

ОСОБЛИВОСТІ ОБ'ЄКТИВНОЇ ТА СУБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ АДВОКАТОМ

SIDE OF THE ABUSE OF THE RIGHT BY THE ATTORNEY

Маліневський О.М., аспірант відділу проблем цивільного,
трудового та підприємницького права
Інститут держави і права імені В.М. Корецького
Національної академії наук України

В статті розглядаються окремі аспекти концепції зловживання правом як виду правопорушення крізь призму особливостей об'єктивної та суб'єктивної сторін дисциплінарного проступку адвоката у виді зловживання правом.

У статті аналізується проблематика належних та зрозумілих критеріїв для формулювання ознак об'єктивної та суб'єктивної сторін зловживання правом в контексті доктрини, законодавства та судової практики України.

Важливість такого аналізу полягає в тому, що на думку автора саме ваємообумовленість мети дій адвоката при зловживанні та умисного завідомо безпідставного використання наявного у нього суб'єктивного права, формують кваліфікаційне ядро складу дисциплінарного проступку щодо зловживання правом адвокатом.

Характеризуючи об'єктивну сторону дисциплінарного проступку зловживання правом адвокатом, автор приходиться до висновку, що вона полягає в наявності активної дії адвоката щодо завідомо безпідставного використання наявного у нього права, яка спрямована на настання наслідків, які спричиняють або можуть спричинити неправомірне обмеження прав чи законних інтересів іншої особи, незалежно від настання таких протиправних наслідків.

Суб'єктивна сторона дисциплінарного проступку у виді зловживання правом полягає в наявності прямого умислу щодо вчинення дії по безпідставному використанню адвокатом наявного у нього суб'єктивного права (наявність бажання вчинення дій щодо використання суб'єктивного права попри усвідомлення відсутності підстав для його реалізації) з метою настання наслідків, які спричиняють або можуть спричинити неправомірне обмеження прав та законних інтересів інших осіб.

Ключові слова: зловживання правом, правопорушення, цивільний процес, господарський процес, адміністративний процес, цивільне право, адвокатура, адвокат, дисциплінарне стягнення, дисциплінарна відповідальність.

The article examines certain aspects of the concept of abuse of right as a type of offense through the prism of the peculiarities of the objective and subjective aspects of the disciplinary offense of an advocate in the form of abuse of right.

The article analyzes the issue of appropriate and understandable criteria for formulating the features of the objective and subjective sides of abuse of right in the context of the doctrine, legislation and case law of Ukraine.

The importance of such an analysis lies in the fact that, according to the author, it is the purposefulness of the advocate's actions in the course of abuse and intentional deliberate unjustified use of the subjective right available to him/her which forms the qualification core of the disciplinary offense of abuse of right by an advocate.

Characterizing the objective aspect of the disciplinary offense of abuse of the right of advocate, the author comes to the conclusion that it consists in the presence of an active action of an advocate regarding the deliberately unjustified use of his or her right, which is aimed at causing consequences which cause or may cause an unlawful restriction of the rights or legitimate interests of another person, regardless of the occurrence of such unlawful consequences.

The subjective aspect of the disciplinary offense of abuse of right consists in the presence of a direct intent to commit an act of unjustified use by an advocate of his or her subjective right (the desire to take actions to use the subjective right despite the awareness of the lack of grounds for its exercise) with a view to the consequences which cause or may cause unlawful restriction of the rights and legitimate interests of other persons.

Key words: abuse of right, offense, civil procedure, commercial procedure, administrative procedure, civil law, bar, attorney, disciplinary sanction, disciplinary liability.

Постановка проблеми. Тема присвячена проблемі дисциплінарної відповідальності адвоката за зловживання правом, пов'язана визначенням складу правопорушення в контексті особливого співвідношення його об'єктивної та суб'єктивної сторони.

Серцевиною обраної тематики є концепція зловживання суб'єктивним правом, яка є вкрай дискусійною в правовій науці, позбавлена єдності підходів не лише на рівні законодавства та судової практики, а й у правовій доктрині.

Полярність думок до розуміння зловживання правом адвокатом зумовлена недосконалістю законодавства і в значній мірі відсутністю єдності наукових підходів щодо природи та кваліфікуючих ознак зловживання правом адвокатом, які на базі конкретних, очевидних та достатньо об'єктивних ознак могли би відмежувати даний вид шкідливої поведінки адвоката від інших загально визначених видів правопорушень чи навіть правомірних дій.

Адже, така невизначеність та градус публічних спекуляцій довкола питання зловживання адвокатами своїми правами дійшли такого рівня, що такі висловлювання проти адвокатів набувають певних рис зловживань, спрямованих проти конкретного адвоката чи адвокатури в цілому.

Уніфікація існуючих концептів та прагнення до створення єдиного, зрозумілого та адаптованого до прапвостосування підходу можливе через виокремлення та аналіз складу даного виду неправомірної поведінки адвоката. При цьому ключовим кваліфікуючим аспектом складу зловживання правом адвокатом є об'єктивна та суб'єктивна сторони, та унікальність їх співвідношення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі аспекти зловживання правом адвокатом піднімалися в працях провідних вітчизняних вчених: І. А. Безклубо, М. І. Брагінського, С. І. Вітрянського, О. В. Дзери, А. С. Довгерта, Ю. О. Заїки, В. М. Коссака, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця, Р. А. Майданика, І. В. Спасиво-Фатеевої, Р. О. Стефанчука, Є. О. Харитоновна, Я. М. Шевченко, Р. Б. Шишки та ін., які займалися проблемами зловживання матеріальними правами, Ю. В. Білоусова, С. С. Бичкової, І. В. Бондар, О. Б. Верби-Сидор, М. В. Вінциславської, О. В. Гетманцева, К. В. Гусаров, В. В. Комарова, Т. М. Кучер, Р. О. Ляшенка, М. М. Мальського, Н. А. Сергієнко, Г. П. Тимченка, М. К. Треушнікова, С. Я. Фурси, Є. І. Фурси, С. В. Щербак, В. В. Яркова, М. М. Ясинка та ін., які відіграли позитивну роль у розробці питань зловживання процесуальними правами, а також Н. М. Бакаєвої, А. М. Бірюкової, Т. Б. Вільчик, О. М. Дроздова, Д. В. Кух-

нюка, О. З. Нор-Хотинської та ін., які акцентували свою увагу на правах адвоката та відповідно зловживання ним.

Мета статті. Дослідити особливості, ознаки та сформувати авторське визначення об'єктивної та суб'єктивної сторін дисциплінарного проступку адвоката у виді зловживання правом адвокатом, визначити особливості їх співвідношення, створити базу для подальшого законодавчого та правозастосовчого вдосконалення.

Виклад основного матеріалу. Об'єктивна та суб'єктивна сторони є ключовими при кваліфікації складу дисциплінарного проступку адвоката у виді зловживання правом, а їх співвідношення є квінтесенцією унікальності даного правового явища.

В той же час це явище стимулює до масштабування наукових та професійних дискусій починаючи з абсолютного заперечення даного факту загалом, тобто «оксюморон», закінчуючи його законодавчим закріпленням та регламентації (ЦК України, процесуальні кодекси, тощо).

Згідно теорії права, об'єктивна сторона правопорушення – це сукупність ознак, які характеризують зовнішню сторону складу правопорушення – ознак, щодо умов здійснення правопорушення та яким чином воно проявилось у поведінці особи. При цьому обов'язкові ознаки звичай – саме суспільно небезпечне діяння (може бути сприйнята оточенням як дія або бездіяльність), наявність негативних наслідків діяння та причинно-наслідковий зв'язок між діянням і наслідками; факультативні – місце, час, обставини, спосіб, знаряддя здійснення діяння [1].

Суб'єктивна ж сторона правопорушення відображає його внутрішню сторону, що визначає психічний стан особи в момент вчинення правопорушення, та включає в свою структуру: мотив, ціль, вину, тощо. При цьому обов'язковою ознакою суб'єктивної сторони правопорушень, які здійснюються фізичними особами є саме вина, тобто певне психічне ставлення особи до свого протиправного діяння і його суспільно небезпечних або шкідливих наслідків. Інші характеристики, такі як: ціль і мотив, за загальним правилом є факультативними, хоча можуть і набувати ознак обов'язковості для окремих видів правопорушень.

Як буде детально описано далі в статті, така спеціальна обов'язковість наявності протиправної цілі дій адвоката є особливістю саме зловживання правом, відмежовуючи його від інших правопорушень чи навіть правомірної поведінки.

Слід зазначити, що спираючись на законодавче визначення об'єктивної сторони, складу дисциплінарного проступку у виді зловживання правом адвокатом можна розподілити на 2 групи – 1) законодавчо деталізовані (спеціальні) та 2) законодавчо невизначені (загальні) складу. Перші детальніше цитувалися нами в першому розділі роботи з посиланням зокрема на статті ЦПК України (пункт 11 частини 3 статті 2, стаття 44, статті 143, 144), КАС України (пункт 9 частини 3 статті 2, стаття 45, частина 8 статті 139, стаття 144, та інші) та ГПК України (пункт 11 частини 3 статті 2, пункт 5 частини 5 статті 13, стаття 43, частина 9 статті 129, частина 1 статті 131, та інші) та КПК України (частина 4 статті 81, абзац 3 частини 3 статті 336, абзацу 5 частини 1 статті 349, та інші положення).

Другим видом є законодавчо невизначені, тобто загальні складу, що особливо вимагають глибшого теоретичного підґрунтя.

При розгляді діяння як компоненту об'єктивної сторони зловживання правом, можна дійти до висновку, що основним та обов'язковим його елементом є активна дія. Саме дія, а не бездіяльність, видається обов'язковою, виходячи з того, що: а) за лінгвістичним тлумаченням слово «зловживання» є двокореневим словом, адже містить в собі корені «зло» та «живання», при цьому останній вказує на активну дію (в іншому випадку вживалось

би «злонеживання»); б) «живання» права адвоката фактично являється його реалізацією або використанням (практичним наповненням за формою та змістом); в) це суперечило би статті 19 Конституції України, яка затверджує, що ніхто не може бути зобов'язаний робити те, що не передбачено законом.

Вказану вище особливість об'єктивної сторони зловживання правом адвокатом можливо продемонструвати на прикладі неявки адвоката в судове засідання. Чомусь сама така неявка досить часто спекулятивно наводиться як приклад зловживання [2]. Незважаючи на засудження систематичних та безпідставних неявок адвокатів до судових засідань, крізь призму «активних дій» адвоката як характерної ознаки зловживання правом, можна підсумувати, що неявка адвоката в судове засідання сама по собі не може вважатися зловживанням правом, оскільки: а) за своєю суттю є бездіяльністю, тобто невчинення адвокатом дій щодо участі в судовому засіданні; б) бездіяльність не може вважатися формою реалізації будь-якого права, а виникає лише при порушенні обов'язку; в) порушення процесуальним обов'язку не є зловживанням правом, а правопорушенням – діянням, яка є протиправною незалежно від його наслідків.

До прикладу, відповідно до пункту 3 частини 2 статті 43 ЦПК України учасники справи зобов'язані з'являтися в судове засідання за викликом суду, якщо їх явка визнана судом обов'язковою. Не може вважатися зловживанням правом неявка адвоката, який діє від імені учасника провадження за певних обставин, це може визначатися лише як порушення процесуального обов'язку. Проте брати участь в судових засіданнях згідно пункту 2 частини 1 статті 43 ЦПК України є правом, а не обов'язком сторони, неучасть в такому засіданні не є формою його реалізації, оскільки не передбачає активних дій.

При цьому слід враховувати, що в деяких випадках неявка адвоката в судове засідання може становити зловживання процесуальним правом, зокрема, коли присутні інші активні дії адвоката по реалізації іншого процесуального права, які в сукупності з неявкою спрямовані на безпідставне відкладення судового засідання. Прикладами можуть бути наступні комбінації активних дій та бездіяльності, які в комплексі становлять зловживання правом.

При визначенні переліку прав адвоката, які використовуються адвокатом та є предметом зловживання, варто виходити з наступного.

Адвокатом як суб'єктом дисциплінарної відповідальності за зловживання правом є особа, яка є адвокатом України, а у визначених законом випадках – іноземним адвокатом, право на здійснення адвокатської діяльності якої не зупинено, яка особисто здійснює адвокатську діяльність на користь клієнта на підставі чинного договору про надання правничої допомоги, що надає такій особі можливість реалізувати набуті нею права адвоката, які можуть бути предметом зловживання [3].

Виходячи з такого розуміння, вказані права повинні бути пов'язані з професійною діяльністю адвоката та можуть бути розподілені на кілька груп: а) загальні права адвоката як громадянина – права, які не пов'язані з адвокатською діяльністю, та належать адвокату як громадянину на загальних засадах; б) загально-професійні права адвоката – права, які належать йому в силу статусу адвоката; в) галузеві-професійні права – права адвоката як захисника чи представника, які відмінні від прав клієнта та використовуються адвокатом від свого імені; г) представницькі (похідні) права адвоката – права, які належать клієнту, проте використовуються адвокатом від його імені (наприклад на підставі довіреності).

Дане суб'єктивне право, яким користується адвокат при зловживанні, має відповідати таким критеріям: 1) визначено в законодавстві та в достатній мірі деталізовано; 2) набуто адвокатом у визначеному законом порядку

та наявне на момент вчинення відповідної дії та наявне у адвоката; 3) входить до меж правового статусу адвоката (а не громадянина, чи особи з іншим спеціальним статусом), який визначено в попередньому розділі роботи при описі суб'єкта зловживання правом адвокатом.

Словосполучення «використання» суб'єктивного права вжито в цій роботі навмисне, задля уникнення окремої дискусії щодо доречності використання терміну «реалізація права» (як форми правомірної поведінки) при зловживанні. Окремі науковці вважають за необхідне використовувати термін «вживання» права (завжди «для чогось»), яке також підкреслюватиме відмінність зловживання від законної мети «реалізації» права [4].

Варто відзначити те, що вказане суб'єктивне право, здійснення активних дій щодо використання якого становить об'єктивну сторону зловживання правом адвокатом, повинно достатньо деталізуватись в законі. За загальним правилом, не можна зловживати абстрактним правом чи статусом адвоката як таким.

Ретельно розглядаючи об'єктивну сторону зловживання правом адвокатом, важливо вбачати, що використання адвокатом належного йому суб'єктивного права повинно реалізовуватись без належних для такого підстав – «безпідставно», що в позначатиме в цьому випадку спосіб вчинення діяння, який з факультативних ознак правопорушення при загальному підході, стає обов'язковою ознакою для кваліфікації дисциплінарного правопорушення у виді зловживання правом.

Попри те, що в науці, законодавстві та судовій практиці така «безпідставність» як спосіб використання суб'єктивних прав інколи характеризується прислівниками «нечесно», «недобросовісно», вживання таких слів для формулювання ознак об'єктивної сторони зловживання правом, є недоцільним з огляду на їх нечіткість та відповідно недостатню визначеність, що є критично важливим для формулювання підстав юридичної відповідальності [5].

В окремих випадках саме неприпустимість зловживання правом визначається як ключова характеристика принципу добросовісності при реалізації прав та повноважень особи [6], що призводить до замкненого кола, згідно якому зловживання правом визначається через добросовісність, а добросовісність через зловживання.

Дійсно, принцип добросовісності, поряд із розумністю та справедливістю, є однією із фундаментальних засад цивільного (зобов'язального) права, спрямованою, у тому числі, на утвердження у правовій системі України принципу верховенства права, згідно статей 3 ЦК України.

Суддя Верховного Суду Сакара Н. Ю., визначає принцип добросовісності як необхідність сумлінної та чесної поведінки суб'єктів при виконанні своїх юридичних обов'язків і здійсненні своїх суб'єктивних прав [7].

За постановою КЦС ВС від 16 травня 2018 року у справі № 449/1154/14 добросовісність (п. 6 ст. 3 ЦК України) – це певний стандарт поведінки, що характеризується чесністю, відкритістю і повагою інтересів іншої сторони договору або відповідних правовідносин [8].

Визначення принципу «добросовісності» реалізується завдяки таким словам, як: «чесність», «відкритість», «сумлінність», тощо не являється доцільним та ефективним, через їх неоднозначність та суб'єктивність, це говоритиме про перекладення вирішення поняття зловживання правом спочатку на визначення «добросовісності», надалі описані кілька термінів, що не містять стійкого юридичного визначення. Даний фактор поглиблює проблему та розмиває рамку визначення такого явища як «зловживання правом адвокатом» та його врегулювання.

При цитуванні ПАЕ (частина 2 статті 11), можна виявити, що принцип добросовісності згадується в сукупності із принципом «компетентності», та передбачає «знання відповідних норм права, наявність необхідного

досвіду їх застосування, досконалість у врахуванні всіх обставин, що стосуються доручення клієнта та можливих правових наслідків його виконання, ретельну підготовку до виконання доручення». Як вбачається зі змісту такого визначення, основний акцент здійснено на питаннях «компетентності» (знання, досвід, досконалість, ретельна підготовка), єдина користь для питання зловживання тут може полягати у врахуванні можливих правових наслідків виконання доручення клієнта. Це зайвий раз підтверджує недоцільність визначення поняття зловживання через принцип добросовісності, та необхідність пошуку власних об'єктивних критеріїв, яким може слугувати поняття «безпідставності» використання права.

Таким чином, в ситуації коли адвокат зловживає правом, обов'язковою рисою об'єктивної сторони проступку у виді зловживання правом є «безпідставний» спосіб вчинення діяння щодо використання суб'єктивного права.

В даному контексті безпідставність означатиме, що незважаючи на закріплене за адвокатом суб'єктивне право на вчинення певних активних дій, його здійснення потребує наявності чітко визначених юридичних підстав, які обмежуються: а) нормами закону щодо наявного суб'єктивного права; б) фактичними обставинами та доказами їх наявності, які підтверджують застосовність відповідної законодавчої норми, яка надає адвокату таке право; в) часовими та процесуальними рамками, в яких воно може бути реалізовано.

Аби звести до мінімуму частоту зловживань, є суттєвим, аби був ясно визначений критерій підстав реалізації права був. Так, зокрема, наявність відкритого (невичерпного) переліку підстав для заявлення відводу судді, який звужений лише до будь-яких «інших обставин, що викликають сумнів в неупередженості або об'єктивності судді» (пункт 5 частини 1 статті 36 ЦПК України). При цьому, фразу «сумнів в неупередженості» можна тлумачити як суб'єктивне ставлення особи, яка заявляє відвід, а значить надає аргументи щодо «підставності» цього відводу за наявності широкого спектру обставин. В деяких випадках це може призводити до непотрібного розмиття та суб'єктивізації самого критерію «безпідставності» відводу, як критерію зловживання правом в даній ситуації. Необхідно також зазначити, що більш чіткою за змістом проте все ще невичерпною за обсягом є підстава для відводу, визначена в пункті 3 частини 1 цієї ж статті – суддя не може розглядати справу і підлягає відводу (самовідводу), якщо він прямо чи побічно заінтересований у результаті розгляду справи. В такому випадку, для наявності підстав для відводу адвокату необхідно довести «заінтересованість» судді у результаті розгляду справи», що є більш чітким, вірним та об'єктивним критерієм для заміни судді, аніж «обставини, що викликають сумнів в неупередженості або об'єктивності судді».

Отже, вбачається, що законодавство в цій частині підлягає зміні шляхом виключення пункту частини 5 частини 1 статті 36 ЦПК України з тексту Кодексу.

Аналогічно не може свідчити про безпідставність використання права сам факт значного обсягу активних дій адвоката, зокрема кількість поданих ним заяв та клопотань, навіть якщо в підсумку це призвело до затягування розгляду справи. Якщо законодавець надає певний інструментарій, то реалізація цього інструментарію з підстав визначених в законі є законним, незважаючи на те, яка частина такого інструментарію реалізована.

Саме по собі «обмеження прав інших осіб» як критерій може становити в деяких випадках проблему врахування при визначенні ознаки «безпідставності», оскільки при цьому вбачається кілька суперечливих моментів.

По-перше, саме по собі суб'єктивне право адвоката та підставна його реалізація може законно обмежувати права інших осіб та створювати обов'язки для них. Напри-

клад, подання адвокатом належним чином обґрунтованого клопотання про витребування доказів або про тимчасовий доступ до них (відповідно статті 84 ЦПК України та 160 КПК України), створює обов'язок суду його розглянути та у випадку його задоволення в кінцевому випадку призвести до виникнення у іншої сторони процесу обов'язку вчинити певні дії щодо надання витребуваних доказів.

Однак, це обмеження прав інших осіб не може відповідати критерію протиправного використання права при зловживанні та бути «безпідставним», адже воно реалізовано на підставі та в порядку здійснення положень згідно з ЦПК України чи КПК України.

По-друге, сутністю зловживання являється неприпустиме обмеження прав інших осіб, яке не допускається згідно із законом, а отже важливим є з'ясування меж такої неприпустимості, визначення критеріїв такого явища, розмежування суспільно-небезпечного (незаконного) обмеження права та обмеження за законом.

Виходячи з описаного, суспільна небезпечність діяння адвоката щодо безпідставного використання наявного в нього суб'єктивного права, проявляється одразу у декількох аспектах: загально-правовому – «спрямованості в кінцевому підсумку на безпідставне обмеження прав та законних інтересів» інших осіб; та професійному – завдання репутаційної шкоди інституту адвокатури, підризу довіри до нього та професії адвоката в цілому, збою у механізмі правосуддя чи іншій системі в якій адвокатом надається правничка допомога.

Підсумовує зміст об'єктивної сторони дисциплінарного проступку щодо зловживання правом адвокатом важливо зупинитися на кількох важливих моментах. Позиція про те, що наявність шкоди не є ознакою зловживання правом чи принаймні всіх його можливих форм, підтримується в цивілістичній літературі [9]. Як слушно зауважує професор Кот О. О., факт наявності шкоди не повинен вважатися обов'язковим елементом зловживання правом, оскільки в такому разі потерпілий буде змушений чекати заподіяння йому шкоди для того, щоб скористатися можливістю просити суд зобов'язати уповноважену особу припинити зловживання правом [10].

Вина – це певне психічне ставлення особи до свого протиправного діяння та його суспільно небезпечних наслідків. Загально визнаними формами вини в доктрині права України є умисел і необережність. Умисел поділяється на прямий і непрямий, в той час як необережність поділяється на самовпевненість та недбалість.

При прямому умислі особа усвідомлює суспільно небезпечний характер свого діяння, передбачає настання суспільно небезпечних його наслідків та бажає їх настання. При непрямому умислі особа усвідомлює суспільно небезпечний характер свого діяння та передбачає настання суспільно небезпечних наслідків, але свідомо допускає ці наслідки або ставиться до них байдуже. При самовпевненості особа передбачає можливість настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння та легковажно розраховує на їхнє запобігання, а при недбалості особа не передбачає можливості настання суспільно небезпечних наслідків, хоча повинна і могла їх передбачати [11].

На жаль, Закон про адвокатуру, вимагаючи для настання дисциплінарного відповідальності, наявності у дія адвоката ознак дисциплінарного проступку (частина 2 статті 33, абзац 2 частини 2 статті 38 Закону, пункти 2, 12, 28, 32 Положення про порядок прийняття та розгляду скарг щодо неналежної поведінки адвоката, яка може мати наслідком його дисциплінарну відповідальність) не містить вимог щодо форми вини адвоката при вчиненні дисциплінарного проступку. Більше того, посилення на наявність вини як ознаки міститься не у законі, а лише у Положенні про порядок прийняття та розгляду

скарг щодо неналежної поведінки адвоката (пункт 7), вказуючи, що адвокат не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні дисциплінарного проступку. Обов'язок доказування вини адвоката у вчиненні дисциплінарного проступку покладається на особу, яка ініціює дисциплінарне провадження стосовно адвоката. Усі сумніви щодо доведеності вини адвоката тлумачаться на його користь.

Повертаючись до основ поняття зловживання суб'єктивним правом, варто нагадати, що частина 3 статті 13 ЦК України визначає зловживання як вчинення дій з наміром завдати шкоди іншій особі, а також зловживання правом в інших формах. Отже необхідність наявності «протиправного наміру» дій при зловживанні свідчить про те, що зловживаючи правом, адвокат має свідомо допускати ці наслідки або бажати їх настання.

Основною ціллю цих дій адвоката в більшості випадків є виграти справу, захистити клієнта, затягти час та відкласти настання несприятливого для клієнта результату, тощо. Через що часто зловживання обґрунтовується (виправдується) адвокатами вимогами (прямим обов'язком) частини 2 статті 23 ПАЕ, за якими при виконанні доручення адвокат зобов'язаний використати всі розумно необхідні і доступні йому законні засоби для надання ефективної професійної правничої (правової) допомоги клієнту, здійснення його захисту або представництва.

Необхідно при цьому враховувати, що досягнення такого «позитивного» результату здійснюється за рахунок порушення прав інших осіб – суду, протилежної сторони, і що надважливо – внаслідок «завідомо безпідставного використання» наявного у адвоката суб'єктивного права.

Виходячи з вищезазначеного, зловживання правом є дисциплінарним проступком із формальним складом. Отже, при визначенні форми вини як елементу складу проступку адвоката при зловживанні правом, важливо ідентифікувати психологічне ставлення адвоката не до наслідків, а до вчинюваного ним діяння та усіх його кваліфікуючих характеристик.

Отже, головною рисою визначення вини при зловживанні правом є ставлення самого адвоката до «безпідставності» використання наявного в нього суб'єктивного права, що призводить до безпідставного обмеження прав інших осіб.

Не беручи до уваги випадки ментальних проблем особи, яка має свідоцтво адвоката, пов'язаних з її осудністю (про що описувалося в попередньому розділі), обов'язок адвоката знати закон та усвідомлювати свої дії при здійсненні адвокатської діяльності обумовлюється низкою законодавчих норм.

Так, відповідно до статті 6 Закону про адвокатуру адвокатом може бути фізична особа, яка серед виконання інших вимог повинна мати повну вищу юридичну освіту, стаж роботи в галузі права не менше двох років, скласти кваліфікаційний іспит. При цьому, за частиною 2 статті 9 Закону про адвокатуру кваліфікаційний іспит полягає у виявленні теоретичних знань у галузі права, історії адвокатури, адвокатської етики особи, яка виявила бажання стати адвокатом, а також у виявленні рівня її практичних навичок та умінь у застосуванні закону. Серед визначених у законі професійних обов'язків адвоката міститься вимога про підвищення його професійного рівня (пункт 4 частини 1 статті 21 Закону про адвокатуру).

Незважаючи на те, що зловживання правом є проступком із формальним складом, важливою характеристикою його суб'єктивної сторони являється ціль – спрямованість на настання протиправних наслідків.

Важливість відокремлення мети як окремої обов'язкової ознаки суб'єктивної сторони складу дисциплінарного проступку у виді зловживання правом базується на кількох причинах.

По-перше, попри відносну об'єктивність критерію «безпідставності» використання суб'єктивного

права адвоката, який відображений на рівні об'єктивної (активна дія, щодо безпідставного використання права) та суб'єктивної сторони (усвідомлення безпідставності використання та бажання його вчинення) складу проступку по зловживанню, на практиці його може виявитися недостатнього при відмежуванні проступку та правомірної поведінки. Це пов'язано з тим, що «безпідставність» є юридичною категорією, а отже її оцінка є окремим предметом правозастосування та оцінки з боку суду чи іншого правозастосовчого органу.

По-друге, саме протиправна мета є квінтесенцією зловживання, його суспільно-небезпечною суттю, яка перетворює законну реалізацію права на зловживання та власне спотворює призначення права. При цьому, згадана вище «безпідставність» є лише ознакою, що кристалізує наявність такої мети використання права.

По-третє, як зазначено в першому розділі роботи, протиправна мета є типовою базовою ознакою зловживання суб'єктивним правом в ЄС, США, Британії та практиці ЄСПЛ.

Отже, саме взаємообумовленість мети дій адвоката при зловживанні та умисного завідомо безпідставного використання наявного в нього суб'єктивного права, формують кваліфікаційне ядро складу дисциплінарного проступку щодо зловживання правом адвокатом.

При протиправності мети, не може бути підставного використання права, але на противагу цьому, при усвідомленому завідомо безпідставному використанні права не може бути законної мети.

Так, згідно частини 2 статті 36 Закону про адвокату, яка визначає зловживання правом на звернення до кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури через призму 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.

В усвідомленні суспільно небезпечного характеру свого діяння, яке полягає у безпідставності використання наявного у адвоката права з метою настання наслідків, які можуть спричинити безпідставне обмеження прав інших осіб, та бажанні вчинити таке діяння полягає зміст умислу при зловживанні. Отже, при зловживанні має бути пря-

мий умисел на вчинення такого діяння. Обов'язковість прямого умислу щодо вчинення таких безпідставних дій з протиправною метою на рівні тексту закону може бути позначена фразою «завідомо безпідставне використання права», де слово «завідомо» позначатиме обізнаність (усвідомлення) адвоката щодо безпідставності таких дій.

В даних випадках зловживання правом буде відсутнім, оскільки у адвоката відсутній умисел на вчинення завідомо безпідставних дій щодо використання права (відсутнє усвідомлення безпідставності та бажання вчинити таку дію попри її безпідставність та порушення прав інших).

Разом з тим, особливо в першому випадку – при вчиненні подібних дій через помилку, зберігаються підстави для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності, проте не через зловживання правами, а через порушення принципу компетентності та недбале виконання своїх обов'язків за законом та договором про надання правничої допомоги (стаття 11 ПАЕ), якщо така безпідставність є очевидною.

Висновки. Ваємообумовленість мети дій адвоката при зловживанні та умисного завідомо безпідставного використання наявного в нього суб'єктивного права, формують кваліфікаційне ядро складу дисциплінарного проступку щодо зловживання правом адвокатом.

Характеризуючи об'єктивну сторону дисциплінарного проступку зловживання правом адвокатом, можна дійти до висновку, що вона полягає в наявності активної дії адвоката щодо завідомо безпідставного використання наявного у нього права, яка спрямована на настання наслідків, які спричиняють або можуть спричинити неправомірне обмеження прав чи законних інтересів іншої особи, незалежно від настання таких протиправних наслідків.

Суб'єктивна сторона дисциплінарного проступку у виді зловживання правом полягає в наявності прямого умислу щодо вчинення дії по безпідставному використанню адвокатом наявного у нього суб'єктивного права (наявність бажання вчинення дій щодо використання суб'єктивного права попри усвідомлення відсутності підстав для його реалізації) з метою настання наслідків, які спричиняють або можуть спричинити неправомірне обмеження прав та законних інтересів інших осіб.

ЛІТЕРАТУРА

1. Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. Київ: Ваїте, 2015. 392 с.
2. Петренко К. Вищий антикорупційний суд поскаржиться на адвокатів у справі Труханова. *LB.ua. Дорослий погляд на світ : веб-сайт*. URL: https://lb.ua/pravo/2021/06/16/487131_vishchiy_antikoruptsiyniy_sud.html (дата звернення: 16.10.2023).
3. Маліневський О. *Адвокат як суб'єкт зловживання правом*. Наука і техніка сьогодні. Серія: «Право». 2024. Вип 3 (31). С. 117–129.
4. Спасибо-Фатеева І. В. Зловживання правом: ще один погляд на сутність & пропозиція тестів на виявлення. *Зловживання правом: зб. статей / за ред. І. В. Спасибо-Фатеевої*. Харків: ЕКУС, 2021. С. 308.
5. Справа «Щокін проти України» (Заяви № 23759/03 та № 37943/06). *Офіційний вісник України*. 2013. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_858/%20card6 (дата звернення: 09.07.2023).
6. Беляневич О. А. «Гонорар успіху» адвоката крізь призму добросовісності. *Добросовісність: доктрина & судова практика: зб. статей / за ред. І. В. Спасибо-Фатеевої*. Харків: ЕКУС, 2021. С. 48–65.
7. Сакара Н. Ю. Принцип добросовісності та зловживання процесуальними правами / Верховний Суд. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/2022_prezent/Prezent_Princ_dobroso.pdf (дата звернення: 03.12.2022).
8. Постанова ВС від 16 травня 2018 р. у справі № 449/1154/14 / ЄДПСУ. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74536892> (дата звернення: 25.05.2024).
9. Кот О. О. Категорія «зловживання правом» у сучасній доктрині цивільного права. *Зловживання правом: зб. статей. / за ред. І. В. Спасибо-Фатеевої*. Харків: ЕКУС, 2021. С. 40.
10. Губар О. Класифікація зловживання цивільними правами за законодавством України. *Юридична Україна*. 2012. №11. С. 93–100.
11. Загальна теорія права: підручник / за заг. ред. М. І. Козюбри. Київ: Ваїте, 2015. 392 с.