics of professional legal aid considering national trends of monopoly of advocates and relevant foreign experience. It is stressed that the special significance of guaranteeing and providing legal aid is currently caused by objective and subjective factors, including: the growing role of law and legal institutes in satisfaction of economic, political, spiritual and other interests of individuals; the inability of the majority of citizens to defend their rights and legitimate interests, to protect themselves from arbitrariness by public authorities, which is caused by lack of legal knowledge and law-enforcement background; insufficient level of development of legal comprehension and legal culture of citizens, which challenges the usage of basic individual rights, freedoms and legitimate interests in concrete life situations.

In addition, in most countries significant problems are reported in the mechanism of providing legal aid, which does not comply with the rule of law principle. It is emphasized that only in the countries of the Anglo-Saxon legal system the monopoly of advocates has been shaped in an absolute form. However, research by the International Bar Association suggests that, in addition to monopoly of advocates in court claims, most national jurisdictions prohibit noncertified advocates to provide legal assistance at all. In most European countries, including Greece, Denmark, Germany, the Netherlands, Portugal, as well as Taiwan, Hong Kong, and the Republic of Korea, the monopoly of advocates extends far beyond the court actions.

It is concluded that the monopoly of advocates does not mean restricting the freedom of the market of legal services, on the contrary, the adequate regulation and uniform rules that would make the legal aid services more predictable and evolutionary. This would guarantee everyone equal access to a highly qualified advocate, would nourish the level of legal culture in society and would improve the quality of court trials and the functioning of the law enforcement agencies. In this way, uniform standards for the provision of legal aid should be introduced. At the same time, the lack of competent and professional staff makes the very idea of qualified legal aid meaningless, moreover, poor quality services create a real threat of infringement within the rights, freedoms, and legitimate interests of citizens.

**Key words:** human rights, rule of law, professional legal aid, advocacy, monopoly of advocates, legal services.

DOI: 10.36695/2219-5521.3.2020.08

УДК 340.1

**I.M. ШАРКОВА**

*Ірина Миколаївна Шаркова, кандидат юридичних наук, доцент, доцент Навчально-наукового інституту «Юридичний інститут ДВНЗ «Київський національний економічний університет імені Вадима Гетьмана»\**

ORCID: 0000-0002-2010-3811

**ОБРАЗ ДОБРОСОВІСНОГО СУБ'ЄКТА ПРАВА В ІСТОРІЇ ПРАВОВОЇ КУЛЬТУРИ:  
ВИОКРЕМЛЕННЯ УНІВЕРСАЛЬНИХ КРИТЕРІЇВ**

**Постановка проблеми.** На тлі сучасних «тектонічних» зрушень, що нині відбуваються практично в усіх «нашаруваннях» відокремлених об'єктивних норм права, надзвичайно актуалізується вічна проблема правосуб'єктності учасників правовідносин та оцінки їх легітимності. У правовому просторі нашої країни вона набуває характеру визначення добросовісності та добросовісності суб'єктів права.

**Аналіз останніх наукових досліджень і публікацій.** Проблеми критеріальної визначеності добросовісного суб'єкта в сучасному праві активно досліджуються такими європейськими вченими, як С. Бартон (Steven J. Burton), Д. Фрідман (D. Friedmann), Г. Люк (H. Luck), Р. Зіммерманн (R. Zimmermann) та академічними юристами, що працюють на пострадянському просторі: Т.Ю. Дроздовою, В.І. Ємельяновим, Л.Л. Кондратюк, Н.С. Кузнецовою, Р.А. Майдаником, А.В. Смітюхом, Д.Г. Павленком, В.Д. Примаком, А.В. Поповою та іншими. Однак цілісна наукова концепція добросовісного суб'єкта права, яка б відповідала як романо-германській, так і англо-американській культурно-правовій традиції, ще не розроблена.

**Формулювання мети статті.** Дане дослідження націлене на розробку засад такої бікультурної концепції, що розроблятиметься на основі порівняння підходів до визначення добросовісності як певної суб'єктної характеристики в Стародавньому Римі та Англії Нового Часу.

**Виклад основного матеріалу.** Культурно-історична локалізація образу добросовісного суб'єкта права продиктована «материнським» характером правових культур Стародавнього Риму та Великої Британії для

© I.M. Шаркова, 2020

\* *Iryna Sharkova, Ph.D. in Law, Associate Professor, Associate Professor of Kyiv National Economic University named after Vadym Hetman*

відповідно романо-германської та англо-американської традиції права. На основі виявлення спільних сутнісних характеристик цих образів уявляється можливим з'ясувати особливості їх трансформації та інтеграції в міжнародному приватному праві.

Історично первісним образом легітимного суб'єкта права є характеристика добропорядної людини в Стародавньому Римі, яка визначалася через її відповідність вимогам добрих звичаїв (*boni mores*). У підґрунті *boni mores* знаходилося «почуття обов'язку та природної прив'язаності до богів, батьків або близьких родичів», що психологічно оформлювалося як «внутрішнє почуття сорому»<sup>1</sup>.

Показовим прикладом застосування *boni mores* як критерію моральності є образ «матері родини» (*matrem familias*), яку з жінки робив «не шлюб і не народження, а лише моральний образ життя» (*boni mores*) (Ulp. D. 50. 16. 46. 1)<sup>2</sup>. Важливо підкреслити, що характеристика *boni mores* поширювалася на всіх людей і добропорядними визначалися як взагалі будь-яка людина (*bonae frugi homo*)<sup>3</sup>, так і навіть раб (*bonae frugi servum*) (Ulp. D. 11. 3. 1. 4)<sup>4</sup>.

У такому контексті стає зрозумілим, чому в Стародавньому Римі спочатку добросовісність розумілася виключно як характеристика глави сім'ї (*pater familias*), який був єдиною особою, що мала повний обсяг правосуб'єктності. Згодом *bonus pater familias* постає універсальним еталоном будь-яких учасників товарно-грошових відносин, які з певними обмеженнями набувають приватноправової правосуб'єктності.

Саме тому дослідження інституту *bonus pater familias* і є ключовим у з'ясуванні суті образу добросовісного суб'єкта права в Стародавньому Римі.

Образне уособлення добросовісності (*bona fides*) антропоморфно мислячими стародавніми римлянами розумілося як *fides vir bonus* (совість доброго мужа). Сам зміст *bona fides* залежав від того, як певна особа у відповідній ситуації розуміла те, що є добрим (*bonum*).

Позитивний критерій добросовісності сформували преторська практика і діяльність юриспруденсів, обираючи для цього образ уявної пересічної але хазяйновитої, дбайливої та розумної особи свого права (Paul. D. 22. 3. 25)<sup>5</sup>.

Поза всяким сумнівом, добросовісний глава родини – це передусім *вільна людина*, тобто особа, головний правовий статус якої – *стан свободи* (*status libertatis*). *Bonus pater familias* – це безумовно *добропорядний чоловік – домовладика* (*pater familias*), батько сімейства, найстарша в сім'ї особа чоловічої статі за висхідною лінією, римський громадянин, єдина особа свого права (*sui iuris*) в римській сім'ї<sup>6</sup>. Так, за Ульпіаном, «домовладикою називається той, кому належить влада в сім'ї, і це правильна назва, навіть якщо у нього немає сина, тому що ми позначаємо не тільки його особу, але й правове становище» (Ulp. D. 50. 16. 195)<sup>7</sup>.

Однак кваліфікуючими ознаками *bonus pater familias* як добросовісного суб'єкта є наступні три:

По-перше, це людина здорового глузду, носій природного розуму (*naturalis ratio*) (Gai. D. 9. 2. 4)<sup>8</sup>, який здатний до судження порядної людини (*virī boni arbitratu*) або судження добропорядного мужа (*boni viri arbitratu*). Це передбачало здібність до правильного формально-логічного мислення, що мало абсолютний характер: «Те, що було введено не на основі розуму, а помилково, але потім підтримувалося звичаєм, не має сили стосовно схожих випадків» (Cel. D. 1. 1. 39)<sup>9</sup>.

По-друге, образ добросовісного суб'єкта свого права містив таку морально-психологічну характеристику, як *обачність, обережність*, що розумілися переважно як скептичне ставлення добросовісної особи до всіляких заяв, дій, обіцянок та пропозицій. Проте таку обережність не можна прирівнювати до банального боягузтва, яке для римлян було несумісним з образом доброго мужа (*boni viri*): «Немає ніякого правомірного виправдання необґрунтованому страху» (Cel. D. 50. 17. 184)<sup>10</sup>.

Виваженість добросовісного суб'єкта права визначає наступна інтенція, яка приписується Лабеону: «... знання не слід оцінювати ні з точки зору найзацікавленішої людини, ні з точки зору найнедбалішої, а з точки зору того, хто при вболіванні за цю справу міг би дізнатися про факт шляхом уважного дослідження» (Paul. D. 22. 6. 9. 2)<sup>11</sup>.

По-третє, модель добросовісного суб'єкта права передбачала важливу характеристику – *хазяйновитість*. Отже, *bonus pater familias* – це не абстрактна «середня людина», а суб'єкт активних дій, діяльна, *хазяйновита людина*. «Цивільне право написано для діяльних (*vigilantibus*)» (Scaev. D. 42. 8. 24. 2)<sup>12</sup>. А судження добропорядного мужа «не дозволяють робити так, щоб майно зменшувалося» (Ulp. D. 28. 8. 7)<sup>13</sup>.

Справжній діловий портрет хазяйновитого домовладика поданий Павлом (Paulus): «той, хто здійснює платіж, ніколи не є настільки безтурботним, що викидає свої гроші та витрачає їх при відсутності боргу, і особливо якщо той, хто стверджує те, що він сплатив належне, є старанною людиною і працелюбним батьком родини, легковажна помилка якого є неймовірною» (Paul. D. 22. 3. 25)<sup>14</sup>.

Таким чином, здійснена реконструкція еталона добросовісного хазяйновитого глави сім'ї (*bonus pater familias*) дає змогу виокремити такі три його сутнісні характеристики: 1) людина здорового глузду; 2) людина обачна та уважна; 3) людина діяльнісна, хазяйновита.

У межах англо-американської культурно-правової традиції добросовісний суб'єкт права, як правило, позначається терміном *джентельмен* (*gentleman*).

Англійський іменник «джентльмен» бере початок від давньофранцузького «*gentilz hom*» (витончена, вишукана людина). Саме тому соціальна категорія джентльмена розглядається як «найближчий, сучасний англійський еквівалент дворянства Франції»<sup>15</sup>.

Зараз джентльмен – це не просто людина доброго і ввічливого поведіння, а певна особа, яка має правосуб'єктність відповідно до стандартів загального права. У вимірах публічного права англійська соціальна

категорія «джентльмен» розповсюджується на суб'єктивні права певного класу британської знаті. Але відповідно до сучасного приватного права термін «джентльмен» більше відповідає римськоправовому статусу *bonus pater familias*.

Поняття джентльмен хоча й має аналоги в інших мовах (французькій – *gentilhomme*, іспанській – *gentilhombre* та італійській – *gentiluomo*), але в англійській правовій культурі воно набуло специфічного змісту.

Поява цього інституту пов'язується з указом 1278 р., коли в Англії задля поповнення державної казни всі вільні тримачі землі з річним доходом у 20 ф. ст. були зобов'язані викупити рицарський патент. Таким чином заради задоволення фіскальних інтересів сформувався окремий соціальний клас шляхетних осіб *джентри* (*Gentry*), представників якого стали називати джентльменами. У 1856 р. енциклопедія «Британіка» (*Encyclopædia Britannica*) вперше фіксує розширене значення поняття джентльмена, яке застосовують, коли з ввічливістю звертаються до того, «чий статус явно вищий звичайного торговця, якщо манери явно видають їх витонченість та розумність».

Поява такої соціальної групи явно суперечила багатовіковій традиції країн континентальної Європи, де протиставляються соціальний статус «підлого» (через обов'язковість сплати податку з прибутків) стану торговців і воїнський шляхетний стан рицарів-дворян, які «розплачуються» не грошима, а власною кров'ю. Тільки в Англії через викуп рицарського патенту сформувався унікальний клас осіб, які не лише сповідували воїнські кодекси честі, а й успішно втілювали їх у торговельну практику<sup>16</sup>.

Подвійне історичне походження цього терміна від статусу рицаря та соціального становища купця викликає суперечливі тлумачення його значення. У сучасному вживанні слово джентльмен визначається неоднозначно, тому що вислів «поводитися як джентльмен» містить стільки ж похвали, скільки й критики. Наприклад, «витратити гроші, як джентльмен» – це критика, але «вести бізнес, як джентльмен» – це похвала<sup>17</sup>.

Згодом це поняття еволюціонує в бік образу людини – носія здорового глузду (*man of common sense*). Так, шотландський філософ Т. Рід свій аналіз здорового глузду (*common sense*) розпочав із дослідження поняття «сенс» (*sense*) і вважав, що в побутовій мові під цим словом розуміється передусім *судження*. Людина зі здоровим глуздом – це *a man of sense*. Він же – людина розсудливісна – *a man of judgment*. «Здоровий глузд – це рівень судження, притаманний людям, з якими ми можемо спілкуватися і мати справу»<sup>18</sup>.

Ця тенденція закріплена в актах міжнародного торгового права. Так, у п. 2 ст. 8 Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 р. (Віденська конвенція) передбачається можливість добросовісної інтерпретації, зокрема правило здорового глузду, згідно з яким тлумачення заяв і поведінки здійснюється згідно з тим розумінням, яке мала б розумна особа, котра виступає в тій самій якості, що й інша сторона за аналогічних обставин<sup>19</sup>.

Аналогічне правило передбачене в Принципах міжнародних комерційних договорів УНІДРУА. Так, інтерпретація змісту договору (а також заяв та дій) має тлумачитися на основі інтенціонального правила, а саме, відповідно до *спільних намірів сторін* (англ. *common intention of the parties*; франц. *commune intention des parties*; нім. *gemeinsamen Willen der Parteien*) (п. 1 ст. 4.1). Якщо ж такий намір не можна виявити, то договір має тлумачитися відповідно до того значення, якого *розумні особи, подібні до сторін* (англ. *reasonable persons of the same kind as the parties*; франц. *personne raisonnable de même qualité placée*), надавали б договору за тих самих обставин (п. 2 ст. 4.1).

Таке ж правило закріплене у ст. 5:101 «Принципів європейського контрактного права» (англ. the Principles of European Contract Law [PECL])<sup>20</sup>.

**Висновки.** Здійснений аналіз допоміг виявити як специфічні, так і загальні риси образу добросовісного суб'єкта права в різних культурно-правових традиціях. Спільним для всіх підходів є те, що еталоном суб'єктивної добросовісності є такі три характеристики: людина здорового глузду; обачна людина; хазяйновита людина. Однак найбільш універсальним є критерій здорового глузду. Зокрема, акти міжнародного торгового права демонструють, що в них принципам добросовісності й чесній діловій практиці приділено особливу увагу. Передбачається, що цей принцип має імперативний характер, тобто його дотримання є загальним обов'язком кожної зі сторін договірних відносин, котрі «не мають права виключити або обмежити цей обов'язок».

Отже, необхідно підсумувати: в сучасному праві не тільки проголошується необхідність дотримання критеріїв добросовісного суб'єкта, а й здійснюється переважно закріплення принципу добросовісності.

<sup>1</sup> Zimmerman R. The Law of Obligations/ Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford University Press, 1996. P. 711.

<sup>2</sup> Бартошек М. Римское право: (Понятия, термины, определения) / пер. с чешск. Москва: Юрид. лит., 1989. С. 408.

<sup>3</sup> Дворецкий И.Х. Латинско-русский словарь. 3-е изд., испр. Москва: Русский язык, 1986. С. 338.

<sup>4</sup> Дигесты Юстиниана: в 7 т. / пер. с лат.; отв. ред. Л.Л. Кофанов. Москва: Статут. Т. II. 2002. С. 575–577.

<sup>5</sup> Там само. Т. IV. С. 244–247.

<sup>6</sup> Гайдулін О.О. Римське приватне право: автодидактичний комплекс. Київ: ППП, 2003. С. 68.

<sup>7</sup> Дигесты Юстиниана: в 7 т. / пер. с лат.; отв. ред. Л.Л. Кофанов. Москва: Статут. Т. VII. II. 2002. С. 500–501.

<sup>8</sup> Там само. Т. II. С. 392–393.

<sup>9</sup> Там само Т. I. С. 114–115.

<sup>10</sup> Там само. Т. VII. II. С. 558–559.

<sup>11</sup> Там само. Т. IV. С. 264–265.

<sup>12</sup> Там само. Т. VI. II. С. 264–265.

<sup>13</sup> Там само. Т. VI. С. 190–191.

<sup>14</sup> Там само. Т. IV. С. 244–247.

<sup>15</sup> Keen Maurice Hugh. Origins of the English Gentleman: Heraldry, Chivalry and Gentility in Medieval England, c.1300–c.1500. *Stroud: Tempus*, 2002. 192 pp. P. 9.

<sup>16</sup> Гайдунін О.О. Філософія права. *Європейські парадигми праворозуміння*: підруч. для вищ. військ. навч. закл. Київ: НУОУ імені Івана Черняхівського, 2019. С. 44–45.

<sup>17</sup> Phillips Walter Alison. "Gentleman". In Chisholm, Hugh (ed.). *Encyclopædia Britannica*. 1911 (11th ed.). Cambridge University Press. P. 605.

<sup>18</sup> Reid Thomas. *The Works*. ed. William Hamilton, 7th ed., 2 vols. Vol 1. Edinburgh: Maclachlan and Stewart, 1872. P. 421.

<sup>19</sup> Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23.05.1969 р. URL: [http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995\\_118&c=1#Card](http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_118&c=1#Card)

<sup>20</sup> The Principles of European Contract Law. Parts I, II and III. Prepared by the Commission on European Contract Law. URL: <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>

#### Резюме

**Шаркова І.М. Образ добросовісного суб'єкта права в історії правової культури: виокремлення універсальних критеріїв.**

Стаття присвячена проблемі визначення статусу добросовісного суб'єкта права. Для більш глибокого з'ясування проблеми здійснено аналіз образу добросовісного суб'єкта права в Стародавньому Римі. Спеціально досліджено поняття джентльмена в англійській правовій традиції. Зокрема, було встановлено, що в сучасному міжнародному торговому праві джентльмен – це, по суті, пересічна «людина розумна», носій здорового розуму. Це дало можливість зробити висновок про те, що сучасний образ добросовісного суб'єкта найбільшою мірою актуалізує критерій здорового глузду.

**Ключові слова:** правова культура, принцип добросовісності, добросовісний суб'єкт, здоровий глузд, розумна людина.

#### Резюме

**Шаркова І.М. Образ добросовестного субъекта права в истории правовой культуры: определение универсальных критериев.**

Статья посвящена проблеме определения статуса добросовестного субъекта права. Для более глубокого выяснения проблемы осуществлен анализ образа добросовестного субъекта права в Древнем Риме. Специально исследовано понятие джентльмена в английской правовой традиции. В частности, было установлено, что в современном международном торговом праве джентльмен – это, по сути, обычный «человек разумный», носитель здравого ума. Это позволило сделать вывод о том, что современный образ добросовестного субъекта в наибольшей степени актуализирует критерий здравого смысла.

**Ключевые слова:** юридическое образование, право и справедливость, юриспруденция, общие принципы права, добросовестность, злоупотребление правом.

#### Summary

**Iryna Sharkova. Image of Good Faith Subjects of Law in Legal Cultural History: Definition of Universal Standards.**

The article is devoted to the problem of Good Faith Subjects' status in law. For a better understanding of the problem, image of good faith subjects of law in Ancient Rome was analyzed. In particular, it was found that in roman law, the term *bonus pater familias* (good family father) refers to a standard of good faith subjects of law. In the English version, this concept was translated as «that of a man of ordinary prudence in managing his own affairs».

The concept of a gentleman in the English legal tradition is specially studied.

English noun 'gentleman' dates back to the Old French word 'gentilz hom' (graceful, refined man). That was why the social category of gentleman is considered as "the nearest, contemporary English equivalent of the noblesse of France." (Maurice Hugh Keen).

Now, a gentleman is not just any man of good and courteous conduct, but a certain person having legal personality in accordance with the standard of common law.

In conformity with the dimension of public law, the English social category of gentleman captures a right of certain classe of the British nobility.

But in accordance with modern private law the connotation of the term gentleman corresponds to the Rome legal institute of *bonus pater familias*.

The double origin of this term from the status of a knight and the social position of the merchant causes a controversial interpretations of its meaning.

In contemporary usage, the word gentleman is ambiguously defined, because "to behave like a gentleman" communicates as little praise or as much criticism as the speaker means to imply; thus, "to spend money like a gentleman" is criticism, but "to conduct a business like a gentleman" is praise (Walter Alison Phillips).

In modern International Trade Law a gentleman is essentially a 'man of sense', 'a man of judgment' or a reasonable person.

So United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980), The UNIDROIT Principles of International Commercial Contract and the Principles of European Contract Law provided a rule, which offers an opportunity for such an interpretation. 'the contract is to be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances'.

It led to the conclusion that the modern image of a good faith subject to the greatest extent actualizes the criterion of common sense.

**Key words:** legal culture, good faith principle, good faith subject, common sense, reasonable person.